

# “UN NUEVO RECONOCIMIENTO JUDICIAL A LA VIGENCIA DE LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO EN LA ETAPA DE EJECUCIÓN DE LA PENA”

*María Fernanda Saumell*

## **1. Introducción.-**

Las dos resoluciones dictadas por el magistrado a cargo del Juzgado de Ejecución Penal de San Fernando del Valle de Catamarca motivan el presente comentario en virtud de su significativo reconocimiento a la doctrina y jurisprudencia que establece la vigencia plena en la última fase del proceso - y no por ello la menos importante en razón de la amenaza constante que existe de quebrantamiento a los Derechos Humanos de las personas privadas de la libertad - de las garantías, principios y derechos constitucionales.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un fallo estelar, estableció que durante la etapa de la Ejecución de la Pena presiden de modo pleno y permanente las garantías y principios del orden jurídico fundamental con las restricciones derivadas de la condición de persona privada de la libertad en cumplimiento de una pena de prisión que caracteriza a su titular. Este sería el *Principio de Legalidad*, que tanto la doctrina como la legislación doméstica no dudan en establecer como criterio de rector. Empero, a fin que el fuerte, concentrado e incontrolado poder que goza aún la Administración no dé por tierra referido principio, junto al mismo se instala de modo necesario el Principio de Judicialidad para proteger la efectividad inquebrantable de esos derechos y garantías de las personas encerradas<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> CSJN, 9-3-2004. “Romero Cacharane Hugo Alberto s/ ejecución penal”. R.230. “Para ello el fallo afirma, y ello reviste un importancia particular, el carácter de sujeto de derecho de la persona privada de la libertad, la vigencia de las garantías que lo amparan, incluso durante la ejecución, dándole especial relevancia en sus argumentos al principio de judicialización y el control judicial de la etapa de ejecución. En este sentido, refuerza los principios que rigen la etapa de ejecución y que revisten especial importancia; éstos son la división de competencia administrativa y judicial, a favor de esta última, y la vigencia del principio de legalidad como límite gubernamental a la facultad reglamentaria del poder ejecutivo y la obligación de los jueces de velar por el respeto de ese límite” (SERGI, NATALIA. “Comentario al fallo “Romero Cacharane” de la Suprema Corte de Justicia” publicado en Nueva Doctrina Penal 2004/B. Editores del Puerto, p 587). CESANO, Daniel “Sanciones disciplinarias penitenciarias, control jurisdiccional y el principio del doble conforme a propósito del fallo de la Corte in re “Romero Cacharane”, el Dial, suplemento penal, 12/8/04. ALDERETE LOBO, Rubén. “La judicialización y el principio de legalidad en la etapa de ejecución penal. A propósito del fallo “Romero Cacharane” de la CSJN” publicado en Lexis Nexis, Revista de Derecho penal y procesal penal, nro. 2 de octubre de 2004, y GARCIA YOMA y MARTINEZ. “La doctrina del fallo “Romero Cacharane” y un

Entiendo que estos dos fallos catamarqueños además de adecuar su doctrina a la sentada por el Máximo Tribunal en “Romero Cacharane” avanza aún más en la conquista de un sistema de garantías de similar contenido al diseñado legal y constitucionalmente para el proceso de conocimiento; pues hace fuerte hincapié, especialmente a nivel del caso concreto, en la importancia del Principio de Judicialidad y del rol activo que consecuentemente debe adoptar el Juez de Ejecución para conseguir que la pena de prisión que sufre una persona tienda a la inserción social futura del recluso. Y para ello no sólo se recurrió a un control sobre la actividad del Servicio Penitenciario sino que asimismo se le otorgó al texto legal el sentido constitucionalmente adecuado para que no sea un estorbo en la consecución de los objetivos sustanciales y superiores acuñados para la ejecución de la pena.-

Concretamente en estos decisorios las directrices de la doctrina de “Romero Cacharane” fueron respetadas en grado máximo, dando prueba de que las buenas y progresistas decisiones de la Corte no quedan tan sólo en la buena prosa de sus ministros.

Junto al rol activo del Poder Judicial en dicha vigilancia se vislumbra una valoración sincera sobre los datos que describen la realidad carcelaria, admitiendo que constituye un contexto que difícilmente permitirá lograr una favorable inserción. La aproximación del derecho a la realidad en que pretende ser aplicado, favorece a que la resolución sea adecuada, oportuna y por sobre todo justa. Tal es lo que puede notarse de estos decisorios ejecutivos.

Principalmente se ve ausente la sistemática rigurosidad judicial, indeclinable hacia la letra de la ley, y se arriba a una resolución comprometida con la Constitución y los Tratados Internacionales en tanto ordenan que por sobre toda disposición local, el propósito de inserción de la ejecución de la pena es el criterio regente que tiene que disipar el devenir de la calidad de la pena.

El Principio de Judicialidad se presenta fuerte y mezquino hacia el histórico y comprobado auxilio acrítico a la labor del Servicio Penitenciario que nos tiene acostumbrados el Poder Judicial, en su persistente tarea de delinear finalmente el modo en que se ejecute la sanción judicialmente impuesta. Si bien aun encontramos ámbitos de competencia del Servicio Penitenciario con incidencia en la determinación de esa fase final que escapan del control externo, actualmente el panorama es notablemente diferente en relación al que reinaba en tiempos pasados donde existía una tendencia a la

administrativización de la ejecución<sup>2</sup>. La persona condena es admitida como un *sujeto de derecho* y no mantiene con el Estado relaciones de *sujeción especial* que generen zonas de no-derecho. Al aceptarse que tanto garantías de derecho penal y procesal deban gobernar en esta fase, lógico es que el control judicial dé carta de presencia y revierta todo intento de avasallamiento administrativo.-

Si el *Principio de Judicialidad*, como en este supuesto, se postula fuerte y efectivo frente a las pulsiones del poder administrativo, consecuentemente, los derechos y garantías reconocidos a los privados de la libertad advierten una materialidad poco usual<sup>3</sup>. El *Principio de Legalidad y de Judicialidad* en la Ejecución de la pena es preciso que coexistan. La deficiente operatividad de cualquiera de los dos principios convierte a esta etapa del proceso desprotegida y vulnerable frente a las pretensiones de mayor intensidad de la violencia estatal en la imposición de una sanción de naturaleza penal.

Cuestionar la actividad del Servicio Penitenciario y apostar a la certidumbre de postulados de máxima jerarquía es la característica sobresaliente de estos dos fallos, por lo cual merece una mirada copiosa de los operadores especializados para esta etapa y el motivo cardinal de este comentario.

## **2. La forma apropiada de decidir. El respeto al modelo adversarial y acusatorio en la etapa ejecutiva.**

Ante todo cabe destacar que el acabado reconocimiento a los *Principios de Legalidad y Judicialidad* en esta fase de Ejecución de la pena fueron materializados a través de un modo de resolver conforme al exigido constitucionalmente<sup>4</sup>, es decir por medio de un

---

<sup>2</sup> SALT, Marcos Gabriel. *“Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina”* Editores del Puerto. Año 1999, Buenos Aires. Argentina, p 261.

<sup>3</sup> *“De acuerdo al diseño de la competencia que surge de los precitados arts. 3 y 4 de la ley 24660, el juez cumplirá su cometido de tutela inmediata a lo largo de toda la etapa de ejecución. Se trata, pues, de un sistema de control propio o directo; en el sentido de que, el órgano jurisdiccional no actúa, como una simple instancia de revisión de las decisiones de la autoridad administrativa sino que, por el contrario – y sin desconocer las competencias propias de ésta –, la función de la judicatura se traduce en la realización de la concreta efectivización directa de los derechos que les acuerda la ley a los condenados y al respeto de las garantías que emergen de la Constitución Nacional relativas al debido trato que merecen las personas privadas de la libertad”* (CESANO, José Daniel. *“Hacia un sistema integral de protección jurídica de los derechos de los reclusos”* publicado en Revista de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad y el encierro. Año 1 – Nro. 1 – 2006, Editorial Fabián J Di Placido. Buenos Aires, p. 73 cita a LOPEZ, Axel y MACHADO, Ricardo en *Análisis del régimen de ejecución penal*, Fabián Di Placido Editor, Buenos Aires, 2004, pp 44/ 45)

<sup>4</sup> *“Veamos, pues, que no es admisible conformarse con la interpretación superficial de que cualquier juicio penal es un juicio constitucional. Nuestra Constitución, por el contrario, manda a realizar, en todo el país (art. 75 inc. 12 – que establece la Ley de Jurados con validez nacional –, art 5- que establece las condiciones de validez de las instituciones provinciales –), juicios orales, públicos y por jurados. Ese el*

proceso adversarial de tinte acusatorio con participación del Ministerio Público Fiscal, con la oportunidad de producir prueba sobre los hechos expuestos en una audiencia oral y pública, con efectiva tutela de intervención de la defensa técnica para contradecir la postura del titular de la acción; para finalmente el juez, en su rol de tercero imparcial, decida acorde la ley, Constitución y Tratados internacionales<sup>5</sup>.

Aunque la lucha doctrinaria y jurisprudencial sigue siendo en pos del reconocimiento de los derechos y garantías constitucionales hasta el agotamiento de la ejecución de la pena, aquí se observa un respeto acabado al debido proceso legal (CN., 18) en un incidente de ejecución sobre la modificación del modo de cumplimiento del castigo punitivo, con la incorporación en el régimen de semilibertad.

En ambos procesos se resolvieron las pretensiones de las personas detenidas en una audiencia oral y pública con intervención de la defensa, el Ministerio Público Fiscal y los profesionales del Servicio Penitenciario; cada uno con la facultad de alegar para explicar su posición sobre la cuestión que suscitaba el incidente. La intervención de cada uno de los sujetos procesales suministró al magistrado una ilustración de las condiciones concretas en que el peticionante cumple su pena en prisión y respecto de la conveniencia de otorgar una alternativa al encierro absoluto en pos de alcanzar el fin insertivo.-

Al regir las garantías de un debido proceso penal, en especial, la jurisdiccional, es insoslayable que se apliquen los principios de: *oralidad, publicidad, contradicción, concentración, inmediación y celeridad*<sup>6</sup>.

Genéricamente los Códigos de Rito no diseñan el procedimiento a seguir en las cuestiones que se planteen durante la ejecución; tan sólo encontramos una austera prosa de la ley formal cuando regula el trámite incidental<sup>7</sup>. Existe una delimitada intervención

---

*diseño constitucional del juicio penal y aquel juicio que no se adecue a estas características no será un juicio constitucional*" (BINDER, Alberto M. "Introducción al derecho procesal penal", 2da. Edición actualizada y ampliada. Editorial Ad Hoc, p 98).-

<sup>5</sup> "Que conforme lo desarrollado en audiencia y la prueba instrumental debidamente incorporada, el suscripto estima, gracias a la bondades aportadas por la inmediación y contradicción procesales en miras a una resolución más pronta y equitativa, que resulta procedente el pedido de acceso al régimen por parte del interno peticionante..." (Apartado II) del fallo "Martínez, Juan Matías s/ Salida Laboral" y Apartado III) del fallo "Burgos, Andrés Eduardo s/ Salida Laboral" que motivan este comentario).

<sup>6</sup> GARCIA YOMHA, Diego y MARTINEZ, Santiago. "Hacia un proceso de ejecución de la pena adecuado a las exigencias constitucionales. Lineamientos para una reforma de la ultima etapa del proceso penal" publicado en Revista de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad y el encierro. Año 1 – Nro. 1 – 2006, Editorial Fabián J Di Placido. Buenos Aires, p.323.

<sup>7</sup> El Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires tan sólo en su artículo 498 delinea el procedimiento incidental de la ejecución de la pena (t.o. ley 11922): "Los incidentes de ejecución podrán ser planteados por el Ministerio Público Fiscal, el interesado o su defensor, y serán resueltos, previa

de las partes y un órgano decidor omnipotente que se inmiscuye en las cuestiones debatidas medidamente con reserva ante las discrecionalidades administrativas.

En la Provincia de Buenos Aires el trámite es esencialmente escrito; la defensa se asegura con una simple contestación escrita y el fiscal hace lo mismo por su lado apoyado en los elementos de pruebas aunados al expediente que ninguna de las partes principales tuvieron oportunidad de controlar su elaboración.

El Servicio Penitenciario, a través de repetidos formularios, emite su opinión. El Ministerio Público Fiscal generalmente descansa en ellos para presentar su postura, la defensa se ve resignada a recibir un conjunto de documentos cargosos que debido a su contenido de neto corte peligrosista no admiten ser refutados empíricamente y además es una realidad indiscutible que la misma no cuenta con las herramientas jurídicas suficientes para contender al poder administrativo y al Ministerio Público Fiscal en un escueto lapso de cinco días que fija el Código de Rito<sup>8</sup>.

Por otro lado, la persona privada de la libertad tiene nula intervención en el incidente ya que no le es reconocido su derecho irrefragable a ser oído previo a que se resuelva su pedido, sin perjuicio que la legislación procesal no lo impide, únicamente no lo garantiza de manera expresa.

Podríamos adelantar que habría un beneplácito legal en el ámbito local respecto de la oralización de los incidentes de ejecución, si nos atenemos a la disposición introducida por ley 13449, luego reformada por la 13480, que regula una audiencia preliminar optativa para el dictado de la prisión preventiva, alternativas a la misma, internación provisional del imputado, o la caducidad o cese de cualquiera de ellas; estando facultada la defensa y el imputado a petitionar ante el órgano jurisdiccional competente cada ocho (8) meses la revisión de la vigencia de la medida de coerción personal ordenada (art. 168 bis del CPPBA).

---

*vista a la parte contraria, en el plazo de cinco (5) días. Contra la resolución procederá recurso de apelación ante la Cámara de Garantías competente”.*

<sup>8</sup> “El reconocimiento del derecho de defensa propio de un “Estado social y democrático de derecho” ha de suponer que el interno pueda contar con un asesoramiento letrado gratuito durante todo el cumplimiento de la pena. Si bien es cierto que en el ámbito de la ejecución penal no es perceptiva la intervención del abogado – hasta la interposición del recurso de apelación – la complejidad de numerosas materia de índole penitenciaria (en la que aparecen normas reguladoras de procedimientos administrativos previos a los recursos ante la jurisdicción) puede provocar indefensión en la persona que carezca de un efectivo asesoramiento letrado”... “Obviamente, que el condenado no puede contradecir frente al Estado en lo referente a la condena impuesta en una sentencia que haya adquirido firmeza. Pero no es menos cierto que esa pena puede verse radicalmente reducida en función de, por ejemplo, una calificación en tercer grado o mediante el disfrute del régimen abierto” (RIVERA BEIRAS, Iñaki. “*La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de una ciudadano de segunda categoría*” Editorial J.M. Bosch, Biblioteca de Derecho Penal, Barcelona 1997, p 248)

Esta intención del legislador plasmada en el art. 168 bis nos puede llevar a predecir su aprobación sobre una eventual modificación al viejo e inadecuado trámite del actual artículo 498 del CPPBA a fin de imprimir a los incidentes de ejecución, siempre y cuando las cuestiones propuestas por las partes lo ameriten, la oralización que asegure el principio de inmediación y, tal vez lo más reclamado por la defensa, una resolución oportuna para el justiciable que quizás hoy día tenga que esperar meses para una decisión al respecto<sup>9</sup>.-

Amen de ello resulta criticable que los informes emitidos por el Servicio Penitenciario ubiquen al condenado como objeto de prueba viéndose en numerosos supuestos obligado a contestar cuestionamientos que a la postre lo posicionan de modo perjudicial en su pretensión de obtener una morigeración a la forma de cumplimiento de la pena de prisión.

Si bien es necesario conocer el contexto social y familiar del detenido al momento de la comisión del delito, no es menos cierto que los dictámenes de los entes interdisciplinarios incurren en grotescas valoraciones de los dichos vertidos en las entrevistas con un notable apego a categorías propias del viejo *positivismo criminológico*, que justifica la continuidad del castigo y su calidad en el mejoramiento imposible del sujeto con el cautiverio, desconociendo los objetivos legalmente establecidos.-

El respeto a la legalidad formal y sustancial en esta etapa y un oportuno control judicial pueden verse amenazados y caer en un vacío si no se sustenta y ventila en un escenario incidental adversarial y acusatorio cuando la importancia de las cuestiones lo amerite. El control judicial no se instaura con la simple creación de un juez de ejecución, es

---

<sup>9</sup> GUILLAMONDEGUI, Luis Raúl en su trabajo *“La oralización de incidentes de ejecución penal. Una experiencia novedosa”* (<http://www.derechopenalonline.com>) explica que: *“Los principios orientadores de la reciente reforma procesal penal local, entre los que mencionáramos a los de simplificación y celeridad procesal, que sumados a otros con los que se pretende un proceso penal eficaz, sin descuidar las garantías e individuales; más los antecedentes del mecanismo de Control Judicisdiccional de la detención y la prisión preventiva, y la Audiencia de Control de Detención, previstos en el nuevo Código Procesal Penal de Catamarca (arts 281 y 284 segundo párrafo CPP) sirven de fundamento, junto con el Principio de Judicialización de la Ejecución Penal (arts. 3 y 4 de la ley 24660) a esta iniciativa provincial, prácticamente inédita a nivel nacional y latinoamericano. En este sentido, cuando se está discutiendo en ámbitos doctrinario y prontamente a niveles legislativos la necesidad de extender la oralidad a todas la instancias del proceso, tales como los requerimiento fiscales o particulares de imposición de una medida de coerción personal contra el imputado, hasta la misma prisión preventiva (Cfr Art 194 tercer párrafo del Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación, Expte 2589- D-04 elaborado por el INECIP) no resulta coherente proseguir con un mecanismo impregnado de tintes innecesariamente burocráticos”*. No puede obviarse que el referido autor es el magistrado de estos dos fallos que se comentan.-

necesario que se asegure un ámbito de litigio y debate para las personas encerradas con el abono de una solución oportuna<sup>10</sup>.

Aunque es recomendable una participación más activa tanto de la defensa y del Fiscal para que rivalicen sobre hechos fácticos de posible verificación – es importante no permitir más conclusiones administrativas que sustentadas en valoraciones de naturaleza peligrosista al estilo *cliché* que no admiten ser corroboradas por las partes y acotan el derecho de defensa – el rol del Juez de Ejecución si bien debe ser como un tercero imparcial ante las cuestiones que susciten sobre el modo de ejecución de la sanción, considero que no es recomendable que sea con la entidad que se desarrolla en proceso de conocimiento. Son otros los derechos fundamentales en juego y además nos encontramos con otro actor no previsto para las etapas anteriores: el ente administrativo que tras los muros se identifica en lo cotidiano por su alta capacidad de anular y violentar los derechos fundamentales de los reclusos.

Es entonces recomendable que el Juez de Ejecución no tenga características inquisitivas pero tampoco que se posicione como un simple tercero observador de la labor de las partes intervinientes, ya que la entidad de las cuestiones que se ventilan requieren una presencia más fuerte y celosa del cumplimiento de las postulaciones constitucionales y las receptadas sobre la materia en los pactos celebrados con potencias extranjeras. Es importante que el Juez de Ejecución pese a constituirse en tercero imparcial frente a la defensa y el fiscal ante la administración, asuma un rol más contundente exigiendo el cumplimiento de las garantías y derechos de las personas en cautiverio (control de legalidad más acentuado).

Si bien en un proceso de naturaleza acusatorio formal el magistrado no es un convidado de piedra frente a las decisiones de las partes, pues congrega su poder de control sobre la legalidad de la labor de las mismas durante el juicio, en el caso de los incidentes de Ejecución Penal estimo que tiene que tener prerrogativas que tal vez en un proceso de conocimiento puedan ser tildadas de violatorias a la garantía de imparcialidad y al sistema acusatorio que la ley implanta.-

Entiendo que no habría inconveniente que el Juez de Ejecución pidiera explicaciones a las autoridades del Servicio Penitenciario sobre el contenido de los informes carcelarios por cuanto ésta sería una de las trascendentes formas de ejercer su rol de controlar activamente la ejecución del pena e impedir que el dicho ente estatal congrege una

---

<sup>10</sup> FALLO ROMERO CACHARANE comentado por Harfuch pp 142 y ss

mínima dosis de la potestad de incidir en la forma de cumplimiento de la sanción penal dispuesta judicialmente.-

Aquí su rol tiene que ser fuerte y sin cuota de indulgencia. Contener la potencia administrativa de evadirse de los márgenes legales que hablan sobre el modo humano en que tiene que ser cumplida una pena de prisión habilita que el debate que luego las partes realicen verse sobre hechos ciertos respetuosos de los Derechos Humanos de los detenidos.-

La intermediación, relacionada íntimamente con la oralidad, en la resolución de los incidentes de ejecución garantiza que la decisión será rápida, oportuna y coherente con la realidad que circunda a la persona encarcelada; lo que es de vital importancia teniendo en cuenta que en esta fase final el paradigma es hallar y fijar una calidad de la pena acomodada a las individualidades del sujeto; es decir – a mi humilde criterio – más humana<sup>11</sup>.

Sin perjuicio del aporte del Servicio Penitenciario con su labor de describir el desenvolvimiento institucional del recluso, resulta fundamental para asegurar un debido proceso legal, que el juez esté presente cuando las partes produzcan las pruebas que apuntalan sus pretensiones; caso contrario la Administración a la postre termina decidiendo de modo arbitrario y en condiciones de desigualdad las circunstancias en que se cumplirá el castigo aplicado. La oralidad con la consecuente intermediación garantiza que las partes, defensa y acusador, contribuyan en la resolución ejecutiva, y que el control a la administración no sea sólo por parte del magistratura especializada sino también por parte de los sujetos procesales que tendrán la posibilidad de oponerse y cuestionar los dictámenes que infringen los derechos y garantías vigentes en esta fase final.-

---

<sup>11</sup> Al respecto BINDER no explica que: “...se debe diferenciar muy bien lo que es un instrumento de lo que es un principio. La oralidad es un instrumento, un mecanismo; la intermediación o la publicidad son principios políticos y garantías que estructuran al proceso penal... La oralidad representa, fundamentalmente, un medio de comunicación: la utilización de la palabra hablada, no escrita, como medio de comunicación entre las partes y el juez y como medio de expresión de los diferentes órganos de prueba”(...) “En este contexto, la intermediación se manifiesta como la condición básica que hace que esos actos y esas relaciones efectivamente permitan llegar a la verdad del modo más seguro posible, ya que la comunicación entre ellas y la información que ingresa por diversos canales (medios de prueba) se realiza con la máxima presencia obligada de las personas que deben dictar una sentencia luego de observar la prueba (los jueces y los jurados). A su vez, la oralidad y la intermediación que ella genera permite que la prueba (mejor dicho, la información que luego se convertirá en prueba) ingrese al proceso o juicio penal del modo más concentrado posible, es decir, en el mejor lapso posible” (BINDER, Alberto M. “Introducción al derecho procesal penal”, 2da. Edición actualizada y ampliada. Editorial Ad Hoc, pp 100 ss).-

**3. Principio de Judicialidad. Control efectivo de la Administración en la confección de los informes. Calidad no vinculante de los requisitos del numeral III y IV del art. 17 de la ley 24660.**

En los fallos comentados se advierte la presencia de dos trámites sobre alternativas a la modo de ejecución de la pena: concretamente la inclusión en el régimen de salidas laborales, bajo la forma institucional denominada “semilibertad” regulada en el art. 23 de la ley 24660, que como dijimos precedentemente, por atinadas consideraciones del magistrado a favor de la simplificación y celeridad procesal se ventilaron con presencia de las partes interesadas, entre ellas funcionarios del Servicio Penitenciario, las cuestiones pertinentes para resolver la petición ejecutiva.

La modificación de la forma en que se venía cumpliendo la sanción sin atenuación a la severa restricción de la libertad y los consecuentes derechos de la persona que inevitablemente quedan comprometidos (art. 2 de la ley 24660), fue otorgada pese a que no se reunieron los requisitos del art. 17 sobre el grado de conducta exigido por el numeral III (conducta ejemplar) y contar el concepto favorable del Consejo Correccional y el Gabinete Criminológico según el numeral IV de citada norma legal, ya que se estableció que estos no son vinculantes para la autoridad judicial en consonancia con el Principio de Judicialidad y en vista de la finalidad perseguida por la ejecución de la pena privativa de la libertad, como otro de sus principio rectores a la hora de decidir en esta fase del proceso (art. 1 de la ley 24660, art. 5 inc. 6 de la CADH y 10 inc. 3 del PIDCP).

Resultó fundamental a la hora de resolver, las opiniones que sobre las personas encarceladas vertieron los funcionarios del Servicio Penitenciario en la audiencia, ello al margen de la conclusiones negativas que contenían los informes administrativos exigidos por la ley de ejecución; la valoración del comportamiento favorable del detenido durante el último período aunque no consiguió incidir sobre la calificación de conducta y concepto; el contexto familiar y social donde se insertará cuando cumpla la pena; la condición de primario, y que a través de una medida semejante se le concede la oportunidad de desenvolverse medidamente en el medio libre como un ensayo ante una libertad mucho más vasta como sería la libertad condicional (*Principio de Progresividad*)

En clave con la doctrina fijada en el fallo “Romero Cacharane”<sup>12</sup> en ambos decisorios se consideró que el Principio de Judicialidad acarrea que las exigencias legales respecto de la necesidad de contar con una calificación de conducta y concepto ejemplar y un consejo favorable de los entes interdisciplinarios sobre la conveniencia de conceder una modalidad ejecutiva más atenuada, tienen un alcance no vinculante para el órgano jurisdiccional.-

Y los fundamentos que allí se vierten resultan atendibles y por demás suficientes para aseverar que los informes administrativos no son determinantes y vinculantes para el Juez al instante resolver sobre la inclusión del interno en una forma de encierro más atenuada..

Las interpelaciones propias del *Principio de Legalidad* se disolverían si nos resignamos a que el Servicio Penitenciario, por intermedio de sus entes, tenga la enorme capacidad de dar contenido concreto al cumplimiento de la pena dispuesta en sede judicial con la emisión de una opinión vinculante al respecto. El modo de ejecución quedaría fuera de los resguardos del principio de legalidad a la deriva de un poder practicado en su mayor parte a las sombras y donde el control judicial indiscutiblemente tiene escaso alcance de efectividad.

Ya lo dice Marcos SALT en su obra “*Los derechos fundamentales de los reclusos*” que la ley de ejecución ha dado un paso importante en este sentido, al establecer que el *Principio de Judicialización* de la ejecución penal es uno de los pilares del sistema de ejecución. Por lo tanto, es de esperar que a fin de asegurar la vigencia real de este principio, la jurisprudencia aclare que los informes de conducta y concepto de la administración no tienen efecto vinculante para las autoridades judiciales.

Es sumamente atinente la interpretación de que el informe favorable de la administración no es un requisito ineludible sino sólo un criterio de orientación de la

---

<sup>12</sup> Si bien en Romero Cacharane la Corte Suprema fue contundente en su posición sobre el alcance de la vigencia irreductible del Principio de Legalidad y Judicialidad durante la Ejecución Penal, es preciso recordar que constituyó fue antesala a esta doctrina la emitida en el caso “Dessy” donde expresó: “*El ingreso a una prisión, en tal calidad, no despoja al hombre de la protección de las leyes y, en primer lugar, de la Constitución Nacional... los prisioneros son, no obstante ello, personas titulares de todos los derechos constitucionales, salvo la libertades que hayan sido constitucionalmente restringidas por procedimientos que satisfagan todos los requerimientos del debido proceso*” (CSJN – 318:1894). En “Dessy” la Corte Federal hizo lugar a la acción de habeas corpus declarando la inconstitucionalidad de los arts. 3,4 y 5 del régimen administrativo de correspondencia que podían ejercer los internos y también el art. 92 del entonces vigente decreto –ley 412/58. En disidencia los ministros Belluscio, Nazareno y Levene admitieron las restricciones a la comunicación por vía epistolar de los detenidos con el argumento de que las mismas son un medio elemental para mantener el orden y seguridad del establecimiento y estimaron que no son irrazonables en relación con quienes deben soportar una pena privativa de la libertad.-

decisión judicial, que puede ser dejado de lado en la decisión que adopta la autoridad judicial; de no ser así, de una manera indirecta, la decisión quedaría en manos de la administración a través de sus informes. En coherencia con esta interpretación manifiesta que los requisitos establecidos en los puntos III y IV del art. 17 de la ley 24660 deben ser vistos como no vinculantes<sup>13</sup>. En estos fallos catamarqueños se receptó esta opinión doctrinaria armónica con los vigentes propósitos y principios del Derecho de Ejecución penal.

Estamos convencidos que aniquilar absolutamente el poder que el Servicio Penitenciario posee en la determinación de la calidad de la pena no es factible en el marco de éste modelo de administración de ejecución de la pena, sin embargo, acotar su potencia en esta fase por medio del *Principio de Legalidad* y la garantía de un control judicial efectivo, real y permanente, morigera sensiblemente la discrecionalidad y selectividad irrazonable que ejerce cuando participa en la fijación del modo en que el interno pagará su castigo.-

Ontologicamente el medio carcelario cuenta con un irreductible sistema de premios y castigos donde la garantía de igualdad se queda atorada en las puertas de la prisión. La relación que el interno establezca con el Servicio Penitenciario, la condiciones en que se cumpla el encierro (el régimen más o menos benévolo que distintamente existe en los pabellones según la calificación que reciba el preso), y tal vez su valentía en haber o no cuestionado en sede judicial las violaciones a los derechos humanos en la prisión, sellará, ciertamente, las características cualitativas en que se desarrollará la pena. La propuesta es cercenar para siempre esta ancestral capacidad que ejerce erradamente desde la óptica constitucional el Servicio Penitenciario.-

Entonces, si el *Principio de Legalidad* resguarda que la calidad de la pena solamente podrá ser en los términos que estipula una ley formal – dictada por el Congreso de la Nación - anterior al hecho que origina el proceso penal, es rol primordial del órgano judicial custodiar tenazmente que se respeten todas las garantías y principios supremos y que, además, no sea encubiertamente el ente administrativo quien defina por mecanismos intolerables el contenido del castigo<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> SALT, Marcos Gabriel. “Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina” Editores del Puerto. Año 1999, Buenos Aires. Argentina, pp 175 y ss

<sup>14</sup> “...el principio de judicialización significa que todas las decisiones de esta etapa procesal que impliquen 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 una proceso respetuosos de los principios del derecho procesal penal.

En éste marco de ideas es acertado otorgarle a los requisitos del art. 17 de la ley 24660 para acceder al instituto de Semilibertad, por remisión del art. 23 de dicha legislación, respecto de la calificación de conducta y concepto institucional<sup>15</sup> y el consejo favorable de los entes interdisciplinarios pertenecientes a la órbita administrativa, el *carácter no vinculante* a fin de asegurar que en la instancia judicial, y no administrativa, se termine de diseñar el sanción aplicada.-

En posición detractora sobre el moderno auge de penas flexibles y alterables en la última fase según el comportamiento que evidencie el condenado, por el notable menoscabo a las garantías que significa para el detenido y el quebrantamiento al principio de legalidad, el profesor FERRAJOLI afirma que se podría mantener ese sistema de penas individuales según las características personales del sancionado, pero que la eventual reducción o acomodamiento punitivo sea efectuado en sede legal y no en sede ejecutiva para evitar abusos y negociados a las sombras y a espaldas de los operadores judiciales de nada menos que la intensidad y continuidad de la pena.

Dice el citado autor: *“Esta doble función de la pena – ejemplar en el momento de la condena, disciplinaria y compromisoria en el momento de la ejecución – confiere por demás a las instituciones punitivas un carácter fuerte potestativo y totalizante”*(...) *“Se confiere así a estos órganos un poder inmenso e incontrolado: la pena cuantitativamente flexible y cualitativa diferenciada en sede de ejecución no es menos despótica, en efecto, que las penas arbitrarias premodernas, de las que difiere solamente porque el arbitrio, en lugar de agotarse en el acto de irrogación, se prorroga durante todo el curso de su aplicación”*<sup>16</sup>

SALT da cuenta de que pese a las intenciones de la ley 24660 de instaurar un sistema de ejecución de la pena más humana que flexibiliza el modo de cumplimiento del castigo acorde a las necesidades y características de quien debe sufrirlo, la práctica sigue

---

*Es importante señalar que la opción de la ley 24660 por un sistema de mayor autodeterminación y flexibilidad del contenido de la pena durante la ejecución torna aún más importantes las decisiones de esta etapa procesal de ejecución y justifica la necesidad de fortalecer el papel de la jurisdicción y el sistema de garantías procesales (especialmente la vigencia del derecho de defensa) durante la ejecución”* (SALT, Marcos Gabriel. “Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina” Editores del Puerto. Año 1999, Buenos Aires. Argentina, p 262)

<sup>15</sup> El art. 100 de la ley 24660 dice: *“El interno será calificado de acuerdo a su conducta. Se entenderá por conducta la observancia de las normas reglamentarias que rigen el orden, la disciplina y la convivencia dentro del establecimiento”*. El art. 101 de señalada ley fija que: *“El interno será calificado, asimismo, de acuerdo al concepto que merezca. Se entenderá por concepto la ponderación de su evolución personal de al que sea deducible su mayor o menor posibilidad de adecuada reinserción social”*

<sup>16</sup> FERRAJOLI, Luigi. *“Derecho y Razón. Teoría del galantismo penal”* Editorial Trota, Madrid, cuarta edición del año 2000, p. 408.

revelando que las evaluaciones del Servicio Penitenciario en relación a la futura de reinserción apuntalan decisiones que imposibilitan a los condenados avanzar en el régimen de encierro para soportar la privación de la libertad con un menor contenido coercitivo o reintegrarse al medio libre un tiempo antes que el previsto para el agotamiento de la pena. Destaca SALT que estas decisiones administrativas son adoptadas sin un efectivo control judicial y sin posibilidad de que el condenado ejerza un concreto y consistente derecho de defensa.

Esta visión no padeció demasiadas alteraciones pese a las resoluciones emitidas por el más el Alto Tribunal del país. Mayormente el control sobre la labor desplegada por el poder administrativo - especialmente aquellas que contribuye a delinear la pena impuesta o que significan el quebrantamiento a derechos fundamentales - es netamente formal con la equivocada convicción de que la mera intervención del Juez de Ejecución en un incidente sufraga el *Principio de Judicialidad*.

El señalado principio queda insatisfecho a través de una participación indulgente y acritica de la justicia en las decisiones trascendentes del Servicio Penitenciario. También queda insatisfecho si no se ejerce un control de constitucionalidad a la normativa de la especie aplicable; tarea que se asume en estas decisiones cuando se interpreta que parte de los requisitos del art. 17 de la ley 24660, por imperio de los *Principios de Legalidad y Judicialidad*, no pueden ser vinculantes para el decisor.

Es apropiado que el órgano jurisdiccional no se conforme con las restricciones o las regulaciones para acceder a un instituto alternativo al encierro absoluto por su asentamiento en una ley formal, lo que FERRAJOLI denomina la *validez formal de la norma* (vigencia) sino que su labor debe consistir también – como se observa en estos dos fallos – en controlar la validez constitucional del precepto legal desde una óptica sustancial, es decir, que su contenido respete los derechos fundamentales de los reclusos que por su condición de sujeto de derecho conservan con las limitaciones razonables en los términos del art. 2 de la ley 24660 (Principio de Reserva Ejecutiva)<sup>17</sup>.

Tal vez es excesivo catalogar invalidas a las prescripciones del art. 17, es decir contrarias a la Constitución Nacional y Tratados con similar jerarquía, pues es sabido el

---

<sup>17</sup> FERRAJOLI, Luigi. “*Derecho y Razón. Teoría del galantismo penal*” Editorial Trota, Madrid, cuarta edición del año 2000, p.359. Por su parte, GELLI destaca que “*una norma puede cumplimentar los requisitos del debido proceso adjetivo y ser, no obstante, inconstitucional. Ello sucede cuando el contenido de la norma, la sustancia de la disposición, la reglamentación de los derechos o garantías carece de razonabilidad, es decir, afecta o vulnera el debido proceso sustantivo o material*” (GELLI, María Angélica. Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Anotada. Tercera Edición Ampliada y Actualizada. La Ley. 2004. p330)

criterio de nuestro más Alto Tribunal en relación a que la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal debe ser un remedio excepcional en el supuesto que no exista otro más amistoso capaz de salvar el yerro constitucional.

En esta oportunidad no se tilda a la norma ejecutiva inconstitucional pero se deja a salvo una exégesis acomodada con la Constitución ya que la sola interpretación literal conduce – y de hecho ha sucedido así en la práctica - a soluciones en pugna con los principios y objetivos elementales y esenciales en esta fase del proceso.

Es más cómodo entender que esos requisitos son obligatorios, y que en el hipotético caso de no estar reunidos en un incidente el instituto alternativo será indefectiblemente rechazado, que el plantarse como un celoso evaluador de la veracidad y pertinencia de los informes carcelarios a los efectos de la consecución de los objetivos reinantes durante la ejecución del castigo penal.-

En el caso, los informes sobre la conducta y el concepto del detenido no eran satisfactorios desde el prisma de la ley ejecutiva, sin embargo, la judicatura forzó el horizonte de su lectura y analizó las razones que quizá no permitieron alcanzar la calificación apropiada para el instituto pretendido.

Y así fue que efectuando una valoración crítica sobre el medio carcelario advirtió que los objetivos fundamentales de la ejecución difícilmente serían alcanzados en ese contexto institucional siendo conveniente, por lo tanto, conceder una alternativa semi-institucional que contribuya con una mejor inserción social.

Es importante intentar definir o elaborar un concepto lo más preciso posible de lo que hay que entender por “inserción social” o “readaptación social” como refieren algunos Tratados Internacionales, pues ello incidirá en las exigencias que se le hagan al detenido para obtener una modificación a la forma de cumplimiento de la sanción penal que sufre.

CESANO explica que la *readaptación social* puede ser en función del respeto a la legalidad (*programas de readaptación mínimos*); o que dicho logro no se satisfaga con un simple respeto a la ley, es decir que el detenido aprenda a observar la vigencia de la norma jurídica, sino que requiere algo más que está íntimamente relacionado con una determinada condición de vida social que el Estado impone a través de la ejecución de la pena (*programas de readaptación social máximos*).

Estoy de acuerdo con el autor citado que nuestro ordenamiento jurídico solo aceptaría aquel concepto sobre *readaptación social mínima*. No estaría en sintonía con el reconocimiento al *derecho de la dignidad humana* (art. 11 apartado 1 de la C.A.D.H –

art. 75 inc. 22 de la C.N.), que le acuerda a la persona la prerrogativa de arribar a sus propias decisiones sobre sí mismo, sobre su conciencia y sobre su configuración del mundo que lo rodea, si se admite un programa de *reinserción social amplio* que se proponga la modificación de la personalidad, creencias e ideas del sujeto. El mentado respeto a la dignidad no tiene lugar en un Estado paternalista<sup>18</sup>.

Si mantenemos ésta idea sobre cual tiene que ser el comportamiento del Estado en su relación con las personas, los límites que encuentra a su actividad reglamentaria, entonces, sería desacertado admitir cualquier actividad o exigencia, ya sea del Poder Administrativo o Judicial, apuntalada sobre un concepto de readaptación social máximo.

Es cierto lo que dice CESANO respecto que la readaptación social no puede perseguir un cambio en el sujeto, en su personalidad y en sus convicciones, porque ello no es constitucionalmente viable.

El objetivo de inserción social tiene que considerarse sufragado con que la persona privada de la libertad adquiera patrones de conducta que reconozcan el respeto de la ley y los derechos de los demás<sup>19</sup>. Es censurable que este objetivo no tenga límites concretos y que no haya un concepto certero de lo que significa y comprende, empero, debemos coincidir en que se descarta de raíz cualquier intento de imprimir a este fin una trayectoria que demande un intrusión inmoral en la intimidad del sujeto que el art. 19 de la Constitución Nacional prohíbe expresamente.

Y en el fallo objeto de este comentario se vislumbra que el magistrado si bien tiene en cuenta que el detenido carece de un informe de conducta y concepto acorde al exigido legalmente, sin dejar de lado la realidad carcelaria que lo circunda, recurre a conceptos como los *explayados* donde el respeto a la ley y los derechos de los demás podrá ser consistentemente logrado con un trabajo en el medio libre y en contacto con un mundo social, sin duda, más potable para ese propósito que el cautiverio.

Es interesante lo que FALCONE y MADINA explican sobre la inserción social. En su obra los autores dicen que referido ideal no puede entenderse en su sentido tradicional, sino como evitación de la desocialización del sujeto penado. La prevención especial positiva debe reconstruirse en sentido negativo, de evitación de la desocialización, de evitación de tratos inhumanos, de reducción de niveles de deterioro propios del encierro

---

<sup>18</sup> CESANO, José Daniel. *“Los objetivos constitucionales de la ejecución penitenciaria”* Ediciones Alveroni. Año 1997, pp. 113 y ss

<sup>19</sup> *Ibidem.*, pp 117 y ss

carcelario, de los niveles de vulnerabilidad del individuo.<sup>20</sup> El sustento legal lo encuentran en las disposiciones del art. 178 de la ley nacional 24660.-

Aducen que la propuesta de reconstrucción del ideal resocializador entonces, debe partir de considerar a un individuo social, psicológico y jurídicamente pleno y debe tender a efectivizar la sanción de modo que su ejecución estatal resulte neutra y no altere dicho *status*. Y uno de los caminos es evitar la ruptura de los vínculos sociales a partir del ingreso carcelario y se debe fomentar la utilización de externaciones y los contactos sociales que permitan morigerar la desocialización propia del encierro carcelario para que equiparar lo más posible la vida en prisión a las de la sociedad, contrarrestando los innegables efectos negativos del cautiverio punitivo que conduzcan a un trato cruel, inhumano y degradante<sup>21</sup>.-

Es trascendente que la judicatura no deje de lado el dato irreductible que la cárcel no puede producir efectos útiles para la resocialización de la persona encerrada, más todo lo contrario, impone condiciones negativas en relación con esa finalidad. En palabras de Alessandro BARATTA, la *reintegración social del condenado* no debe ser abandonada, sino que debe ser reinterpretada y construida sobre una base diferente. Unas de las condiciones fundamentales a tener cuenta, refiere el autor, es que la reintegración social del condenado no debe perseguirse a través de la pena carcelaria, sino que debe perseguirse a pesar de ella, o sea, buscando hacer menos negativas las condiciones que la vida la cárcel implica, en relación con esa finalidad.

En el marco de esa idea concluye que para una política de reintegración social de los autores de los delitos, el objetivo inmediato no es solamente una cárcel mejor sino también y por sobre todo, menos cárcel, entre ellas llevar al máximo el desarrollo de posibilidades ya existentes de régimen carcelario abierto y de realización de los derechos del detenido a la instrucción, al trabajo y a la asistencia<sup>22</sup>.

En los casos resueltos de seguirse el texto legal, al carecer los detenidos la calificación requerida, no hubieran conseguido una atenuación a la ejecución de la pena, sin embargo, valorando sin hipocresía la realidad carcelaria y las condiciones en que se cumplen el castigo se descubre que en ese contexto el fin de reinserción (reintegración)

---

<sup>20</sup> FALCONE, Roberto A. y MADINA, Marcelo A. “*El Proceso penal en la provincia de Buenos Aires*” 2da edición actualizada y ampliada. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires. Año 2007. p., 583. Los autores para la idea expuesta citan a MUÑOZ CONDE Francisco: *Derecho penal y control social*, Temis., Bogota. 1982.

<sup>21</sup> FALCONE y MADINA: Ob., cit., p 585.

<sup>22</sup> BARATTA., Alessandro. “*Criminología y sistema penal*” Compilación in memoriam. Editorial B de F. Montevideo – Buenos Aires., 2004., pp. 378 y ss.-

será de nula materialización y que una alternativa semi-institucional colaborará con ese designio que legitima, en mínima medida, la violencia estatal<sup>23</sup>.-

Deja establecido el magistrado una consideración poco usual respecto de la calificación administrativa de conducta y concepto que reciben los reclusos. Generalmente estas calificaciones son recibidas por los operadores del sistema sin objeciones y se sitúan como una importante prueba del desenvolvimiento institucional de la persona detenida. Afiliarse a esta posición es errado y en muchos casos resulta una vulneración a los derechos de los privados de la libertad.

La propuesta - aunque tal vez merezca un mayor análisis – de que el interno cuando ingresa a un establecimiento carcelario califique con la nota más elevada de “concepto” y “conducta” y sea reducida a medida que se comprueben (a través de un procedimiento respetuoso de las garantías, derechos y principios del debido proceso legal) comportamientos indisciplinados o una probada perspectiva de dificultosa inserción social futura (ello para la evaluación del concepto institucional) parece lógica y coloca un límite al poder del Servicio Penitenciario en la determinación sobre el modo en que su cumplirá el castigo judicialmente impuesto .

Sin perjuicio de ello, tal cual esta dado el sistema de control sobre el comportamiento institucional de los reclusos, reverenciamos la postura cuestionadora y no conformista de la justicia catamarqueña ante los informes carcelarios con la congregación de factores de la realidad capaces de desvirtuar o desmentir la errada calidad de plena prueba que hasta ahora viene otorgándosele.-

#### **4. ¿Aplicación de la “pena natural” en la ejecución de la pena privativa de la libertad?**

En uno de los casos que se comentan la persona detenida había sido víctima de la pérdida de visión con motivo de un incidente ocurrido en el establecimiento carcelario en el que no tuvo participación<sup>24</sup>.

Si bien el magistrado no menciona expresamente en su resolución que hubiera apelado a la doctrina de la “pena natural”, es notable que cuestione al Gabinete Criminológico del Servicio Penitenciario, que al tratar el caso tuvo en cuenta la conducta del penado por sobre su situación particular; subestimando lo dificultoso que es *hacer conducta* en

---

<sup>23</sup> BARATTA dice que se incurre en una “falacia idealista” cuando se habla de la *teoría de la reinserción* porque se cola una norma contradictoria que no puede ser realizada, una norma imposible (Ob., cit., p 378)

<sup>24</sup> “Martínez, Juan Matías s/Salida Laboral” rta. el 29 de noviembre de 2007.-

el lugar de alojamiento, ni tampoco su estado salud comprometido con la pérdida de visión sufrida como consecuencia de una reyerta acaecida en el establecimiento que el peticionante no protagonizó.

Merece un serio y severo análisis la importancia, atento las condiciones en que hoy se padece el encierro punitivo, el soslayo que usualmente se hace sobre los deterioros físicos y psíquicos que las personas detenidas sobrellevan durante la ejecución de la pena. No podemos negar que tal aquiescencia de la judicatura es fruto de un errado concepto de que dichos daños, en su mayoría irreparables (pérdida de un sentido, contagio de enfermedades o trastornos psicológicos y psiquiátricos), son inevitables y esenciales al cumplimiento de una pena en prisión.-

Tener en cuenta como presupuesto sustancial que la persona condenada es un *sujeto de derecho* nos conduce a la necesaria conclusión de que esos daños físicos y psíquicos sufridos tienen que ser remediados o recompensados, asumiendo el Estado su responsabilidad sin acceder a excusas que tengan que ver con la condición de la víctima, pues de ser así estaríamos morando en la vieja doctrina de *sujeción especial* que instauraba un zona de no-derecho en la trato del Estado con la persona que ejecutaba la pena de prisión<sup>25</sup>. Toda persona condenada, sin perjuicio la restricción a su libertad locomotiva, mantiene vigentes todos los restantes derechos que la Constitución y los instrumentos internacionales le acuerda, en consecuencia, es justo que como mínimo se tenga en cuenta por algún medio las lesiones sufridas inculpablemente durante el encierro punitivo.-

Llegados a esta instancia de determinación de la pena en cuanto a su calidad, qué mejor que recompensar ese quebranto a la salud por medio de una morigeración al encierro absoluto que presupone los inicios de ejecución de una condena privativa de la libertad. El Estado tiene que hacerse cargo de su responsabilidad en las pésimas condiciones en que se sufre el encierro. Si no es factible revertir definitivamente el estado de las cárceles es justo que se admitan alternativas al cautiverio asegurando con eficiencia el

---

<sup>25</sup> “La principal argumentación para devaluar derechos de los reclusos tiene sustento en la doctrina nacida del derecho administrativo de las relaciones de *sujeción especial*. De manera tal, a la relación de *sujeción general* derivada de la propia existencia del Estado, vienen a sumarse otras de carácter especial, producto de las relaciones ciudadanos-administración, desarrolladas en ámbitos muy precisos (cuarteles militares, administración pública, cárceles, escuelas públicas, etc.) por las cuales se produce un debilitamiento o minoración de los derechos de los ciudadanos como consecuencia de una relación cualificada con los poderes públicos, con grave limitación al principio de legalidad y a las garantías judiciales creándose de tal modo una zona de no-derecho” (RIVERA BEIRAS, Iñaki. “La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de una ciudadano de segunda categoría” Editorial J.M. Bosch, Biblioteca de Derecho Penal, Barcelona 1997).-

no quebrantamiento del cumplimiento de la pena. Sería semejante a la propuesta de encontrar alternativas a la prisión cuando se verifica superpoblación carcelaria que impide cumplir con las condiciones mínimas de detención trazadas por la Constitución y demás instrumentos de jerarquía internacional. Para que el encierro no se torne ilegítimo, dicha opción es propicia.-

En el supuesto que la persona condenada haya sido víctima de un daño a su salud, física o psíquica, durante la ejecución de la pena por razones que le son probadamente ajenas, para que el castigo judicialmente impuesto no sea a la postre más gravoso o cargue con un plus que ilegalmente afecte a los principios de proporcionalidad y culpabilidad - aún en esta etapa donde se continúa delineando la calidad de la sanción penal – es propicio que se realice un ajuste a la sanción que se cumple en relación a su modo de ejecución.-

Al margen de los efectos o ubicación dogmática que se quiere asignar a lo que la doctrina denomina “*pena natural*” se coincide en que debiera tener incidencia en la determinación de la pena concreta. Se adecua a criterios de justicia, el principio de culpabilidad y de proporcionalidad del castigo que al instante de fijar el merecimiento de pena se releven los sufrimientos graves que el autor sufre como consecuencias del delito, pues si se ignoran esas pérdidas – en este caso nada menos la visión en un ojo – la pena congregará una intensidad cuantitativa o cualitativa desproporcionada con la lesión causada con la comisión del injusto reprochado<sup>26</sup>.-

Concretamente, si el condenado además del castigo penal aplicado, que en principio debe sufrir a través de un encierro absoluto con una severa restricción a sus derechos fundamentales, soporta un deterioro significativo en su salud como consecuencia de sucesos que le son ajenos y generalmente propios de las condiciones en que se ejecutan las penas (hacinamientos que hacen de cultivo para innumerables peleas entre los internos), se adiciona un padecimiento más al que implica el castigo penal irrogado, delineando en lo fáctico una sanción desproporcionada en relación con el delito acusado.-

Si la denominada “*pena natural*” puede tener participación en la determinación judicial de la pena ajustando el quantum en perspectiva de los daños sufridos por el autor del hecho, no existe argumento válido para desechar su vigencia en la fase final del proceso donde se sigue delineando el castigo en cuanto a su calidad. En esta instancia su

---

<sup>26</sup> TCPBA., Sala II, 7/8/2007 causa nro. 19007 “B. J.S. s/ recurso de casación”

verificación digamos que no sirve para aminorar la duración de la pena más si para corregir su calidad – el modo de cumplimiento -.

Descontar sensiblemente al castigo el daño en la salud sufrido durante el cautiverio no sólo significa reconocer que en esta fase de la ejecución de la pena aun rigen los principios de proporcionalidad y culpabilidad, sino que además, se adopta un criterio de justicia acomodado con postulados de jerarquía suprema que ven a la persona privada de la libertad como *sujeto de derecho* quien, por lo tanto, merece una pena justa sin padecimientos adicionados de modo furtivo con vocación de ser subestimados por el sistema de justicia.-

El principio de humanidad de las penas -CN., 18 y CADH., 5 inc. 2- , por imperio del cual están prohibidas sanciones crueles, inhumanas y degradantes apuntala la presencia de la “*pena natural*” en esta fase del proceso, pues merece ser considerado contrario a este principio la punición que genera un sufrimiento al condenado que supera lo justo en relación con el ilícito reprochado.-

Claramente lo explica ZAFFARONI cuando dice que las violaciones al principio de humanidad con penas abstractas son cada vez más extrañas en el mundo y que las violaciones más frecuentes tienen lugar en casos particulares, cuando penas que abstractamente no lo violan, por características del caso concreto, resultan de inusitada crueldad<sup>27</sup>.

Si bien el estudio de la aplicación de lo denominado doctrinariamente “*pena natural*” en la etapa de ejecución requiera de un estudio más profundo que excede a este comentario, no se podía dejar pasar la importancia que simboliza a través del riguroso respeto al Principio de Judicialidad y Legalidad que valorase, a los fines de decidir el modo de cumplimiento de la pena de prisión, los daños tolerados por la persona privada de la libertad durante su cautiverio por hechos que le son corroboradamente ajenos a su responsabilidad. Es innegable que en este caso la pérdida de la visión en un ojo en el transcurso de la ejecución de la pena califica como un lesión grave que el autor soporta como consecuencia del delito, ya que por éste se encuentra privado de la libertad. No hay motivo para circunscribir las lesiones contables solamente a las temporalmente acaecidas durante la comisión del hecho y discriminar aquellas que surjan hasta finalizar los efectos de la condena.-

---

<sup>27</sup> ZAFFARONI, Raúl E. con ALAGIA y SLOKAR. “*Manual de derecho penal. Parte general*” Editorial Ediar, Argentina, Buenos Aires, 2005, p 113.