

DICTAMEN DEL INSTITUTO DE ESTUDIOS COMPARADOS EN CIENCIAS PENALES Y SOCIALES (INECIP) SOBRE EL PROYECTO DE LEY DE CÓDIGO DE EJECUCION DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD DE LA PROVINCIA DE MENDOZA

En virtud de los expedientes N° 61224, 62034 y 62037 de la Cámara de Diputados de la Provincia de Mendoza y del expediente del Senado N° 62532 se intenta aprobar un proyecto destinado a regular la ejecución de la pena privativa de la libertad en el ámbito de la Provincia de Mendoza.

Una de sus notas distintivas está dada por establecer la imposibilidad de acceder al ejercicio de los derechos propios del régimen progresivo de ejecución de la pena privativa de la libertad a aquellas personas condenadas por un variopinto elenco de tipos penales individualizados en su artículo 72. Asimismo a dichas personas se les priva del derecho a acceder a prisión discontinua o semidetención con base en la existencia de *"un grave riesgo para el condenado o para la sociedad."*

El análisis detallado de la iniciativa muestra como resultado que cuenta con varios aspectos criticables.

En primer término es dable resaltar que el proyecto es reñido con la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales equiparados aquella en jerarquía.

De acuerdo con el artículo 1 de la Constitución Nacional, la República Argentina adopta la organización republicana y federal, lo que implica la racionalidad de los actos de gobierno y una distribución de atribuciones, facultades y competencias entre el Estado Federal y los Estados Provinciales. Su artículo 5 establece que cada provincia dicta para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional y que asegure su administración de justicia. Bajo estas condiciones el Gobierno federal garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones. El artículo 121 fija las provincias conservan todo el poder no delegado por al Gobierno federal, mientras que el artículo 126 manda que "las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación." No pueden dictar el Código Penal, después que el Congreso lo haya sancionado. El artículo 16 establece la igualdad ante la ley de todos los habitantes.

El proyecto en cuestión implica una llamativa arbitrariedad en la confección del listado de delitos que ven agravada su pena a partir de la imposibilidad de acceder al período de prueba atentando contra la armonía en los disvalores de las acciones

delictivas y de las sanciones del Código Penal, quebrando su sistematicidad y asignando, por ejemplo, mayor gravedad a un atentado contra la propiedad en despoblado que a una desaparición forzada de persona.

A su vez, implica el avance provincial sobre facultades delegadas en el Congreso de la Nación vulnera el principio federal al pretender regular en materia de ejecución de penas privativas de la libertad, estableciendo un régimen diferenciado y agravado para las personas condenadas por determinados delitos en el ámbito de la justicia ordinaria de Mendoza, lo que genera desigualdad creando una suerte de Código Penal diferenciado para la provincia. Dos personas condenadas por hechos idénticos recibirían condenas diferentes con evidentes lesiones a la equidad e igualdad.

Esta suerte de autonomización provincial en materia de penas viene a ocurrir en momentos en los cuales se halla trabajando una comisión específica destinada a elaborar un nuevo proyecto de Código Penal para la República Argentina.

El artículo 18 de la Constitución establece condiciones dignas para el encierro y ordena un derecho penal de acto, en tanto determina como antecedente necesario para una condena la existencia de un hecho. Lo que se sanciona es un acto y no una personalidad, un modo de ser, una modalidad de conducir la vida, determinados estereotipos biológicos o un síntoma de peligrosidad. Tampoco se puede castigar a una persona o agravar su pena por algo futuro, por algo que no existe. El artículo 19 de la Constitución Nacional, en tanto se refiere a "acciones de los hombres", ratifica lo anterior.

Por otra parte, el proyecto de ley da por descontado que la persona privada de la libertad reincidirá, es decir que la castiga por anticipado.

En otro orden de consideraciones, el proyecto analizado implica el encierro de personas por periodos de tiempo más prolongados que los actuales e incide directamente en la posibilidad de proveer condiciones de detención compatibles con la dignidad y en el agravamiento de la sobrepoblación penitenciaria y sus efectos deteriorantes para la persona.

El artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional atribuye al Congreso Nacional el dictado del Código Penal, es decir que lo faculta a legislar sobre los hechos prohibidos y sobre sus sanciones. Dicho órgano ha dictado la ley de ejecución de las penas privativas de la libertad N° 24.660, la cual de acuerdo con la interpretación dada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación es una norma complementaria del Código Penal. Ello implica que las provincias tienen vedado dictar normas que avancen sobre dicha competencia tal y como lo pretende el proyecto en cuestión.

El inciso 22 del citado artículo 75 de la Constitución Nacional incorpora y otorga la máxima jerarquía normativa a una serie de instrumentos internacionales de

derechos humanos. La Convención Americana de Derechos Humanos establece que "las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados." (art. 5 inc. 6). En sentido similar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos manda que "el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados." El proyecto en cuestión asume la privación de la libertad como mero castigo para determinado colectivo de condenados, niega la posibilidad de desarrollar intervenciones útiles para el trabajo con aquellos detenidos para facilitar su reintegración al medio abierto y desvirtúa la progresividad del régimen como incentivo para los tratamientos.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ya se ha pronunciado en su precedente Romero Cacharane resuelto el 9 de marzo del año 2003 sobre la efectividad de la aplicación de la ley de ejecución de la pena privativa de la libertad N° 24.660 en el ámbito de la provincia de Mendoza y sobre el carácter de norma reglamentaria de disposiciones constitucionales y convencionales.

A su vez, la propia CSJN en su fallo "Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus" resuelto el 3 de mayo de 2005 expuso con claridad la naturaleza de la ley 24.660 como ley marco que establece estándares mínimos o pisos por debajo de los cuales las leyes provinciales no podrían legislar. Allí, en su considerando 59 estableció que:

"el 21 de agosto de 1917, al fundar Rodolfo Moreno (h) el despacho de la comisión acerca del Código Penal, decía que "es necesario que se dicte una ley carcelaria, una ley en la que se establezca el régimen de la penalidad en primer término, pero el régimen de la penalidad en toda la República, y bajo el sistema progresivo, si fuera posible, porque hoy en cada cárcel, en cada provincia, y en cada lugar se cumplen las penas como les parece oportuno a los gobiernos locales, es decir que, habiendo o debiendo haber un solo código penal, la aplicación de las represiones se hace de manera totalmente diferente en unos y en otros lugares, como si no pertenecieran todos al mismo país".

Después de un largo camino, que se inició en 1933, con la ley 11.833 (Ley de organización carcelaria y régimen de la pena), reglamentada por decreto 35.758 de 1947, reemplazada por el decreto-ley 412 de 1958, conocido como ley penitenciaria nacional, se llegó a la 24.660 de 1996 (Ley de ejecución de la pena privativa de la libertad), cuyo art. 230 deroga el mencionado decreto-ley 412/58 y cuyo art. 228 dispone: "La Nación y las provincias procederán, dentro del plazo de un año a partir de la

vigencia de esta ley, a revisar la legislación y las reglamentaciones penitenciarias existentes, a efectos de concordarlas con las disposiciones contenidas en la presente". Esta disposición es mucho más sabia y respetuosa del principio federal que la consagrada en el decreto-ley precedente, pues, a diferencia de aquél, que se consideraba complementario del Código Penal y por ende, pretendía desconocer la competencia legislativa provincial, en la ley vigente se trata de una clara norma marco que es constitucional pues no impide ni avanza sobre las legislaciones de ejecución penal provinciales, sino que establece su adecuación, debiendo interpretarse que establece un marco mínimo de régimen, más allá del cual pueden avanzar las provincias en sus respectivas legislaciones."

A propósito del concepto de peligrosidad, la Corte IDH, cuya jurisprudencia sirve de guía para la magistratura argentina, en el caso de Fermín Ramírez c/ Guatemala, resuelto el 20 de junio de 2005, ha sostenido que:

89. En sus alegatos sobre la violación del artículo 8 de la Convención, la Comisión señaló que el artículo 132 del Código Penal de Guatemala contiene un elemento subjetivo relativo a la posibilidad de que una persona pueda cometer hechos delictuosos en el futuro. Esto requiere una valoración científica, a través de medios probatorios adecuados. La peligrosidad criminal, como cualquier otra agravante o atenuante, genérica o específica, no puede ser presumida, sino debe probarse en el juicio;

[...]

93. Si la peligrosidad del agente trae consigo una consecuencia penal de tan grave naturaleza, como ocurre en la hipótesis de Asesinato, conforme a la ley guatemalteca, las circunstancias personales del agente deberían formar parte de la acusación, quedar demostradas durante el juicio y ser analizadas en la sentencia. Sin embargo, las circunstancias que demostrarían la peligrosidad del señor Fermín Ramírez no fueron objeto de la acusación formulada por el Ministerio Público. Esto llevó a la Comisión Interamericana a considerar que el Tribunal de Sentencia incurrió en otra incongruencia por haberlas dado por demostradas, sin que figurasen en la acusación, lo cual significaría una violación al artículo 8 de la Convención (*supra* párrs. 55.h) a 55.n), 81 y 89).

94. En concepto de esta Corte, el problema que plantea la invocación de la peligrosidad no sólo puede ser analizado a la luz de las garantías del debido proceso, dentro del artículo 8 de la Convención. Esa invocación tiene mayor alcance y gravedad. En efecto, constituye claramente una expresión del ejercicio del *ius puniendi* estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía.

95. La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán. Con esta base se despliega la función penal del Estado. En fin de cuentas, se sancionaría al individuo – con pena de muerte inclusive – no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es. Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos. El pronóstico será efectuado, en el mejor de los casos, a partir del diagnóstico ofrecido por una pericia psicológica o psiquiátrica del imputado.

La CSJN en su fallo Maldonado, resuelto el 7 de diciembre de 2005, sostuvo que:

38. Que la única vía para determinar la pena correspondiente a un hecho cometido por un niño siguiendo idénticos criterios que los que se utilizan respecto de un adulto sería prescindiendo del principio de culpabilidad, y apelando a la vieja peligrosidad. La concepción del ser humano que subyace en nuestra Constitución, tal como se ha señalado, repudia este concepto, de cuño claramente positivista, francamente enfrentado a la concepción de toda la ética tradicional, enraizado en las peores teorías racistas del siglo XIX, producto de un materialismo rudimentario y grosero, asentado sobre el determinismo mecanicista de la época y, por ende, totalmente incompatible con el concepto de persona, base de nuestra Constitución de 1853-1860, en perfecta armonía con el art. 1º de la declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

La peligrosidad como fundamento de la pena sólo es admisible cuando se concibe al ser humano como una cosa más entre todas las cosas, movido mecánicamente al igual que el resto de los entes y, por ende, susceptible de ser calificado según reales o supuestas fallas mecánicas que colocan al Estado en la disyuntiva de corregirlas y, en caso de imposibilidad, de eliminar al sujeto. En este sentido, el mensaje que llega del siglo XIX suena brutal a los oídos de quienes lo leemos después de las tristes experiencias del siglo XX y nos percatamos de que, en definitiva, se trata de las ideas que prepararon el camino al genocidio, y que uno de sus expositores -por cierto, quizá el más prudente- sintetizaba de la siguiente manera: "La sociedad debe protegerse de los irreversibles, y como no podemos decapitar y ahorcar, y como no nos es dado deportar, no nos queda otra cosa que la privación de libertad de por vida" (Franz von Liszt, La idea de fin en el derecho penal, trad. de Enrique Aimone Gibson, revisión de Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Valparaíso, 1984, p. 120).

Reafirmando dichos conceptos la CSJN en el citado fallo "Gramajo", sostuvo que:

18. Que resulta por demás claro que la Constitución Nacional, principalmente en razón del principio de reserva y de la garantía de autonomía moral de la persona consagrados en el art. 19, no permite que se imponga una pena a ningún habitante en razón de lo que la persona es, sino únicamente como consecuencia de aquello que dicha persona haya cometido. De modo tal que el fundamento de la pena en ningún caso será su personalidad sino la conducta lesiva llevada a cabo.

En un estado, que se proclama de derecho y tiene como premisa el principio republicano de gobierno, la constitución no puede admitir que el propio estado se arrogue la potestad "sobrehumana" de juzgar la existencia misma de la persona, su proyecto de vida y la realización del mismo, sin que importe a través de qué mecanismo pretenda hacerlo, sea por la vía del reproche de la culpabilidad o de la neutralización de la peligrosidad o, si se prefiere, mediante la pena o a través de una medida de seguridad.

[...]

Toda medida penal que se traduzca en una privación de derechos debe guardar proporcionalidad con la magnitud del contenido ilícito

del hecho, o sea, con la gravedad de la lesión al bien jurídico concretamente afectado por el hecho, porque las previsiones legales expresan tales magnitudes a través de las escalas penales.

[...]

En consecuencia, no puede sostenerse seriamente que se autorice a un estado de derecho para que imponga penas o prive de libertad a una persona (con independencia del *nomen juris* que el legislador, la doctrina o la jurisprudencia eligiera darle al mecanismo utilizado para ello), sobre la base de una mera probabilidad acerca de la ocurrencia de un hecho futuro y eventual.

24. Que no obstante, debe advertirse que lo anterior está dicho en el supuesto de que la valoración de la probabilidad se asentase en investigaciones de campo serias y científicas que, como es sabido, no existen. Cuando se maneja el concepto de peligrosidad en el derecho penal, se lo hace sin esa base, o sea, como juicio subjetivo de valor del juez o del doctrinario, con lo cual resulta un concepto vacío de contenido verificable, o sea, de seriedad científica. De este modo, resulta directamente un criterio arbitrario inverificable. En síntesis: la peligrosidad, tomada en serio como pronóstico de conducta, siempre es injusta o irracional en el caso concreto, precisamente por su naturaleza de probabilidad, pero cuando la peligrosidad ni siquiera tiene por base una investigación empírica, carece de cualquier contenido válido y pasa a ser un juicio arbitrario de valor, que es como se maneja en el derecho penal.

[...]

26. Que para obviar la falta de fundamento científico verificable para justificar la medida, se acudió al argumento de una supuesta peligrosidad presunta. Se dice entonces que el legislador presume la peligrosidad de determinado individuo. Dicha afirmación carece de cualquier base científica por cuanto la *peligrosidad* es un concepto que reconoce una base incuestionablemente empírica. De prescindirse de ella, para reemplazarse por presunciones establecidas en la ley, podría decirse entonces que se invocaría la peligrosidad con prescindencia de si efectivamente existe o no en el caso concreto, en virtud de que una presunción en realidad

significa tener por cierto aquello que en definitiva podría resultar falso. En suma, bajo tal premisa se impondría una privación de libertad prolongada a título penal, bajo la denominación de pena o cualquier otra que fuere, sobre la base de una presumida peligrosidad que en definitiva no podrá comprobarse si efectivamente existe.

Del análisis precedente se desprende que no se trata de un verdadero juicio de peligrosidad respecto del agente, sino de una declaración acerca de que determinada persona es indeseable o directamente declarada fuera del derecho y, por tanto, privada de la dignidad de la pena, privada de todos los derechos que le asisten a los habitantes de la Nación y son garantizados por la Constitución Nacional, entre los que, por supuesto, cuentan el de legalidad de la pena, el de no ser sometida a penas crueles, el de no ser penado dos veces por el mismo hecho y, básicamente, el de ser considerada persona.”

En otro orden de consideraciones, debemos señalar que el proyecto analizado, al generar desigualdades en términos de la progresividad del régimen penitenciario, distorsiona una herramienta que se halla sumamente difundida en el derecho comparado y que ha mostrado que con una adecuada implementación implica un mecanismo útil para simplificar el retorno gradual al medio abierto y aumentar el nivel de autonomía y responsabilidad individual. El mismo cuenta con una larga tradición que reconoce antecedentes que datan de las experiencias históricas en Francia con *Jean-Guillaume, baron Hyde de Neuville* (1828), en las colonias inglesas del Pacífico Sur con Alexander Maconochie (1840) y en Irlanda con Walter Crofton (1854).

Iniciativas como la comentada muestran un carácter eminentemente reactivo, es decir que comienzan a operar una vez que el hecho criminal ya ha ocurrido y que las víctimas han sufrido el daño. No existe evidencia científica que avale la utilidad preventiva y disuasiva frente a potenciales casos futuros.

Por otra parte, asumir que quien ha sido condenado necesariamente reincidirá implica asumir el fracaso de las intervenciones estatales y conceptualizar a la persona en conflicto con la ley penal como a un enfermo incurable cuyo síntoma es el delito. Esta aproximación es propia del positivismo criminológico de cuño racista originado en Italia a mediados del S XIX, el cual ha sido hace tiempo abandonado de modo unánime.

El proyecto de ley es manifestación de demagogia punitiva y no hace más que incrementar la violencia estatal frente a los conflictos, en lugar de buscar

soluciones efectivas. La retórica bélica y de mano dura no hace más que ocultar las causas estructurales de los problemas, la debilidad de los sistemas de gestión de la conflictividad y utilizar de modo espurio el dolor de las víctimas y la justificada indignación social en lugar de optimizar la prevención del delito, mejorar el sistema de administración de la justicia penal, reformar el sistema carcelario y el servicio penitenciario y avanzar en materia de condiciones de detención y tratamientos efectivos a internos o en la política post-penitenciaria de asistencia, acompañamiento y control a la persona liberada.

Por las múltiples incompatibilidades con la Constitución Nacional y por su ineficiencia el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) sugiere su archivo o, en su caso, el veto de la norma en cuestión.

INECIP, Agosto de 2012

Raúl Salinas
Co-coordinador
Área Cárceles y Política Penitenciaria
INECIP