

Algunos Problemas Relativos a la Aplicación de las Reglas De Ejecución Penal en la Provincia de Buenos Aires

Marcela López Ramos

Alumna de la Especialización en
Derecho Penal y Criminología

Resumen

Trabajo que tiene por objeto el análisis de los diversos modos en que las reglas relativas a la ejecución de las penas se utilizan en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires.

Trata la problemática que plantea en la práctica la competencia legislativa en la materia, sobre todo en lo atinente las cuestiones suscitadas por la aplicación espacial de la Ley Nacional de Ejecución Penal n° 24.660 en nuestra jurisdicción y los modos diversos de regulación existentes en ella, respecto de la ley provincial de ejecución penal n° 12.256 –y sus modificatorias n° 12.543 y 13.177- en lo relativo –particularmente- a los institutos de salidas transitorias y libertad asistida.

Efectúa algunas breves consideraciones en relación a la articulación de estas reglas, respecto de procesados y sobre las consecuencias que las situaciones enunciadas acarrearán.

1. Introducción.

El presente trabajo tendrá por objeto el análisis de los diversos modos en que las reglas relativas a la ejecución de las penas se utilizan en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires.

En particular se tratará la problemática que plantea en la práctica la competencia legislativa en la materia, sobre todo en lo atinente las cuestiones suscitadas por la aplicación espacial de la Ley Nacional de Ejecución Penal n° 24.660 en nuestra jurisdicción y los modos diversos de regulación existentes en ella, respecto de la ley provincial de ejecución penal n° 12.256 –y sus modificatorias n° 12.543 y 13.177- en lo atinente –particularmente- a los institutos de salidas transitorias y libertad asistida.

Se efectuarán algunas breves consideraciones en relación a la articulación de estas reglas, respecto de aquellas personas que se encuentran detenidas sin sentencia condenatoria firme –procesados-.

Por último, se pondrán de resalto las consecuencias que las situaciones enunciadas acarrearán.

2. Problemas relativos a la competencia legislativa en la materia.

Resulta necesario, como cuestión previa, mencionar que debido a la estructura federal de estado adoptada en el país por imperativo constitucional, existen en el mismo

ordenamientos jurídicos diferenciados, aunque integrados bajo una misma Constitución, que da origen a ambos y establece entre ellos diversas relaciones, a partir de un reparto de competencias entre los mismos [1].

Entonces, el primer tema a considerar aquí, reside en indagar acerca de cuál es el órgano con competencia para la sanción del régimen de la ejecución de las penas de acuerdo a nuestra Constitución Nacional.

El Congreso Nacional se encuentra facultado para el dictado de tres clases de leyes: federales; de derecho común y locales.

Las leyes nacionales de derecho común son las sancionadas por el Congreso para todo el territorio, de conformidad a lo establecido por el art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional, entre las que se encuentran aquéllas que componen los códigos de fondo allí enumerados –que legislan de modo general y estable con relación a todo el territorio de la República- y las leyes incorporadas a los mismos, o que, sin estarlo, los integran, modifican o amplían [2].

Por lo establecido en la normativa de mención, corresponde al Congreso Federal el dictado del Código Penal, sin que el mismo altere las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los Tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones. Por tanto, puede afirmarse que las leyes nacionales de derecho común son de aplicación en jurisdicción provincial por los jueces locales.

Ninguna precisión se efectúa aquí sobre la materia concreta a legislar, sólo se menciona que debe ser de naturaleza penal. Ahora bien, el Código Penal contiene reglas que aluden a institutos diversos, desde el modo de computar la prisión preventiva hasta la regulación de los delitos y de las penas que les corresponden –por enunciar sólo algunos-. En ese sentido el propio C.P. establece la procedencia de la prisión domiciliaria, la libertad condicional, la condenación condicional, entre otros institutos típicos de la ejecución penal.

Resulta necesario destacar que el texto constitucional no efectúa mención alguna respecto a que –por oposición a lo señalado anteriormente- a las provincias les corresponda legislar sobre la materia procesal, sino que su indicación sólo se limita a conceder al Congreso Nacional la facultad de dictar el Código Penal.

La cuestión relativa a la competencia legislativa en materia ejecutiva, ha suscitado antiguamente diversas controversias, las que se han renovado con el dictado de las leyes que aquí nos convocan –24.660 y 12.256-.

La primera legislación en el tema fue dictada por la provincia de Buenos Aires en 1877 con el Reglamento Provisorio de la Penitenciaría. Luego, en el ámbito nacional se sancionó la ley 11.833 en 1933, a la que se denominó “Ley de organización carcelaria y

régimen de la pena”, cuyo alcance se extendía a los establecimientos penitenciarios federales.

Ya en 1917 Rodolfo Moreno (h), se manifestaba a favor del establecimiento de un régimen de penalidad uniforme en toda la República porque “...hoy en cada cárcel, en cada provincia...se cumplen las penas como les parece a los gobiernos locales...es decir que...la aplicación de la represiones se hace de manera totalmente diferente en unos y otros lugares, como si no pertenecieran todos al mismo país” [3]. El mismo sustentaba su postura en el respeto al principio de igualdad contenido en el art. 16 de la Constitución Nacional, en tanto dicho principio resultaba incumplido si las penas no se ejecutaban de igual modo –o al menos el más aproximado posible- en todo el territorio del país.

La postulación efectuada por Moreno (h) fue rechazada por el Diputado Miguel A. Aráoz, quien consideraba de naturaleza administrativa a las leyes de ejecución y por tanto materia reservada a las provincias –art. 104 C.N.-.

Esta posición -minoritaria en la doctrina-, fue sostenida luego por Luder, quien consideraba la posibilidad de las provincias de regular la ejecución de las penas.

La provincia de Buenos Aires sancionó en 1950 el Código de Ejecución Penal (ley 5619) que precedió al decreto-ley n° 412/58 denominado “Ley Penitenciaria Nacional” cuyo art. 131 establecía su complementariedad con el Código Penal y el 132 le otorgaba carácter de ley suprema con el alcance del art. 31 de la Constitución Nacional, imponiendo a las provincias la obligación de revisar y adecuar su legislación penitenciaria –al igual que los textos de los actuales arts. 228 y 229 de la ley 24.660-.

El autor mencionado consideraba que la legislación penitenciaria no se encontraba contenida dentro del derecho penal, habida cuenta que a este último, le correspondía establecer las penas, fijar sus límites y determinar su contenido en forma explícita e implícita; y al derecho penitenciario, desarrollar y precisar jurídicamente el contenido del precepto secundario de la relación punitiva. Esta diferencia, sostenía, resultaba de vital importancia a la hora de establecer a quien correspondía dictar la legislación en la materia, debido a nuestra organización federal de gobierno. Así, para atribuir la legislación penitenciaria a la Nación resultaba preciso considerar al derecho penitenciario como derecho penal, en tanto, para que el Congreso pudiera dictar leyes modificatorias, ampliatorias o complementarias de los Códigos mencionados en el art. 67 inc. 11 C.N. (n.a.), éstas debían referirse a la misma materia [4].

La posición aludida, aunque minoritaria en la doctrina, había sido aceptada en la ejecución de las penas en los ámbitos provinciales. En la provincia de Buenos Aires se aplicaba antes de la sanción de la ley 24.660, la ley local 5619 y aún luego de la promulgación de aquélla, los tribunales locales han sostenido que la misma no resulta de aplicación en el ámbito provincial [5].

Distinta es la posición que sobre el punto, ha sostenido Nuñez, quien consideraba que debe haber reglas únicas de ejecución penitenciaria dictadas por el Congreso de la Nación, en cumplimiento de su función de sancionar la ley penal; empero reconocía que las provincias en su territorio y la Nación en el orden federal, prevén todo lo relativo a la dirección, administración y control de los establecimientos penitenciarios.

Asimismo, estimaba que constitucionalmente la unidad del régimen de ejecución penitenciaria derivaba de la facultad que tiene el Congreso para dictar el Código Penal y dicha facultad involucra la de regular todo lo atinente a las modalidades del régimen de ejecución de las penas que impone, pues sólo así la Nación habrá determinado las penas que conmina, posibilitando con ello el respeto de la garantía *nulla poena sine lege* (art. 18 C.N.). Esta se viola tanto si el reglamento local de ejecución penal se aparta de la estructura de la pena determinada por la ley del Congreso, *como si esa estructura se desfigura en la práctica*. A las provincias les compete ejecutar las instituciones de la ley de fondo –art. 75 inc. 12 C.N.–, pero esta jurisdicción ejecutiva no involucra la potestad de establecer, destruir o alterar la institución nacional [6].

Ahora bien, hemos de enfrentarnos aquí al problema vinculado con la distribución de competencias legislativas en esta materia a la que se aludiera anteriormente y las relaciones que en virtud de ello, se establecen entre la ley nacional 24.660 y la provincial 12.256.

Se ha mencionado ya que debido a nuestro sistema constitucional, el que ha instituido un estado de estructura federal, se ha establecido un sistema de competencias mediante el cual las provincias retienen todo el poder no delegado al gobierno central: "Las Provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación" (art. 121 C. N.) y una de esas delegaciones la constituye el dictado del Código Penal, reservando para sí las restantes, generándose un orden jerárquico entre las normas dictadas por la nación y las provincias en uso de las competencias aludidas (art. 31 de la Constitución Nacional).

Precisado entonces ello, puede afirmarse que el dictado de normas relativas a la ejecución penal constituye una materia delegada por las provincias al Congreso Federal, por tanto las mismas resultan de aplicación directa en todo el país.

En ese sentido, Marcos Salt ha sostenido que resulta una facultad del Congreso Nacional legislar en materia penitenciaria, porque el principio de igualdad exige que dos penas iguales se ejecuten de modo igual en todo el país y que el hecho de que se conviertan en penas diferentes sólo porque sea diferente la provincia donde deben cumplirse, constituye una violación al principio de igualdad [7].

Por otra parte, la ley de ejecución penal n° 24.660 resulta complementaria del C. Penal, en virtud de lo establecido por la misma en el art. 229 y según lo dicho precedentemente, de aplicación directa en el ámbito de la provincia de Buenos Aires.

Resta considerar dentro del sistema de asignación de competencias y las relaciones jerárquicas resultantes de ellas, cuál es el marco dentro del cual la Provincia puede dictar sus normas sin alterar los postulados de la normativa nacional.

En ese sentido, pareciera que la controversia encontraría solución –conforme fuera expresado precedentemente- en el hecho que las provincias dicten normas atinentes sólo a las esferas procedimentales, administrativas y laborales.

2.1. Compatibilidad entre las leyes 24.660 y 12.256.

No resulta una cuestión menor ni de escasa dificultad, determinar la relación de compatibilidad entre la normativa nacional y la provincial.

La ley 24.660 -cuya complementariedad respecto del C. Penal ya fuera señalada- contiene entre sus normas previsiones de carácter sustantivo, adjetivo y administrativo y sólo el dictado de las primeras resulta de competencia del gobierno federal.

Asimismo, la normativa nacional estableció en el art. 228 que tanto la Nación como las Provincias debían en el plazo de un año, a partir de su vigencia, revisar su legislación y las reglamentaciones penitenciarias existentes a efectos de concordarlas con sus disposiciones.

De acuerdo a lo señalado anteriormente, las normas atinentes a la determinación legal de la ejecución de las sanciones previstas por el Código Penal contenidas en la ley 24.660, son de aplicación directa en todo el territorio nacional, -en tanto constituyen una materia delegada por las provincias al Congreso Federal-, por ello, resultaba innecesario que las provincias adecuaran sus legislaciones a ella.

La provincia de Buenos Aires dictó –vencido el plazo señalado por el art. 228 de la ley 24.660- la ley de ejecución n° 12.256, la cual recepta de modo peculiar dichas pautas, en tanto en su art. 2° dispone: “A fin de asegurar el principio de igualdad de trato, la única ley aplicable en el territorio bonaerense será la presente, cualquiera sea la autoridad judicial, provincial, nacional o extranjera, a cuyo cargo se encuentren”.

Ello ha generado diversos problemas de relevancia práctica, especialmente en lo atinente al uso de dichas reglas en cada caso en particular, *en tanto la ley provincial, lejos de conjugar sus previsiones con las de la normativa nacional –en las esferas señaladas- se apartó de la misma en aspectos de suma trascendencia*, contemplando –por anunciar sólo cuestiones que hacen a este trabajo-, una regulación distinta en los requerimientos temporales para la procedencia de beneficios tales como las salidas transitorias o la libertad asistida, originando con ello, que se arribe a decisiones judiciales diversas, según se aplique

en un caso una u otra ley, y ocasionando variaciones de orden cuantitativo en lo que hace a la ejecución de las penas; generando con ello gran inseguridad jurídica y violando principios de raigambre constitucional.

Ahora bien, estas cuestiones, como se expondrá luego, se ven zanjadas o agravadas en mayor grado según el modo de interpretar y usar judicialmente estas reglas.

3. La reglamentación legal de la ejecución de las penas y las garantías constitucionales involucradas en ella.

Se ha destacado anteriormente la necesidad de una regulación uniforme en la materia en el ámbito de todo el país, a fin de preservar debidamente el principio de igualdad contenido en el art. 16 de la Constitución Nacional, cuyo texto de 1853/60, sólo se refería de manera puntual respecto de la cuestión relativa a las garantías de quienes se encuentren privados de libertad, en el art. 18.

Dicho marco se ha visto ampliado con la reforma constitucional de 1994, mediante la cual se incorporaron al texto constitucional –art. 75 inc. 22- diversos pactos de derechos humanos, añadiendo nuevas garantías a las ya consagradas en el art. 18 C.N., las que se encuentran en la cumbre del sistema normativo, al cual debe necesariamente adaptarse la legislación que se dicte en la materia, debido a que se ha otorgado a los mismos jerarquía superior a las leyes y complementan los derechos y garantías por ellas reconocidos.

Estos instrumentos contienen cláusulas relativas a la finalidad de la ejecución penal; derecho a condiciones carcelarias dignas y prohibición de la imposición de tratos inhumanos o degradantes; obligación de respetar en la ejecución la separación entre condenados y procesados –incumplida habitualmente en la práctica-; plena vigencia del principio de legalidad y del derecho de defensa en esta etapa.

Asume fundamental importancia en esta fase, el cumplimiento del principio de legalidad aludido, en cuya virtud las penas habrán de ejecutarse de acuerdo al modo en que se encuentra previsto en las reglas vigentes antes de la comisión del delito por el cual recayera condena. Así, debe definirse previamente el tipo de pena a cumplir –prisión o reclusión-, la duración temporal de la misma –previsión ésta que encuentra anclaje en las escalas penales contenidas en la parte especial del C. Penal para cada una de las figuras delictivas- y las condiciones de su cumplimiento.

También es necesario considerar la validez temporal de las normas que regulan la ejecución –en aplicación plena del principio de retroactividad de la ley penal más benigna contenido en el art. 2º del C. Penal-.

Asimismo, ha adquirido también jerarquía constitucional la garantía de la resocialización del condenado con la incorporación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [8]. La misma

se ve receptada también en la ley 24.660, la que establece en el art. 1º que la finalidad de la ejecución será la resocialización del penado. Marcos Salt, señala en relación a dicho principio que todos los textos normativos de nuestro entorno cultural han establecido que la resocialización, la reeducación o la reinserción social constituyen el fin primordial de la ejecución de las penas, sin embargo, nunca existió claridad ni acuerdo acerca del significado concreto de estos términos [9], y esta imprecisión en su utilización como fin primordial de la ejecución, tampoco es aclarada por la normativa de mención.

Es necesaria la consideración también de otros principios derivados del de legalidad como el derecho de defensa –entre los que se cuentan el derecho a ser oído, a contar con asistencia letrada, a acceder a la prueba colectada para la resolución de las peticiones efectuadas durante la ejecución y controlarla-; así como la judicialización de esta etapa, en la cual a fin de otorgar una tutela efectiva de los derechos y garantías de los condenados que fueran enumeradas, el Código de Procedimiento Penal Provincial [10] incorporó la figura del Juez de Ejecución [11].

Las incidencias de la ejecución podrán ser planteadas por el Ministerio Público Fiscal, el penado o su defensor, y se resolverán, con vista previa a la parte contraria –garantizando así el cumplimiento del contradictorio en esta etapa-; además se prevé la procedencia de recurso de apelación contra las resoluciones dictadas, consagrando de este modo, la garantía de la doble instancia –art. 498 párrafo segundo del C.P.P.-, resultando el órgano revisor, a diferencia de lo establecido en el Código de Procedimiento Penal de la Nación que determina la procedencia del recurso de casación, la Cámara de Apelación y Garantías correspondiente.

La posibilidad recursiva encuentra también recepción en el procedimiento a seguir respecto a la apelación de las sanciones disciplinarias que le fueran impuestas al condenado, ante el Juez de Ejecución, luego de agotar la vía administrativa dentro del ámbito penitenciario, en el cual debe informarse al detenido de la infracción atribuida, otorgándose la posibilidad de efectuar un descargo y dejándose constancia de ello, para el eventual contralor posterior por parte del Magistrado encargado de la ejecución.

4. Salidas Transitorias.

4.1. Su modo de regulación en la ley 24.660.

La ley nacional establece la regulación de este instituto dentro del período de prueba –art. 15 inc. b)- contemplando allí la posibilidad de su obtención. Posteriormente, formula su extensión en el tiempo, su motivación y condiciones.

Así, en el art. 17 inc. a) prevé para la concesión de este beneficio un requisito temporal consistente en el cumplimiento de la mitad de la condena en supuestos de pena

temporal y quince años para casos de penas perpetuas (si no se hubiere impuesto la accesoria del art. 52 del C. Penal, en cuyo caso deben cumplirse tres años de la misma); a ello, debe agregarse que el condenado no tenga causa abierta en la que interese su detención –art. 17 ap. II de la ley 24.660–, como requisito objetivo.

4.2. La regulación de las salidas transitorias en la ley 12.256.

Distintas son las previsiones que sobre el instituto se han efectuado en la ley provincial, así como la regulación que en esta última se ha llevado a cabo en los regímenes semi-abierto y cerrado.

4.2.1. Régimen semi-abierto.

En primer lugar, el art. 146 de la ley 12.256 estableció dentro de este régimen la procedencia de las salidas transitorias, las que se concederán ante la proximidad al egreso, sin que se precisen términos mínimos de cumplimiento de pena para ello.

Este vacío en cuanto a la determinación de los parámetros temporales de cumplimiento necesario para su concesión, fue llenado por la ley 12.543 que modificó el art. mencionado, estableciendo la procedencia del beneficio únicamente al condenado que se encuentre dentro del régimen semi-abierto de modalidad amplia, ante la proximidad al egreso, la que es definida en un lapso de seis meses antes del término previsto para el cumplimiento de la pena, o la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado.

4.2.2. Régimen cerrado.

Las condiciones de procedencia de las salidas transitorias no se encuentran reguladas del mismo modo en este régimen, en el cual se requiere que el condenado se encuentre ante la proximidad del egreso, conforme lo reglado en el art. 160 de la ley 12.256, el que no ha sido modificado por la ley 12.543.

4.3. Su interpretación en relación a los parámetros temporales fijados por la ley 24.660.

Lo expuesto precedentemente hace que deban realizarse algunas consideraciones, sobre todo de orden constitucional.

En el caso de las salidas transitorias resulta clara la contradicción entre las previsiones de ambas normativas, particularmente, en lo atinente a los parámetros temporales.

Así, la norma provincial legisla de un modo incompatible el mismo instituto respecto de una norma dictada por el gobierno central, generando así una cuestión federal compleja indirecta, esto es, se ve comprometida la compatibilidad de una norma o acto nacional o

local con la Constitución Nacional y la inconstitucionalidad se funda en la incompatibilidad de aquélla norma o acto frente a otra norma o acto que, conforme a la Carta Magna, es preeminente. Para su resolución, ha de establecerse cuál es, en cada caso, la regulación preeminente dentro del orden constitucional. Efectuado ello, se desplazará la normativa contraria al precepto cuya aplicación se ha preferido **[12]**.

En este supuesto, la aplicación de la ley provincial habilitaría un mecanismo mediante el cual, ante una conducta a la que se aplicara pena idéntica en cuanto a su monto, un condenado sometido a jurisdicción provincial la cumpliría en un establecimiento penitenciario, mientras que otro, sometido a la jurisdicción nacional, podría acceder con el cumplimiento de los requisitos temporales establecidos en el art. 17 de la ley 24.660, a salidas transitorias.

Esta situación generará que dos penas iguales se ejecuten de modos disímiles, contraviniendo lo establecido por el art. 16 de la Constitución Nacional.

Ahora bien, la afirmación precedente corresponde a supuestos en los cuales no se haya aplicado una medida de seguridad, toda vez que en ese caso, la ley 24.660 exige en el art. 17 ap. I inc. c), el cumplimiento de tres años de la accesoria del art. 52 del C. Penal para poder acceder a las salidas transitorias, previsión ésta que se encuentra ausente en la legislación local.

El texto de la ley nacional no aclara la situación que puede darse en caso de imponer la accesoria contenida en el art. 52 respecto de una condena de prisión perpetua.

Asimismo, ninguna de la reglas mencionadas alude a otras medidas de seguridad distintas de la aplicada a los multireincidentes, como la medida de seguridad curativa contemplada en el art. 16 de la ley 23.737 sobre estupefacientes **[13]**.

Sin perjuicio de lo sostenido, existe en la materia un margen en el cual la normativa provincial puede aplicarse sin lesión a los postulados de la ley 24.660. Así lo ha entendido el Tribunal de Casación Penal Provincial **[14]**, el cual ha sostenido que las previsiones contenidas en la misma en lo atinente al cumplimiento, modificación y extinción de las penas privativas de libertad, constituyen el denominado “bloque de constitucionalidad federal” y su aplicación debe prevalecer conforme lo dispuesto en el art. 31 de la Constitución Nacional. Por tanto, la ley 12.256 no puede impedir, anular o restringir los efectos de una norma de superioridad jerárquica.

Por otra parte, se ha sostenido doctrinariamente **[15]** que el cuerpo jurídico establecido en la ley 24.660, debe conformar un piso a partir del cual cada legislación podrá maximizar sus desarrollos y energías en procura de alcanzar los objetivos y proposiciones estatuidas.

Esta posición tornaría más beneficioso el cumplimiento de las penas en las distintas provincias, respecto de la Nación, generando, por tanto, nuevas desigualdades –según el instituto a aplicar- respecto de quienes se encuentren cumpliendo pena en cada jurisdicción.

4.4. El catálogo de figuras delictivas previsto en el art. 100 de la ley 12.543.

La situación expuesta anteriormente, se profundiza con la reforma a la ley provincial introducida por la ley 12.543, mediante la cual en el art. 100 se incluye un catálogo de figuras delictivas respecto de las que se establece la expresa prohibición para la autoridad judicial de la concesión de diversos beneficios –entre ellos el ingreso al régimen abierto, salidas transitorias y libertad asistida-, cuya motivación resulta del delito por el que se impusiera la condena que se está ejecutando [16]. Estableciendo un régimen especial en el que sólo en los últimos seis meses de la condena previos a la procedencia de la libertad condicional, podrán obtenerse salidas transitorias por un plazo de un día por cada año de prisión cumplido, en los cuales el condenado haya estudiado o trabajado.

Esta previsión es absolutamente disímil a la formulada para la concesión de las salidas transitorias y de la libertad asistida en el ámbito nacional, en la cual al regularse su procedencia no se efectúa distingo alguno en relación a la figura delictiva por la cual se haya dictado condena; situación que, una vez más, torna manifiestamente diferente el cumplimiento de la pena en los ámbitos nacional y provincial

Idénticas consideraciones merece la modificación que sobre este punto, se ha efectuado con la sanción de la ley 13.177 –Publicada en B.O. el 20/04/04-, mediante la cual se fusionaron las previsiones de los incs. 2 y 3 del art. 100 de la ley 12.543, eliminando la prohibición contenida sobre delitos contra la integridad sexual en sus formas agravadas y violación seguida de muerte, estableciéndose en el nuevo inc. 2º, la expresa prohibición de conceder los beneficios anteriormente aludidos a quienes hubieran sido condenados por delitos contra la integridad sexual.

4.5. Las diferencias señaladas en la jurisprudencia de los Tribunales Provinciales.

El Tribunal de Casación Penal provincial ha señalado que deben trascender las disposiciones de carácter penal –conforme también lo ha sostenido la S.C.B.A. en relación al decreto 412/58 que antecedió a la ley 24.660 en causas P 37.874 del 26/04/1988 y P 37.687 del 07/02/1989, entre otras- las normas de la ley mencionada en lo referente a la estructuración de las penas, su consistencia, extensión y modalidades; por tanto, la interpretación constitucional más plausible indica que la ley 24.660 fue dictada por el Congreso Federal en ejercicio de las facultades conferidas en el inciso 12 del art. 75 C.N. y como tal, integra el Código Penal y es norma de derecho común cuya aplicación

corresponde a las provincias. Consecuentemente, en el caso, se estimó que el “a quo” incurrió en indebida aplicación del art. 100 inc. 6º de la ley 12.543 [17].

Sin embargo, algunos Tribunales Provinciales analizan la procedencia de las salidas transitorias a la luz de las previsiones del art. 100 de la ley 12.256, sosteniendo que la normativa contemplada en el art. 17 de la ley 24.660 deviene de aplicación supletoria respecto de la ley provincial [18].

Otros en cambio, han considerado que sólo resulta aplicable en el ámbito de la provincia la normativa contenida en la ley 12.256, tal como lo establece el art. 2 de la misma [19].

5. Libertad asistida.

5.1. Su modo de regulación en la ley nacional de ejecución penal.

La ley nacional de ejecución penal –art. 54- establece que el condenado a pena temporal sin la accesoria del art. 52 del C. Penal, podrá acceder a la libertad seis meses antes del agotamiento de la pena temporal.

5.2. La regulación de la libertad asistida en la ley 12.256.

Distinta es la previsión sobre el punto contemplada en la normativa provincial.

Por un lado, prevé el egreso anticipado del condenado seis meses antes del agotamiento de la pena temporal, permitiendo el acceso a la libertad asistida a quien hubiese sido condenado con la accesoria del art. 52 del C. Penal.

Por otra parte, contempla el egreso anticipado a quien hubiera sido condenado a una pena de más de tres años de prisión o reclusión, seis meses antes del término previsto para la procedencia de la libertad condicional.

5.3. Colisión normativa respecto del requisito temporal necesario para la procedencia de la libertad asistida en los ámbitos nacional y provincial.

Aquí se suscita una cuestión inversa a la señalada respecto de las salidas transitorias.

La libertad asistida, tal como se encuentra reglada en el art. 54 de la ley 24.660 parece destinada a quienes por razones diversas no hubiesen podido acceder a la libertad condicional –vgr. reincidentes-. La normativa provincial incluyó dos nuevos supuestos de procedencia, consistentes en la posibilidad de su obtención seis meses antes de la fecha en la que correspondería al condenado acceder al beneficio previsto en el art. 13 del C. Penal y a quienes se hubiera condenado con la accesoria prevista en el art. 52 del C. Penal [20].

Con dichas previsiones, la ley provincial ha vulnerado el principio de igualdad en la esfera de la ejecución de la penas, arrogándose facultades legislativas pertenecientes al Congreso de la Nación, en tanto amplía los presupuestos de procedencia establecidos en una norma de fondo, en violación al art. 16 de la Constitución Nacional, permitiendo que quienes cumplen pena en jurisdicción de la provincia accedan a la libertad asistida con el cumplimiento de un plazo temporal ostensiblemente menor al establecido por la normativa nacional; circunstancia ésta que se encuentra expresamente vedada a la provincia, en virtud del régimen de competencias que rige en materia legislativa y al que hiciéramos alusión anteriormente.

En el caso, una norma dictada por la legislatura provincial y otra emanada del Congreso Nacional legislan de modo disímil una misma cuestión generándose así lo que en doctrina constitucional se denomina “cuestión federal compleja indirecta”, un modo de resolución posible, ha sido desarrollado en el punto 4.3. del presente al que me remito en honor a la brevedad [21].

Entonces, en tanto la norma local no concuerda con lo previsto en el punto por la ley nacional puede considerarse a la primera inaplicable, en tanto la misma vulnera las competencias que rigen en la materia –art. 75 inc. 12 de la C. Nacional-, el principio constitucional de igualdad -art. 16 de la C. N.- y los presupuestos sobre jerarquía legislativa –art. 31 de la Carta Magna Nacional-.

5.4. La reforma introducida por la ley 12.543.

Corresponde aquí hacer consideraciones idénticas a las efectuadas en el punto 3.4., toda vez que la normativa provincial prevé la improcedencia de ambos beneficios en casos de condena por los delitos que fueron enunciados anteriormente, situación que no se encuentra regulada de ese modo en la legislación nacional, por tanto ¿podrían los condenados por dichos delitos en el ámbito provincial solicitar la concesión de la libertad asistida invocando la normativa del art. 54 de la ley 24.660? Corresponde aquí idéntica respuesta a la postulada en el párrafo mencionado.

5.5. La resolución de las contradicciones señaladas en la Jurisprudencia de los Tribunales Provinciales

El Tribunal de Casación Penal ha señalado que la ley 24.660 estatuye formas de cumplimiento de la pena –normas penales de eminente naturaleza material- y por tanto resulta aplicable a todo el territorio nacional a tenor de lo establecido por el principio de supremacía (arts. 31 y 75 inc. 12 de la C.N). La aplicación en la jurisdicción provincial de disposiciones de esa naturaleza contenidas en una ley nacional no implican avasallamiento

de la autonomía provincial desde que esa atribución no vulnera facultades reservadas (arts. 75 inc. 12, 121 y 126 de la C.N.) **[22]**.

Debido a ello, algunos Tribunales provinciales han declarado la inconstitucionalidad del art. 104 “in fine” de la ley 12.256, en tanto ante la situación de colisión de normas de distinto rango constitucional que legislan sobre un mismo tema y dada la primacía constitucional de la ley nacional –art. 31 C.N.- rigen sus disposiciones con exclusividad si entran en conflicto con la ley provincial. **[23]**.

Sin embargo, en otros Juzgados se ha considerado que el beneficio resulta procedente para aquellos condenados que se encuentran próximos a obtener el beneficio de la libertad condicional **[24]**.

6. La situación de los procesados.

Si bien la legislatura provincial ha denominado a la ley 12.256 como de ejecución penal, la misma regula también el régimen al cual serán sometidas aquellas personas privadas de libertad sin sentencia firme.

De este modo, establece un régimen bajo el cual los procesados cursarán su detención, al que caracteriza por la asistencia, así como a sus modalidades (estricta y atenuada) –arts. 67 a 92-.

La regulación de los institutos a los que se hiciera mención precedentemente – salidas transitorias y libertad asistida- son contemplados dentro del régimen de condenados.

Cabe preguntarse, entonces, si su aplicación puede hacerse extensiva a quienes se encuentran en detención cautelar.

En el ámbito nacional la respuesta a este interrogante parece brindarla el art. 11 de la ley 24.660, el que establece que la ley nacional de ejecución penal “...es aplicable a los procesados a condición que sus normas no contradigan el principio de inocencia y resulten más favorables y útiles para resguardar su personalidad”.

En la provincia de Buenos Aires no se cuenta con una norma que contemple específicamente este supuesto, por tanto, ha de analizarse si su extensión es válida en nuestro ámbito.

Hemos dicho ya que la materia procesal se encuentra dentro de las facultades que las provincias han reservado –arts. 75 inc. 12 y 121 de la Constitución Nacional-, por tanto, en uso de las mismas, el dictado de la normativa de orden procesal resulta de competencia provincial; en virtud de ello, la aplicación de los postulados del art. 11 de la ley 24.660 en nuestro ámbito no resultaría válida **[25]**.

En ese marco, la situación de los procesados puede analizarse a la luz de las reglas contenidas en el Código Procesal Penal –ley 11.922 y sus modificatorias-, el que establece la procedencia de la prisión preventiva como una medida cautelar de naturaleza

excepcional, sólo aplicable en casos en los cuales no existe otro medio para asegurar que el imputado se someta a la persecución penal.

Asimismo, prevé la existencia de alternativas a la medida cautelar mencionada –art. 159 C.P.P.–, contemplando la libertad del imputado sujeta a una o varias condiciones, de acuerdo a las circunstancias del caso (art. 160 del mismo). Ahora bien, respecto del otorgamiento de dicha medida, no ha fijado plazos alguno, pudiendo entonces ser concedidas cualquiera sea el delito que se impute y el monto de su pena en expectativa y en cualquier momento del proceso, siempre que los peligros procesales que llevaron al dictado de la prisión preventiva se neutralicen. Por tanto, en un supuesto análogo al de un condenado en condiciones de acceder a la libertad asistida, el detenido preventivamente podría acceder a la libertad como medida alternativa a la prisión preventiva.

Consideración similar merece el supuesto correspondiente a las salidas transitorias.

Así, el art. 163 inc. 2º del ordenamiento adjetivo, prevé supuestos de atenuación de la coerción, tales como el encarcelamiento con salidas laborales y/o periódicas, sin establecimiento de plazos temporales mínimos, al igual que en la hipótesis anterior.

Impedir su aplicación a procesados implicaría, paradójicamente, la privación de un derecho al cual podrían acceder si hubieran sido condenados, en franca violación al principio de proporcionalidad, agravando así la situación de encierro respecto de quienes prevalece aún el estado jurídico de inocentes.

7. Consideraciones finales.

Lo expuesto hasta aquí permite esbozar algunas conclusiones.

Los diseños de modelos de política criminal –cuya mutación es permanente- y la utilización en los mismos de técnicas legislativas, que como se ha visto, resultan deficitarias trae aparejadas diversas consecuencias disvaliosas.

Por un lado, la ley provincial de ejecución penal parece no considerar que existen otras normas que supeditan su aplicación, y que su creación se inserta a un conjunto con otras ya existentes de jerarquías y de relaciones diversas que importan una gran complejidad al momento de su aplicación.

Por otra parte, la regulación que efectúa de los institutos analizados, relativos al modo de cumplimiento de las penas de forma disímil a la llevada a cabo en la ley nacional, genera problemas graves de constitucionalidad.

En este orden de ideas, se producen, cuanto menos, dos situaciones a través de las cuales se observa cómo los defectos legislativos son o no corregidos por medio de la interpretación y la diversidad de criterios puesta de manifiesto en los modos en que ésta se lleva a cabo y en que se aplican las reglas contenidas en las leyes nacional y provincial, esparce sus consecuencias en los destinatarios del empleo de las mismas, sean estos

condenados o procesados, generando desigualdades evidentes en el modo de cumplimiento de las penas.

Así la ambigüedad puesta de manifiesto en lo legislativo, jurisdiccional y doctrinario ha dado un sesgo a la ejecución penal, resultando cuanto menos necesario establecer cuál es el marco normativo dentro del que se resolverán las peticiones efectuadas y pareciera que el mejor camino a seguir para obtenerlo es someterse al estricto cumplimiento de las pautas constitucionales, modo en que se legitiman las decisiones en un proceso democrático.

[1] Vicente, Daniel Eduardo "Personas privadas de su libertad. Sus derechos de jerarquía constitucional federal. (La ley 24.660 y su inmediata aplicación) La Ley, T. 1996 E, Sección Doctrina, pág. 751.

[2] Bidart Campos, Germán J. "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", Tomo II, El Derecho Constitucional del Poder, Ed. Ediar, Bs. As. 1986, pág. 159 y ssgtes. Fallos C.S.J.N. (250:236), entre otros.

[3] Expresado por Rodolfo Moreno (h) el 21 de agosto de 1917 al fundar el despacho de la Comisión acerca del Código Penal. Citado por Eugenio R. Zaffaroni, en el Dictámen efectuado como Director del Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires a la Diputada Martha Arana de la Honorable Cámara de Diputados de la Provincia de Córdoba el 22 de junio de 1998.

[4] Lúder, Italo A. "Derecho Ejecutivo Penal", L.L. T. 90, número III, Sección Doctrina.

[5] Causa n° 529 "Sanabria, Martín A. s/Inc. Salidas Transitorias" del T.O.C. n° 4 del Dpto. Jud. de San Isidro, en el cual se sostuvo que el ordenamiento de ejecución de las penas es de jurisdicción local, es decir, una facultad que la Provincia no ha delegado a la Nación, por lo que no corresponde aplicar en este ámbito la ley 24.660. En el mismo sentido la Sala IIa. de la Cámara de Apelación y Garantías de Morón sostuvo en causa "Sánchez Luis" –LLBA 1998-526-, antes del dictado de la ley 12.256 que al no haberse dictado norma alguna que aportara las concordancias reclamadas por el art. 228 de la ley nacional y estando el tema reservado a la competencia del estado Provincial, no resulta de aplicación la ley 24.660 en el ámbito de la provincia de Buenos Aires.

[6] Nuñez, Ricardo C. "Tratado de Derecho Penal", Tomo II, Parte General, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 2da. Ed. 1965, 2da. reimpresión 1987, págs. 379/380.

[7] Salt, Marcos y Ribera Beiras, Iñaki "Los Derechos Fundamentales de los Reclusos", Ed. del Puerto, Bs. As. 1999, pág. 163.

[8] El artículo 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece: "Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados; asimismo el art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y

Políticos regla: “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados.

[9] Salt y Rivera Beiras, op. cit, pág. 171.

[10] El art. 25 del C.P.P. regla la competencia del Juez de Ejecución, estableciendo que el mismo conocerá, entre otros supuestos, en las cuestiones referidas a la observancia de todas las garantías incluidas en la Constitución de la Nación y de la Provincia y en los tratados internacionales, con relación al trato a brindarse a las personas privadas de su libertad.

[11] Sobre la función del Juez de Ejecución puede verse “El rol del Juez de Ejecución en las leyes 24.660 y 12.256. Análisis Comparativo. Eduardo Eskenazi, María Elia Klappenbach y Claudio Javier Ritter. Publicada en el n° 2 de esta Revista.

[12] Ymaz, Esteban y Rey, Ricardo: “El Recurso Extraordinario”, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., pág. 135. En el mismo sentido, Bidart Campos define a la cuestión constitucional o federal como aquella cuestión “de derecho” en que, directa o indirectamente, está comprometida la Constitución Federal –en su interpretación- o –en su supremacía-. Es compleja cuando el conflicto de constitucionalidad se da entre normas o actos infraconstitucionales (de cualquier naturaleza) y la Constitución Federal e indirecta, cuando el conflicto se suscita entre normas o actos infraconstitucionales que dentro de su gradación jerárquica, infringen “indirectamente” a la Constitución Federal que establece la prelación de la norma o del acto superiores sobre los inferiores (Bidart Campos, Germán J. “Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino”, Tomo II, El Derecho Constitucional del Poder, Ed. Ediar, Bs. As. 1986).

Sagüés define a la cuestión federal compleja indirecta como aquella en la cual un acto, hecho o norma “inferior” violenta un acto o norma nacional que le es “superior”. Transgrede así la escala jurídica del art. 31 C.N., Sagüés, Néstor Pedro, “Derecho Procesal Constitucional”, Recurso Extraordinario, Ed. Astrea, Bs. As. 1989, pág. 159.

[13] El art. 16 de la ley 23.737 prevé: “Cuando el condenado por cualquier delito dependiera física o psíquicamente de estupefacientes, el juez impondrá, además de la pena, una medida de seguridad curativa que consistirá en un tratamiento de desintoxicación y rehabilitación por el tiempo necesario a estos fines y cesará por resolución judicial, previo dictámen de peritos que así lo aconsejen”.

[14] Causa n° 598 “Jaque, Pablo R.”, 09/03/00 –Sala Ia-.

[15] Ley 24.660 comentada por Raúl Cerrutti y Guillermina Rodríguez. Ed. La Roca, Bs. As. 1998, pág 250.

[16] Art. 100 t.o. ley 12.543: “...1) Homicidio agravado (art. 80 del C. Penal). 2) Delitos contra la integridad sexual en sus formas agravadas (artículo 119, párrafo 4, incisos a), b), c), d), e) y f) del Código Penal. 3) Violación seguida de muerte (artículo 124 del Código

Penal). 4) Privación ilegal de la libertad seguida de muerte (artículo 142 bis, último párrafo del Código Penal). 5) Tortura seguida de muerte (art. 144 tercero, inciso 2) del Código Penal). 6) Homicidio en ocasión de robo (art. 165 del Código Penal). 7) Incendio y otros estragos seguidos de muerte (art. 186 inciso 5) del Código Penal).

[17] Causa n° 10.929 “Farías Farías, José Antonio s/Recurso de Casación” del 30/12/2003.

[18] Causa n° 4325-346 del T.O.C. n° 3 del Dpto. Judicial de San Isidro.

[19] Causa n° 52.112/Ila. de la Cámara de Apelación y Garantías de San Isidro “Baistrochi, Gualberto A. s/solicitud de Acuerdo Plenario” del 15/11/2001, en la cual se sostuvo que la ejecución de las penas en el ámbito de la Provincia, se rige a través de las previsiones de la ley 12.256 y su modificatoria, tal como surge de lo normado en el art. 2° de la misma, en tanto dispone que la ley de marras es la única aplicable en el territorio bonaerense.

[20] Sin embargo, al aplicarse la normativa nacional y sus parámetros temporales podría darse el caso de encontrarse un condenado en condiciones temporales de acceder a la libertad asistida antes que a la condicional. Tal la circunstancia de imponerse una pena de – por citar un ejemplo- un año de prisión de efectivo cumplimiento en cuyo caso el condenado se encontraría en condiciones temporales de acceder a la libertad asistida con seis meses de cumplimiento de pena y para acceder a la libertad condicional habría de esperar dos meses más.

[21] Idem nota n° 12.

[22] Causa n° 8192 de la Sala Ila. del Tribunal de Casación Penal Provincial, “Lima, Oscar Rubén s/Recurso de Casación del 18/03/2003.

[23] Causa n° 1/52.960 del Juzgado de Transición n° 3 del Dpto. Judicial de San Isidro, “Fernández, Aníbal s/Inc. de libertad asistida”.

[24] Juzgado de Transición n° 1 del Dpto. Judicial de Mar del Plata, 22/03/1999 “M.R.A.” J.A. 1999-III-588.

[25] Causa P 87.010 del 14/11/1999, Sala Ia. de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de La Plata, en la cual se sostuvo que la situación de los procesados prevista en el art. 11 de la ley 24.660 no resulta válida en el ámbito provincial, toda vez que dicha materia procesal se encuentra dentro de las facultades reservadas por las provincias a su ámbito (arts. 72 inc. 12 y 121 C.N.).