

DPyC

REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

DELITOS ECONÓMICOS • CONTRAVENCIONAL •
GARANTÍAS CONSTITUCIONALES • PROCESAL
PENAL • EJECUCIÓN DE LA PENA

DIRECTOR:
EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

Año XIII | Número 6 | Julio 2023

ISSN: 0034-7914

 INCLUYE
VERSIÓN DIGITAL

THOMSON REUTERS
LA LEY

ISSN: 0034-7914
RNPI: En trámite

Todos los derechos reservados
© **La Ley S.A. Editora e Impresora**

Dirección, administración y redacción
Tucumán 1471 (C1050AAC)
laley.redaccionjuridica@tr.com

Ventas
CASA CENTRAL
Tucumán 1471 (C1050AAC)
Tel.: 0810-266-4444

LOCAL I FACULTAD DE DERECHO - UBA
Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Tel. / Fax: 4806-5106

Atención al cliente: 0810-266-4444
Buenos Aires - Argentina

*Hecho el depósito que establece la ley 11.723.
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.*

Nota de la Dirección: Las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

Se terminó de imprimir en la 1ra. quincena de julio de 2023, en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I., Bernardino Rivadavia 130, Avellaneda - Provincia de Buenos Aires, República Argentina

DPyC

REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

DELITOS ECONÓMICOS • CONTRAVENCIONAL •
GARANTÍAS CONSTITUCIONALES • PROCESAL
PENAL • EJECUCIÓN DE LA PENA

Director:

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

Año XIII | Número 6 | Julio 2023

 **INCLUYE
VERSIÓN DIGITAL**

THOMSON REUTERS

LA LEY

DIRECTOR

Eugenio Raúl Zaffaroni

ÁREA PROCESAL

Miguel Á. Almeyra

COORDINADORES

Matías Bailone

Gabriel Ignacio Anitua

COMITÉ ACADÉMICO

Eduardo Aguirre Obarrio (Argentina, 1923-2011)

Carlos Julio Lascano (Argentina)

Lola Aniyar de Castro (Venezuela, 1937-2015)

Luis Arroyo Zapatero (España)

David Baigún (Argentina, 1926-2015)

Nilo Batista (Brasil)

Roberto Bergalli (Argentina, 1936-2020)

Jorge de la Rúa (Argentina, 1942-2015)

Edgardo Alberto Donna (Argentina)

Luigi Ferrajoli (Italia)

José Luis Guzmán Dalbora (Chile)

Julio B. J. Maier (Argentina, 1939-2020)

Sergio Moccia (Italia)

Francisco Muñoz Conde (España)

Esteban Righi (Argentina, 1938-2019)

Gladys Romero (Argentina, 1933-2014)

Norberto Spolansky (Argentina, 1939-2018)

Juarez Tavares (Brasil)

John Vervaele (Holanda)

José Sáez Capel (España)

COMITÉ DE REDACCIÓN

Gabriel Ignacio Anitua

María Laura Böhm

José Ángel Brandariz García

Leonardo Brond

Javier de Luca

Rubén E. Figari

Mariano Gutiérrez

Manuel Maroto Calatayud

Juliana Oliva

Jorge Paladines Rodríguez

Marcela Paura

Jonathan Polansky

Rodrigo M. Raskovsky

Marcelo Riquert

Cristina Sánchez Henríquez

Máximo Sozzo

Valeria Vegh Weis

Myrna Villegas Díaz

Diego Zysman Quirós

Facundo Maggio

Solange Capuya

Sofía Lanzilotta

Marcos Frezzini

Luciano Bianchi

Gustavo Aboso

María Pilar Marco Francia

Gabriela Gusic

Nadia Espina

CON EL AUSPICIO DE

ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA (ALPEC)

DIRECCIÓN ACADÉMICA

Mónica Pinto

COMITÉ HONORARIO

Agustín Gordillo
Aída Kemelmajer
Alberto J. Bueres
Carlos Etala

Cecilia Grosman
Eugenio Bulygin
Eugenio R. Zaffaroni
Héctor Alegria

José Tobías
Julio C. Rivera
Nelly Minyersky
Noemí Lidia Nicolau

COMITÉ ACADÉMICO

Administrativo

Carlos F. Balbín
Fernando R. García
Pullés
Ernesto A. Marcer
Guido Santiago Tawil

Constitucional

Alberto B. Bianchi
Roberto Gargarella
María Angélica Gelli
Juan V. Sola

Internacional Privado

María Susana Najurieta
Alfredo Mario Soto
María Elsa Uzal

Internacional Público

Susana Ruiz Cerutti
Silvina González Napolitano
Raúl Vinuesa

Familia

Carlos Arianna
Luis Ugarte
Adriana Wagmaister

Civil

Carlos Hernández
Sebastián Picasso
Sandra Wierzba
Diego Zentner

Penal

Mary Beloff
Alberto Edgardo Donna
Daniel Pastor

Laboral

Mario Ackerman
Adrián Goldin

Comercial

Rafael Mariano Manóvil
Horacio Roitman

Filosofía

Ricardo Guibourg
Rodolfo Vigo

Derechos Humanos

Laura Giosa
Roberto Saba

Ambiental

Néstor Cafferatta
Leila Devia
Silvia Nonna

COMITÉ EDITORIAL

Penal

Fernando Córdoba
Fernando Díaz Cantón
Ivana Bloch
Marcelo Ferrante
Marcos Salt
Marcelo Sgro

Criminología

Gabriel Ignacio Anitua
Matías Bailone
Máximo Sozzo

Familia

Silvia Eugenia Fernández
Eleonora Lamm
Ida Scherman

Civil

Carlos Calvo Costa
Luis Daniel Covi
María Victoria Famá
Adriana Krasnow
Luis F. P. Leiva Fernández
Máximo Gonzalo Sozzo

Laboral

Lucas Caparrós
Juan Pablo Mugnolo
Claudia Priore

Constitucional

María Gabriela Ábalos
Marcela Basterra
María Laura Clérico
César Sebastián Vega

COMITÉ EDITORIAL *(Continuación)*

Internacional Público

Emiliano Buis
Alejandro Chehtman
Natalia Luterstein
Nahuel Maisley

Internacional Privado

Paula María All
Nieve Rubaja
Luciana Scotti

Administrativo

Alfonso Buteler
María Paula Renella
Susana Vega

Comercial

Hugo Acciarri
Pablo Heredia
Lorena Schneider
Pamela Tolosa

Filosofía

Marcelo Alegre
Claudio Eduardo
Martyniuk
Renato Rabbi-Baldi
Cabanillas

Derechos Humanos

Leonardo Filippini
Calógero Pizzolo
Silvina Zimerman

Ambiental

Mariana Catalano
José Esaín

Director Editorial

Fulvio G. Santarelli

Jefa de Redacción

Yamila Cagliero

Editores

Nicolás R. Acerbi Valderrama
Jonathan A. Linovich
Guadalupe Grande
Elia Reátegui Hehn
Érica Rodríguez
Marlene Slattery

Si deseás comunicarte con el comité de redacción de la revista y/o hacernos llegar [trabajos de doctrina o comentarios jurisprudenciales](#), nos podés escribir a DPyC@tr.com

ÍNDICE

DERECHO PENAL

DOCTRINA

Breves reflexiones sobre la determinación legal de la pena de prisión y su utilidad para los delitos ecológicos <i>María Teresa Montero Ruiz</i>	5
La imputación objetiva y los honorarios profesionales <i>Guido Adrián Palacín</i>	16
Prescripción de la acción y revolución: sublevación judicial y autoridad del derecho <i>Hernán D. Grbavac - Agustina M. Dragell</i>	23
El alcance de la agravante del homicidio por la “relación de pareja” a la luz del principio de legalidad <i>Juan Pablo Santoianni</i>	35
Hacia la legalización del uso recreativo del cannabis. Un aporte desde el derecho tributario <i>Matías Valongo</i>	52

NOTA A FALLO

CONTRABANDO AGRAVADO Utilización de documentos públicos adulterados. Extracción no autorizada de madera. Daño ambiental. Propuesta de solución alternativa. Requisitos. Reparación integral	63
La reparación integral del daño ambiental en el derecho penal: el caso “palo santo” <i>Gustavo E. Aboso</i>	67

CONTENIDO AUDIOVISUAL

<i>Maximiliano Hairabedian</i>	91
--------------------------------------	----

PROCESAL PENAL

DOCTRINA

Delación premiada y derecho de defensa del imputado <i>Carlos E. Llera</i>	101
Los mensajes de WhatsApp como prueba en juicio. Litigación penal con perspectiva de género <i>Rubén A. Chaia</i>	107
El rol de la querrela ante el principio de oportunidad <i>Luis J. Cevasco</i>	117
Una mirada acerca de los límites y alcances de la garantía constitucional de ser juzgado sin dilaciones indebidas <i>Gaspar Geraghty Fleming</i>	120

DERECHO PENAL JUVENIL

DOCTRINA

La internación de niños y adolescentes por padecimientos mentales a la luz de los modelos de intervención estatal <i>Gabriela Leticia Robles</i>	137
El proceso penal juvenil y el país de las maravillas: una mirada sobre el juicio por jurados a través de los ojos de Alicia <i>Federico R. Moeykens</i>	147

NOTA A FALLO

RÉGIMEN PENAL DE MENORES Egreso de instituto. Falta de contención y protección de los derechos. Rechazo. Disidencia	153
De la actividad y organización judicial respecto de niños y niñas inimputables en razón de su edad <i>Martiniano Terragni</i>	160

EJECUCIÓN DE LA PENA

DOCTRINA

Ejecución penal y género: la compensación de pena antijurídica, un derecho frente al impacto diferenciado de la pena en contexto de encierro <i>Silvana Corvalán - Pablo Antonio Molina</i>	173
--	-----

CRIMINOLOGÍA

DOCTRINA

Las actuaciones criminales contra el estado de derecho y la crisis institucional en Brasil. Los crímenes contra el Estado Democrático de Derecho, la prevaricación, los crímenes contra el honor y los riesgos de ahí derivados <i>Jorge Henrique Schaefer Martins</i>	189
Prostitución. Situación y contexto <i>José Manuel Grima - Mariela Fátima Pérez</i>	203

COMENTARIO BIBLIOGRÁFICO

Comentario bibliográfico del libro “ <i>Delitos de odio. Un ataque a la igualdad, a la tolerancia y a la no discriminación</i> ” <i>Horacio J. Romero Villanueva</i>	217
---	-----

ACTUALIDAD

HOMICIDIO CULPOSO

Conducción riesgosa. Efectos del alcohol. Exceso de velocidad. Ausencia de anomalías en la calzada. Inhabilitación preventiva para conducir. Procesamiento.....	223
---	-----

SUSTRACCIÓN DE MENORES

Progenitora que salió del territorio nacional sin autorización de su progenitor conviviente. Procesamiento	225
--	-----

IMPUTABILIDAD

Uso problemático de sustancias de larga data. Prueba de peritos. Revocación del sobreseimiento	233
--	-----

SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA

Incumplimiento de las reglas de conducta. Revocación	236
--	-----

MEDIDAS DE SEGURIDAD

Internación involuntaria de personas. Competencia de la justicia civil	238
--	-----

PERITAJE PSICOLÓGICO

Nulidad. Imposibilidad de la defensa de ejercer control sobre las conclusiones periciales.....	239
--	-----

PRUEBA PERICIAL

Nulidad del peritaje balístico. Falta de notificación. Rechazo	240
--	-----

EXTRAÑA JURISDICCIÓN

Principio de territorialidad. Desestimación.	245
---	-----

Actualidades de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional

<i>Gonzalo J. Duarte Arday</i>	248
--------------------------------------	-----

Ejecución penal y género: la compensación de pena antijurídica, un derecho frente al impacto diferenciado de la pena en contexto de encierro

Silvana Corvalán (*)

Pablo Antonio Molina (**)

Sumario: I. Introducción.— II. El caso concreto a analizar y los derechos de una mujer en contexto de encierro.— III. Aplicación de perspectiva de género en el sistema internacional de derechos humanos.— IV. Compensación de pena ilícita o antijurídica.— V. Reflexiones finales.— VI. Bibliografía.

I. Introducción

Se propone el abordaje, con perspectiva de género y de derechos humanos, del instituto llamado compensación, en el reconocimiento y aplicación de alternativas a la ejecución de la pena privativa de libertad, en una propuesta de reconceptualización de la compensación susceptible de visibilizar el impacto diferenciado que representa para las mujeres la ejecución de la pena privativa de libertad.

Para ello se analizará como caso testigo la situación de una mujer cumpliendo condena firme privativa de libertad en la Provincia de

Buenos Aires (1). El caso involucra diversos aspectos de vulnerabilidad y el impacto negativo que tiene en su caso el tratamiento penitenciario sin perspectiva de género en la ejecución de la pena privativa de libertad.

Se desarrollarán los estándares de protección de derechos humanos en relación con los derechos de las mujeres en contexto de encierro; y los criterios existentes en relación con el reconocimiento y aplicación de la compensación como mecanismo para subsanar la ejecución de aquellas penas que se vivencian en forma ilícita y antijurídica.

Se propone estudiar y comprender la aplicación práctica de la compensación de pena de un modo diverso, dinámico y resignificándolo, no a los fines de compensar tiempo de encierro, sino como mecanismo de control de los daños y afectaciones sufridos en prisión, con una visión de género aplicada ante el impacto nega-

(*) Abogada, Universidad Nacional del Sur, especialista en Derecho penal, y docente en Derechos Humanos Universidad Nacional del Sur. Secretaria en la Secretaría de Género de la Defensoría General de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires.

(**) Agente judicial, Secretaría de Género Defensoría General de Bahía Blanca. Docente ayudante B en las materias Prueba en los Procesos Judiciales, Filosofía de la Pena y Taller de Litigación Oral, Universidad Nacional del Sur. Integrante de la Asociación Pensamiento Penal, capítulo Políticas Penitenciarias y CABA.

(1) Juzgado de Ejecución Penal N° 1 Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, causa nro. 23.426, "N. N. G. s/ legado de ejecución de pena".

tivo e invisibilizado —y diferenciado— que el programa de la ejecución de la pena tiene sobre las mujeres.

En definitiva, la propuesta versará sobre plantear la aplicación de la compensación como un derecho, en los casos de ejecución de penas privativas de libertad vivenciadas de manera antijurídica e ilícita, teniendo especialmente en cuenta el impacto diferenciado que el encierro genera sobre las mujeres.

II. El caso concreto a analizar y los derechos de una mujer en contexto de encierro

El supuesto fáctico bajo análisis contempla el caso de una mujer cumpliendo condena firme de quince [15] años de prisión, por considerarla partícipe necesaria de los delitos de abuso sexual gravemente ultrajante reiterado, agravado por la guarda y convivencia, en concurso real con acceso carnal agravado por la guarda y la convivencia en dos hechos (2).

El caso involucra a una mujer en condiciones de vulnerabilidad (3) en tanto en razón de su género, estado mental, circunstancias sociales y económicas, encuentra especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

El Ministerio Público de la Defensa solicitó, en el marco de la ejecución de su pena y a título de reparación, la aplicación del instituto de la compensación por los daños sufridos y no reparados por el Estado, con la consecuente incorporación de la penada en el régimen de libertad condicional, ante los distintos aspectos que confluyen en su persona en un marcado contexto de vulnerabilidad en el que se encuentra en privación de libertad.

Para comprender tal planteo, es preciso diferenciar dos momentos distintos que provocaron

(2) Tribunal Criminal N° 1 Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, causa nro. 674/13 de Orden Interno nro. 2662, "R. H. R., y N. N. G por abuso sexual agravado reiterado en Bahía Blanca", 09/12/2013.

(3) Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, XIV Cumbre Judicial Iberoamericana Brasilia, 4 a 6 de marzo de 2008.

la afectación a diversos derechos de la mujer privada de libertad en el caso analizado. Por una parte, la valoración efectuada *al momento de ser condenada*; y, por otra, los *hechos producidos luego del dictado de la sentencia condenatoria*, ya en el *contexto carcelario*. En ambos momentos se produjeron diversas afectaciones a sus derechos —invisibilizados—, que merecían ser ponderadas como elementos que debían *pesar en su favor* para la procedencia de regímenes liberatorios.

Los aspectos propios de la interseccionalidad que concurrieron en el caso analizado versaron sobre la circunstancia de tratarse de una persona en situación de vulnerabilidad, una mujer, socioeconómicamente en franja de pobreza, analfabeta desde su ingreso en la unidad penal a la actualidad, con severas limitaciones intelectuales —retraso mental e intelectual moderado—. Una mujer que en su núcleo familiar primario también vivió y creció en un contexto de violencia. Aspectos que no fueron valorados al momento de ser procesada, juzgada y condenada; y como se verá, tampoco fueron tenidos en cuenta durante la ejecución de su pena.

Por otra parte, luego del dictado de la sentencia condenatoria, fue privada de su libertad en un contexto de encierro que le viene generando otro tipo de afectaciones a sus derechos más elementales, vinculados al ejercicio de su derecho a la educación y al derecho a la salud.

En tal sentido, la decisión a partir de la cual fue condenada constituye, en la actualidad, una decisión jurisdiccional que carece de perspectiva de género y de derechos humanos, por cuanto se encuentra fundada en afirmaciones generales y dogmáticas, ya que omitió analizar y valorar las condiciones personales y particulares de la involucrada.

La resolución judicial que dictó sentencia condenatoria se fundamentó en una interpretación presuntamente neutral/objetiva, que culminó con el desarrollo de argumentos androcéntricos y discriminatorios. Omitió por completo mencionar, valorar y aplicar las previsiones de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia con-

tra la Mujer **(4)** (en adelante, Convención de *Belém do Pará*). Pasó por alto la circunstancia de que la nombrada fue también víctima de violencia de género, y que en el marco de ese contexto y ante su vulnerabilidad, habrían acontecido los hechos por los que resultó condenada.

Por otra parte, tal como se adelantó, durante su encierro se han producido otro tipo de afectaciones en sus derechos, que debieron ser ponderadas a los efectos de reparar los daños sufridos en prisión. A saber, diversos problemas de salud padecidos: por ejemplo, metrorragias de varios meses de evolución por mioma uterino; motivando incluso que excesivo tiempo de espera para ser intervenida quirúrgicamente en el hospital; anemia crónica que padece asociada a dicho problema de salud; la imposibilidad de contar con toallas higiénicas femeninas dados los intensos sangrados que sufre —y que hacen que debe rasgar ropa y utilizarla a modo de apósito—. Se constató, en el marco de su legajo de ejecución, que la anemia crónica no fue correctamente tratada, en tanto se determinó que la muestra de sangre tomada fue insuficiente, desconociéndose sus resultados. Pese a ello, recibió medicación (hierro), sin poder determinarse si la dosis que se le provee resulta acorde a sus necesidades de salud.

Fue debidamente acreditado mediante informes periciales el retraso mental de la encartada, su vulnerabilidad social y económica y la violencia de género sufrida. Sus problemas de salud ginecológicos, por los que posteriormente fue intervenida quirúrgicamente, fueron atendidos con casi dos años y cuatro meses de demora, entre la atención sanitaria penitenciaria solicitada y el centro de salud público en el que resultó atendida.

Se suma al contexto descrito la circunstancia que la nombrada ingresó al sistema carcelario siendo analfabeta, y el Estado, luego de haber transcurrido once años en privación de libertad, no ha logrado aún cumplir una obligación prioritaria, como lo es la inclusión en educación formal primaria, su alfabetización, y desarrollo de un proyecto o plan de vida digno.

(4) Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Belém do Pará, Brasil, 09 de junio de 1994.

La situación fáctica señalada da cuenta de la ilicitud y antijuricidad de la pena que se le ejecuta a N. N. G., y los daños producidos a partir del impacto diferenciado que se produce en la ejecución de su pena, por el hecho de ser una mujer vulnerable privada de libertad.

El cuadro de salud complejo atravesado, ante los obstáculos y barreras que presenta el sistema de salud penitenciario, el tratarse de una persona analfabeta, sumado a la valoración sesgada que se realizó al momento de su juzgamiento y condena, resultan daños sufridos que deberían ser ponderados conglobadamente desde la perspectiva de género y que justifican la necesidad de “compensar” —en los términos que luego se explicarán— la ilicitud de la pena que se ejecuta, pesando en favor de la procedencia de la libertad condicional o de otros regímenes liberatorios en favor de la involucrada.

El caso analizado, bajo la perspectiva que se propone, permitiría recurrir a la figura de la compensación, a los fines de justificar la procedencia de un régimen liberatorio, como una modalidad de reparar los daños que sufre en la ejecución ilícita de su pena.

Precisamente, las condiciones de detención y el plus de sufrimiento padecido en contexto de encierro, en tanto sobrepasen aquel padecimiento inherente a la mera privación de libertad, deben ser tenidos en cuenta como circunstancias relevantes al momento de resolver institutos que puedan importar libertad de la persona afectada, pesando en su favor.

La interpretación efectuada en oportunidad de dictarse el fallo condenatorio en el caso analizado se basó en la lectura de normas rígidas de derecho penal, en lo concerniente a valoración de prueba, calificación jurídica, y determinación de pena, que perjudicaron y vulneraron el derecho de N. N. G. a ser juzgada con perspectiva de género. La vigencia de la Convención de *Belém do Pará* y de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer **(5)** (en adelante, CEDAW) de-

(5) Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Asamblea General de Naciones Unidas, 18 de septiembre de 1979, en vigor el 3 de septiembre de 1981.

terminan obligaciones especiales de todos los órganos de poder, que indican la necesidad de aplicar las normas y procedimientos sin sesgos discriminatorios, y con perspectiva de derechos humanos.

En definitiva, el caso fáctico analizado permite observar la necesidad de un reconocimiento estatal por los daños sufridos en las dos oportunidades explicadas —tanto al momento de dictarse el fallo condenatorio, como en oportunidad de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta— por vía de compensación, lo que permitirá, eventualmente, recomponer y reparar de alguna manera la ilicitud y antijuricidad de la pena que actualmente sufre N. N. G.

III. Aplicación de perspectiva de género en el sistema internacional de derechos humanos

III.1. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con mujeres privadas de libertad

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “Corte IDH” o “Corte”) en el caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú (6) determinó estándares relativos a torturas y malos tratos ocurridos en contexto de encierro, en privación de libertad, en relación con mujeres.

Los hechos del caso se refieren a la ejecución extrajudicial, torturas y malos tratos de personas privadas de libertad en dos pabellones del penal Miguel Castro Castro —reclusorio de máxima seguridad— quienes, en su mayoría, cumplían condena por delitos de terrorismo.

La masacre se desarrolló al amparo del llamado “Operativo Mudanza 1” ocurrido en mayo de 1992. Durante el operativo, los agentes estatales —policía y ejército— utilizaron armas de guerra, bombas lacrimógenas y paralizantes contra los internos, iniciando las acciones en un día de visitas femeninas en el Penal. Los sobrevivientes fueron obligados a permanecer en las zonas del penal denominadas “tierra de nadie” y “admisión”, tendidos boca abajo sobre la tierra, sin abrigo y recibiendo constantes golpes y agresio-

nes durante varios días hasta su traslado a otros penales. Una vez reubicados, continuaron las golpizas, las malas condiciones de alimentación y muchos heridos no contaron con atención médica adecuada y oportuna.

La Corte IDH estableció estándares sobre uso excesivo de fuerza utilizada en la realización de dicha operación, por las torturas y malos tratos a los que fueron sometidos los internos e internas, e hizo especial referencia a la violencia de género acreditada en el caso. En este sentido, la Corte IDH tomó en cuenta la forma diferencial en que los hechos afectaron a las mujeres, señalando cómo la forma en que la violación de derechos humanos por parte del Estado puede también tener el objetivo de causar un efecto en la sociedad.

El art. 7° de la Convención de Belém do Pará (7), mencionado en el art. 12 de esta e invocado en la sentencia del Caso Castro Castro, contiene una enfática condena de todas las formas de violencia contra la mujer y pone a cargo de los Estados parte en esa Convención la asunción de “políticas” orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia.

En este marco, se obligan a determinadas acciones y abstenciones que atienden a aquellos objetivos. Esas acciones y abstenciones guardan evidente correspondencia con deberes inherentes al reconocimiento, el respeto y la garantía de derechos y libertades acogidos en la Convención Americana de Derechos Humanos (8) —por ejemplo, los previstos en los arts. 5° y 8° de esta, y otros—, a la adopción de normas que sirvan a esos fines y a la supresión de medidas y prácticas, de diversa naturaleza, que signifiquen violencia contra la mujer.

Del voto razonado del Juez Sergio García Ramírez (9) se advierte la necesaria y obligada lec-

(7) Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Belém do Pará.

(8) Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada en la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica, 18 de julio de 1978.

(9) Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez con respecto a la sentencia de la Corte Interamericana de

(6) Corte IDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Fondo, reparaciones y costas. Serie C nro. 160. Cita TR LALEY AR/JUR/8497/2006.

tura conjunta de la Convención Americana de Derechos Humanos y de la Convención de *Belém do Pará*, instrumento este último con deberes específicos para el Estado en relación con la protección de los derechos de la mujer.

Dicha lectura conjunta permite integrar el panorama de los derechos y, por ende, el perfil de las violaciones a las que se ha referido la Corte IDH y apreciar la entidad de aquellas a la luz de los dos instrumentos, el general y el especial, como lo ha hecho la Corte al dictar la sentencia analizada.

La Corte utilizó en el caso el *corpus juris* internacional de protección de los derechos de la mujer: Convención de *Belém do Pará* y la CEDAW para la interpretación del derecho a la vida y la integridad personal de las mujeres privadas de libertad.

III.2. Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok)

En materia de condiciones de detención de mujeres privadas de libertad las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes [en adelante “Reglas de Bangkok” o “Reglas” **(10)**] constituyen un estándar mínimo indispensable que debe orientar el modo en que se ejecuta una condena a una mujer en prisión.

Dicho instrumento internacional reconoció en sus observaciones preliminares las necesidades especiales de las mujeres en contexto de encierro, y el aumento de población carcelaria femenina. Allí determinó la necesidad de formular recomendaciones de política orientadas a la acción, basadas en las necesidades especiales de la mujer en calidad de reclusa o delincuente, y los planes de acción para la aplicación de la Declaración.

Derechos Humanos en el caso Castro Castro, del 25 de noviembre de 2006.

(10) Reglas de Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes. (Reglas de Bangkok) 2011. Asamblea General de Naciones Unidas, 16/03/2011.

Se destaca en las Reglas expresamente que las mujeres reclusas son uno de los grupos vulnerables que tienen necesidades y requisitos específicos. Aspecto trascendental a los efectos de considerar la aplicación de la “compensación” en los términos conceptuales que a continuación se desarrollarán.

Las Reglas afirman que muchos establecimientos penitenciarios existentes en el mundo fueron —y son— concebidos principalmente para reclusos de sexo masculino, mientras que el número de reclusas ha aumentado considerablemente a lo largo de los años.

Con respecto a reclusas condenadas, específicamente determina la regla 40 que los métodos de clasificación deben estar centrados en las necesidades del género, a efectos de asegurar la ejecución individualizada de programas de reinserción social.

Se hace especial referencia, en el capítulo sobre medidas no privativas de libertad, a la necesidad de tener en cuenta medidas concebidas, proyectadas y respuestas apropiadas, especialmente para las mujeres. Así se dispone en la regla 57 que los “(...) Estados miembros, deberán elaborar medidas opcionales y alternativas a la prisión preventiva y la condena, concebidas específicamente para las mujeres delincuentes, teniendo presente el historial de victimización de muchas de ellas y sus responsabilidades de cuidado de otras personas”.

Las Reglas reconocen que, si bien las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento de reclusos **(11)** se aplican a todos ellos sin discriminación, no hacían suficiente hincapié en las necesidades especiales de las mujeres.

La necesidad de afirmar la protección específica que requieren los derechos y libertades de las mujeres privadas de libertad —afirmación que constituye una pieza indispensable para la construcción integral del sistema de protección de los derechos humanos y su vigencia eficaz—

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

viene a complementar la normativa universal y regional que contempla los derechos de las personas privadas de libertad (12), y aporta una protección integral, completa y abarcativa de las necesidades especiales de las mujeres en contexto de encierro.

Las citadas Reglas integran el cuerpo normativo que determina los estándares mínimos en materia de condiciones de encierro de mujeres en prisión, y conforma una pieza esencial para verificar si el contexto de encierro y el programa resocializador que se ejecuta, se corresponden con una pena lícita o si se advierte un plus de sufrimiento en su ejecución, susceptible de ser reparado.

IV. Compensación de pena ilícita o antijurídica

El término *compensación* es ambiguo, es decir, se trata de una palabra que presenta más de un significado. Según el diccionario de la Real Academia Española (13), el término “compensar” puede significar —entre otros— “[i]gualar en opuesto sentido el efecto de una cosa con el de otra” (primera acepción); “[d]ar algo o hacer un beneficio a alguien en resarcimiento del daño, perjuicio o disgusto que se ha causado” (segunda acepción).

En Derecho, puede hablarse de compensación de aportes o de crédito fiscal, compensación de culpa, compensación de obligaciones tributarias, compensación económica, compensación de la prisión preventiva, entre muchos otros sentidos.

En el presente trabajo, utilizaremos dicha palabra bajo el significado de compensación de pena antijurídica o ilícita, según fuera delineado a partir de una sentencia de la Corte IDH en el *Asunto del Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho* (14), en la que, a raíz de una situación

(12) CORVALAN, Silvana, "Reglas Mandela en el régimen disciplinario de la Provincia de Buenos Aires", LLBA 2017 (octubre), 3. Cita TR LALEY AR/DOC/668/2017.

(13) Real Academia Española, "Diccionario de la lengua española", 2014, 23ª ed., disponible en la web: <https://dle.rae.es/compensar>.

(14) Corte IDH, *Asunto del Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho*, Medidas Provisionales respecto de Brasil,

generalizada de hacinamiento carcelario, vulneratoria de derechos convencionales elementales, se decidió *compensar de algún modo la pena sufrida en la parte antijurídica de su ejecución*, lo que implica que *el tiempo de pena o de medida preventiva ilícita realmente sufrida se compute en relación con los días de pena lícita*.

Sin embargo, veremos que dicho concepto —en la jurisprudencia argentina— se fue extendiendo de dos maneras: para abarcar otros supuestos fácticos (además del hacinamiento carcelario) y, asimismo, a otro tipo de soluciones (más allá del nuevo cómputo en los días de encierro), aunque siempre bajo un núcleo común de significado (plus de sufrimiento por encima del meramente inherente a la condición de privación de libertad, que conlleva a que la pena se ejecute de forma ilícita o antijurídica).

IV.1. La compensación de pena en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Tal como adelantamos, la compensación de pena ilícita o antijurídica puede entenderse a través de la jurisprudencia de la Corte IDH.

Frente a un caso de hacinamiento carcelario, la Corte sostuvo que, si bien toda privación de libertad conlleva necesariamente una cuota de dolor o aflicción inevitable, “[c]uando las condiciones del establecimiento se deterioran hasta dar lugar a una pena degradante como consecuencia de la sobrepoblación y de sus efectos antes señalados, el contenido aflictivo de la pena o de la privación de libertad preventiva se incrementa en una medida que deviene ilícita o antijurídica” (15).

Frente a tal situación, la Corte entendió que el único medio para hacer cesar la continuidad de la eventual situación ilícita debe ser procurar la reducción de la población de personas privadas de libertad en dichas condiciones.

resolución de 22 de noviembre de 2018, párr. 121. Cita TR LALEY AR/JUR/16252/2006.

(15) Corte IDH, *Asunto del Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho*, Medidas Provisionales respecto de Brasil, ob. cit., párr. 92.

En tal sentido, la Corte sostuvo: “En principio, y dado que es innegable que las personas privadas de libertad en el IPPSC pueden estar sufriendo una pena que les impone un sufrimiento antijurídico mucho mayor que el inherente a la mera privación de libertad, por un lado, resulta equitativo reducir su tiempo de encierro, para lo cual debe atenerse a un cálculo razonable, y por otro, esa reducción implica compensar de algún modo la pena hasta ahora sufrida en la parte antijurídica de su ejecución. Las penas ilícitas, no por su antijuricidad dejan de ser penas y, lo cierto es que se están ejecutando y sufriendo, circunstancia que no puede obviarse para llegar a una solución lo más racional posible dentro del marco jurídico internacional. (...)”

Finalmente, agregó: “Dado que está fuera de toda duda que la degradación en curso obedece a la superpoblación del IPPSC, cuya densidad es del 200%, o sea, que duplica su capacidad, de ello se deduciría que duplica también la inflicción antijurídica sobrante de dolor de la pena que se está ejecutando, lo que impondría que el tiempo de pena o de medida preventiva ilícita realmente sufrida se les computase a razón de dos días de pena lícita por cada día de efectiva privación de libertad en condiciones degradantes” (16).

Como podemos apreciar, aquí aparece la idea de *compensar* la pena sufrida en la parte antijurídica de su ejecución. El núcleo duro de esta conceptualización está en lo siguiente: toda cuota de dolor o de aflicción de la pena, más allá de las propias consecuencias lícitas que esta produce, deben ser evaluadas por los jueces o juezas al momento de computar el tiempo de privación de libertad.

En el caso específico se consideró que, frente a un supuesto fáctico concreto (hacinamiento carcelario) que configuraba una vulneración a derechos humanos, la manera de frenar con esa situación era una reducción en el número poblacional de personas privadas de libertad. Para ello, se sostuvo que resulta equitativo reducir el tiempo de encierro a través de un cálculo razonable y que dicha reducción implica “compen-

sar” la pena sufrida en la parte antijurídica de su ejecución.

IV.2. *Los fundamentos de la compensación*

La compensación, en el sentido explicado, encuentra fundamento en normas de jerarquía constitucional, derivadas del art. 18 de la CN, 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos, Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas (Reglas de Mandela) y Reglas de Bangkok —entre otros— en tanto proscriben la imposición de penas crueles, inhumanas o degradantes, exigiendo además que la pena tenga por finalidad resocializar a la persona.

Específicamente en el caso argentino, también encuentra fundamento en nuestra Constitución Nacional, ya que en su art. 18 establece: “Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice”.

Especial relevancia en estos casos, presenta el principio de legalidad, según el cual las penas deben ejecutarse de modo previsto en las normas vigentes antes de la comisión del hecho que justifica la condena (17), cuestión que obliga al Estado a cumplir con la normativa nacional e internacional durante todo el desarrollo de la ejecución de la pena, en particular en lo que refiere a sus características cualitativas.

Es preciso tener en cuenta que, si bien la pena recaída tras una sentencia condenatoria fija una extensión máxima de la intervención punitiva estatal, ello es bajo el presupuesto de su cumplimiento regular, descartando toda posibilidad de actos que la tornen en una pena cruel, inhumana o degradante.

(17) SALT, M. "Los derechos fundamentales de los reclusos en Argentina", en RIVERA BEIRAS, I. y SALT, M. "Los derechos fundamentales de los reclusos en Argentina y España", Editores Del Puerto, Buenos Aires, 1999, p. 199.

(16) Corte IDH, Asunto del Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, Medidas Provisionales respecto de Brasil, ob. cit. párr. 121.

Sin embargo, cuando esto último acontece, a fin de evitar sanciones internacionales y de resguardar y garantizar los derechos más elementales, “es ineludible atender a esta faceta existencial recomponiendo la situación violatoria de derechos del penado o detenido, o reparando sus efectos, siempre que sea posible, del modo más aproximado a una plena restitución (*restitutio in integrum*)” (cfme., Corte IDH, caso “Trujillo Oroza vs. Bolivia”, Reparaciones y Costas, cit., párr. 61) **(18)**.

Como sostiene Zaffaroni, “[c]uando el grado de sufrimiento alcanza el nivel de pena cruel, inhumana o degradante o de tortura, son los jueces los que —en obediencia al mandato constitucional y a la consiguiente prohibición de esas penas ilícitas— deben establecer la observancia del principio de proporcionalidad conforme a las reglas de su arte, las que le deben ser indicadas por la ciencia jurídico penal con su metodología dogmática bien entendida, es decir, fundada sobre los dogmas básicos derivados del análisis de la ley constitucional” **(19)**.

Asimismo, tal como explica Vacani, “si la medida de castigo es la representación más cabal del trato punitivo aplicado sobre una persona, la regulación de su duración y las condiciones impuestas previas a la condena también son parte de los límites normativos derivados del principio de legalidad, proporcionalidad y mínima irracionalidad, que impiden confundir la equiparación formal que se establece entre la prisión preventiva y la pena a los fines de cuantificar el tiempo de prisión, con la equiparación de su naturaleza, al ser una ilícita y otra legal. En razón de ello, si la primera ha sido objeto de tratos arbitrarios, su naturaleza no coincide con el contenido de privación de libertad ambulatoria sobre cuya medida se valora el castigo arbitrario” **(20)**.

(18) TCas. Penal Provincia de Buenos Aires, Sala I, causa N° 75213, “R., D. E. s/ recurso de casación”, 02/06/2016, cita TR LALEY AR/JUR/41231/2016, p. 19.

(19) ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Penas Ilícitas, un desafío a la dogmática penal”, Editores del Sur, Buenos Aires, 2020, 1ª ed., p. 31.

(20) VACANI, Pablo, “La cantidad de pena en el tiempo de prisión - Sistema de la medida cualitativa”, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2015, p. 491.

De tal modo, la noción de tiempo que encierra la pena no puede desentenderse del trato durante su ejecución. Es decir, el tiempo físico de condena no es el tiempo de prisión, toda vez que —como explica el citado autor, Vacani— “la noción de tiempo de prisión es mucho más amplia que la noción abstracta que remite al tiempo cronológico. No es solo en este tiempo que se fija un límite al poder punitivo, sino que cualitativamente la modificación de la condena por restricciones arbitrarias, también debe regularse como factor de contención y filtro mensurable” **(21)**. Por ende, “[u]na vez identificado la calidad del trato punitivo en cada incidente de duración que sea objeto de evaluación, es necesario traducir esos tratos arbitrarios a una cantidad de pena ilícita que fuera compensable a la pena formal como resultado de la sentencia” **(22)**.

Cuando las condiciones del establecimiento donde se cumple la pena se deterioran hasta dar lugar a una pena degradante como consecuencia de la sobrepoblación y de sus efectos antes señalados, el contenido aflictivo de la pena o de la privación de libertad preventiva se incrementa en una medida que deviene ilícita o antijurídica, es decir, contraria a normas convencionales y/o constitucionales. De este modo, una pena inicialmente lícita se transforma en ilícita en su ejercicio.

Tal como se mencionó en el citado fallo de la Corte IDH **(23)**, las penas ilícitas, no por su antijuricidad dejan de ser penas y, lo cierto es que se están ejecutando y sufriendo, circunstancia que no puede obviarse para llegar a una solución lo más racional posible dentro del marco jurídico internacional.

(21) VACANI, Pablo, “La determinación punitiva en la fase ejecutiva de la condena”, en ALAGIA, Alejandro, DE LUCA, Javier A., SLOKAR, Alejandro W., Determinación judicial de la pena y ejecución de la pena, compendio de doctrinas, Ed. Infojus, Buenos Aires, 2014, 1ª ed., ISBN 978-987-3720-01-7, p. 541-542 (disponible en la web: http://www.sajj.gov.ar/docs-f/ediciones/libros/Determinacion_y_ejecucion_de_la_pena.pdf).

(22) Ibidem.

(23) Corte IDH, Asunto del Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, Medidas Provisionales respecto de Brasil, resolución de 22 de noviembre de 2018, párr. 92.

IV.3. *La amplitud del concepto: evolución de la compensación más allá de los casos tradicionales*

En el derecho argentino, la compensación —bajo el núcleo duro de significado que fuera explicado— fue aplicada por diversos órganos judiciales, aunque ampliando, a veces, el concepto para abarcar otros supuestos fácticos y otras soluciones.

Existen varios casos jurisprudenciales en los que se tuvieron en cuenta las condiciones fácticas de encierro que conlleva un plus de sufrimiento o padecimiento por encima del legalmente permitido, más allá del hacinamiento, y en los que se aplicaron soluciones que van desde un nuevo cómputo del tiempo de encierro hasta la ponderación de las circunstancias como elementos de peso al momento de resolver un derecho libertario (ej., salidas transitorias).

Es preciso aclarar que “[d]ebemos diferenciar tres grupos de Fallos a) fallos que se produjeron antes de la resolución de la Corte IDH en el Asunto del Instituto Penal *Plácido de Sá Carvalho* antes mencionado; b) fallos que receptaron directamente el concepto de ‘compensación’, algunos incluso haciendo alusión al fallo de la Corte IDH, aunque la aplicaron de manera diferente, y c) fallos que, si bien no aludieron directamente a la compensación, aplicaron soluciones que se equiparan a ella” (24). En tal sentido, es interesante resaltar que los fallos que son posteriores a la resolución mencionada de la Corte IDH incorporan la terminología “compensación” para llegar a soluciones similares a las que llegaban los fallos anteriores sin acudir a dicha terminología (25).

Lo que queremos remarcar aquí es cuáles otros supuestos fácticos, además de la superpoblación o hacinamiento, fueron considerados

(24) MOLINA, Pablo Antonio, "La 'compensación' como solución frente a penas ilícitas. Jurisprudencia a nivel internacional y su recepción a nivel nacional. Especial consideración para el caso de salidas transitorias no usufructuadas a raíz del contexto de pandemia", *Revista de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad y el Encierro*, año 15, nro. 11, Doctrina, Jurisprudencia y Comentarios Jurisprudenciales, DELGADO, Sergio (dir.), Ed. Fabián J. Di Plácido Editor, 2021, pp. 201-206.

(25) *Ibidem*.

para determinar la aplicación de compensación y qué tipo de soluciones se tuvieron en cuenta. Resultará ilustrativo citar algunas sentencias a fin de comprender acabadamente la cuestión.

En primer lugar, la compensación —aunque sin acudir a dicha terminología— fue aplicada en un caso donde una persona privada de libertad había sido sometida a torturas durante la ejecución de la pena, es decir, un supuesto fáctico diferente al hacinamiento pero que, en definitiva, importa una vulneración de derechos convencionales y constitucionales. Allí, se sostuvo: “La acreditación, en el caso sub júdice, de la imposición de torturas al encausado Núñez, en ocasión de hallarse detenido a disposición del tribunal bonaerense de referencia debe traducirse en una reducción de la pena que le restaba cumplir en virtud de aquel proceso, como medida paliativa de la enorme lesión al Estado constitucional de Derecho que dicha realidad puso al descubierto. Se trata de una pena cruel que, a despecho de su obvia prohibición, fue sufrida por el condenado en circunstancias en que se hallaba sujeto a la autoridad penitenciaria, razón por la cual el órgano judicial debe tomarla debidamente en cuenta para decidir el conflicto (...)” (26).

En segundo término, también se ha aplicado compensación a raíz de irregularidades administrativas. Por una parte, ante irregularidades por la falta de elevación de las apelaciones interpuestas a consideración del Tribunal, se sostuvo: “Las irregularidades expuestas ameritan ser ‘compensadas’ en la emergencia, atento la indebida intensidad irrogada por exclusiva responsabilidad de la administración (...)”. En el primer caso, se sostuvo que “[l]as irregularidades expuestas ameritan ser ‘compensadas’ en la emergencia, atento la indebida intensidad irrogada por exclusiva responsabilidad de la administración, máxime frente a un interno que no registra sanciones de ningún tipo y se encuentra cumpliendo acabadamente cuanto le ha postulado el Servicio Penitenciario Fede-

(26) CNCas. Crim. y Corr., Sala 3, proceso N° CCC 56449/2013/TO1/CNC2, "N., B. O. s/ homicidio simple en grado de tentativa", 11/09/2015, cita TR LALEY AR/JUR/39269/2015.

ral hasta el día de hoy” (27), disponiéndose la reincorporación del penado en la libertad asistida que había sido requerida. En otro caso, por irregularidades ante la falta de elaboración del Programa de Tratamiento Individualizado en tiempo oportuno, dejando, en este último supuesto, con poco tiempo al Juzgado de Ejecución y escaso margen de acción para decidir, se hizo alusión al tiempo físico formal y existencial y, finalmente, se incorporó al interno al período de prueba sosteniéndose que ello lo es “(...) a fines de compensar el quebrantamiento del régimen progresivo que ha perdido todo sentido, conforme las previsiones del sistema normativo” (28) y en consecuencia se hizo lugar a las salidas transitorias.

Lo interesante de estos dos fallos es que no solo establecen la aplicación de compensación bajo supuestos fácticos relativos a “irregularidades administrativas” que, de todas formas, importaban un plus de sufrimiento por encima del legalmente permitido. Sino que, además, establecen otro tipo de soluciones: ya no se trata meramente de efectuar un nuevo cómputo del tiempo de pena sino de ponderar la situación fáctica a fin de hacer lugar a derechos libertarios: libertad asistida y salidas transitorias, respectivamente.

Bajo este tipo de soluciones, también cabe resaltar un fallo de la Cámara de Apelación y Garantías de San Isidro (29) en el que, a partir de una situación fáctica de hacinamiento, y luego de citar la jurisprudencia de la Corte IDH, se decidió: “Traigo a cuenta el criterio del órgano que interpreta la letra de la Convención Americana, porque pone en evidencia que el grado de hacinamiento o de afectación de derechos que importa la degradación de las condiciones de detención, deben ser tenidos en cuenta, del mismo modo que lo había sostenido la

(27) Tribunal Oral Federal de Neuquén, Expte. N° FGR 11460/2014/TO1/11, legajo caratulado “P, G. E. s/ ejecución penal”, 06/09/2019, cita TR LALEY AR/JUR/63809/2019.

(28) Juzgado de Ejecución Penal de Roque Sáenz Peña, Provincia de Chaco, “S., D. F. E. s/ ejecución de pena efectiva - con preso”, Exp. N° 37/19-2.

(29) CApel. y Garantías, San Isidro, causa nro. I-7290-2019/F, “S., J. E. s/ inc. libertad condicional”, 30/01/2019, cita TR LALEY AR/JUR/63810/2019.

Corte Argentina en Verbitsky, como circunstancias relevantes al momento de resolver institutos que puedan importar libertad de la persona afectada. En este, caso dichas circunstancias, pesan en favor de Soto, cuando aquellas cuestiones que pudieron ser tenidas como negativas a su respecto se ven degradadas en cuanto a su valor para denegar un instituto que le permite concluir su pena en un régimen que no importe su efectivo encarcelamiento”. En tal sentencia, se consideraron las condiciones degradantes de detención a partir de la sobrepoblación como “circunstancias relevantes al momento de resolver institutos que puedan importar la libertad de la persona afectada”, dejándose en claro que las mismas deben pesar en favor de la persona cuando aquellas cuestiones que pudieran ser tenidas como negativas se ven degradadas en cuanto a su valor para denegar un instituto que permite concluir su pena en un régimen que no importe un efectivo encarcelamiento.

Por último, basta hacer una breve mención de algunos fallos que se dictaron en función de un supuesto fáctico totalmente diferente a los que fueran analizados: la situación de pandemia. En tal contexto, frente a personas privadas de libertad que se vieron impedidas de continuar usufructuando salidas transitorias durante su ejecución de pena, con motivo de la situación pandémica imperante, algunos fallos establecieron que, con miras a recomponer esa afectación de derechos adquiridos que las personas privadas de libertad han debido tolerar, debía computarse una nueva extensión temporal de las salidas transitorias, duplicándose la carga horaria “compensando” las salidas transitorias que no han sido usufructuadas en tiempo y forma por razones sanitarias que motivaran su interrupción (30).

Estos meros ejemplos permiten ilustrar que, frente a casos donde se producía un plus de sufrimiento por encima del legalmente permitido, se ha brindado una respuesta a la persona privada de libertad a fin de que de algún modo se tenga en cuenta el tiempo vivencial sufrido du-

(30) MOLINA, Pablo Antonio, “La ‘compensación’ como solución frente a penas ilícitas. Jurisprudencia a nivel internacional y su recepción a nivel nacional. Especial consideración para el caso de salidas transitorias no usufructuadas a raíz del contexto de pandemia”, ob. cit., pp. 210-213.

rante la ejecución, aplicándose lo que venimos definiendo como *compensación de pena ilícita o antijurídica*. Si bien desde un principio tuvo que ver con casos de hacinamiento carcelario o torturas, se fue excediendo, en su aplicación, a otros supuestos, tales como irregularidades administrativas, salidas transitorias no usufructuadas por la situación sanitaria, etc. Asimismo, la solución aplicable ha ido variando desde una reducción de la población carcelaria hasta la ponderación de la cuestión como elemento de peso en favor de la persona privada de libertad al momento de resolver institutos que puedan importar la libertad anticipada (salidas transitorias, libertad asistida, entre otros).

El interrogante que surge a partir de ello, entonces, es el siguiente: ¿Podemos aplicar la compensación cuando el supuesto fáctico tiene que ver con una vulneración de derechos que incide en la ejecución de la pena, teniendo especialmente en cuenta el impacto diferenciado que el encierro genera sobre las mujeres? En tal caso, cabe preguntarse cuáles resultarían ser las soluciones adecuadas.

V. Reflexiones finales

A partir de los estándares de protección de derechos humanos en relación con los derechos de las mujeres en contexto de encierro en el sistema internacional de derechos humanos, y los criterios determinados por el Tribunal interamericano en relación con el reconocimiento y aplicación de la compensación, es posible afirmar la necesidad de reconocer y valorar los daños sufridos en prisión por las mujeres, en aquellos casos en los que la ejecución de pena se convierte en una pena ilícita y antijurídica.

Si el plus de sufrimiento padecido durante la ejecución de la pena se produce a raíz de desigualdades estructurales en razón del género, no hay razones para excluir la aplicación de la compensación, en el sentido de ponderar dicha situación como elementos de peso para la aplicación de institutos que puedan importar la libertad anticipada o bien la reducción de días de encierro, según cuál sea la intensidad irrogada en la afectación.

En definitiva, el eje central está puesto en reconocer el plus de sufrimiento padecido por

encima de aquel que resulta inherente a la privación de la libertad, cuestión que de por sí configura una vulneración a la Constitución Nacional (arts. 18, 75, inc. 22) y normas de derechos humanos convencionalmente consagradas (que fueran referidas en el presente texto).

Ahora bien, deberá aplicarse la compensación frente a una ejecución de pena que deviene ilícita o antijurídica a raíz del impacto diferenciado que el encierro genera en el caso fáctico analizado.

El caso identificado constituye un ejemplo de cómo, mediante la aplicación de normas de derecho común, objetivas y formales, se impide visualizar la desigualdad estructural y las vulnerabilidades que confluyen en N. N. G., y que convierten en imperativa la aplicación de normas de protección de derechos humanos a los fines de reparar los daños causados.

Cuando las condiciones de la pena, por su carácter inhumano, degradante u otros casos, presenta un impacto diferenciado sobre las mujeres, como grupo de personas en situación de vulnerabilidad, y se genera a partir de ello un plus de sufrimiento por encima del que resulta inherente a la privación de libertad, tal situación merece un enfoque diferenciado.

No basta con el clásico enfoque de la compensación, surgida principalmente a partir de casos de hacinamiento o tortura, sino que es preciso amplificar dicho concepto a fin de contemplar una mirada que visibilice el *plus* de sufrimiento en situaciones de desigualdad, con el objeto de determinar el deber reforzado del Estado en reparar aquellos daños que agregan un plus de sufrimiento por encima del legalmente permitido.

En tal caso, la noción de tiempo efectivamente impuesto a partir de una pena no puede ser ajena al trato ni a las condiciones efectivamente padecidas por la mujer privada de libertad, frente a condiciones que representan un plus de sufrimiento a raíz del impacto diferenciado que el encierro genera sobre las mujeres; y por ende, vulneratorio de normas nacionales y convencionales específicas.

Tal como se destacó, la pena privativa de libertad y el encierro en condiciones de cumplimiento de pena inhumana tiene un impacto

diferente sobre las mujeres. El enfoque propuesto pretende visibilizar dicha desigualdad y determinar el deber reforzado del Estado en reparar aquellos daños que agregan un plus de sufrimiento.

Tanto la CEDAW como la Convención de *Be-lém do Pará* y las Reglas de Bangkok integran el *corpus juris* internacional de protección de los derechos humanos de la mujer y determinan obligaciones especiales de protección y garantía del Estado.

En virtud de ello, se propone una lectura dinámica de la compensación, acorde a las obligaciones convencionalmente asumidas sobre protección de los derechos de la mujer y de los derechos humanos. Como se explicó anteriormente, el Estado argentino ratificó diversos instrumentos internacionales, que consagran el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia de género, a través de los cuales se comprometió a adoptar medidas necesarias para prevenir la violencia de género, asistir y reparar a las víctimas, y sancionar a los responsables. En este aspecto, cobra relevancia la compensación, como mecanismo para reparar los daños causados por el Estado en la ejecución de penas ilícitas y antijurídicas.

VI. Bibliografía

CORVALAN, Silvana, “Reglas Mandela en el régimen disciplinario de la Provincia de Buenos

Aires”, LLBA 2017 (octubre), 3, cita TR LALEY AR/DOC/668/2017.

MOLINA, Pablo Antonio, “La 'compensación' como solución frente a penas ilícitas. Jurisprudencia a nivel internacional y su recepción a nivel nacional. Especial consideración para el caso de salidas transitorias no usufructuadas a raíz del contexto de pandemia”, *Revista de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad y el Encierro*, año 15, nro. 11, Doctrina, Jurisprudencia y Comentarios Jurisprudenciales, DELGADO, Sergio (dir.), Ed. Fabián J. Di Plácido Editor, 2021.

SALT, M. “Los derechos fundamentales de los reclusos en Argentina”, en RIVERA BEIRAS, I. y SALT, M., *Los derechos fundamentales de los reclusos en Argentina y España*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 1999.

VACANI, Pablo, “La cantidad de pena en el tiempo de prisión - Sistema de la medida cualitativa”, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2015.

— “La determinación punitiva en la fase ejecutiva de la condena”, en ALAGIA, Alejandro, DE LUCA, Javier A., SLOKAR, Alejandro W., *Determinación judicial de la pena y ejecución de la pena, compendio de doctrinas*, Ed. Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014, 1ª ed., ISBN 978-987-3720-01-7.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Penas Ilícitas, un desafío a la dogmática penal”, Editores del Sur, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2020, 1ª ed.