



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

TESIS DE MAESTRÍA

EL PROCESO DE EJECUCIÓN COMO PROCESO DE CONOCIMIENTO

Martina Alexa Hertlein

Tesista

Belén Salido

Directora

Mendoza, Argentina, 2021



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

EL PROCESO DE EJECUCIÓN COMO PROCESO DE CONOCIMIENTO

Martina Alexa Hertlein
Mendoza, Argentina, 2021



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DE MAESTRÍA

EL PROCESO DE EJECUCIÓN COMO PROCESO DE CONOCIMIENTO

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Martina Alexa Hertlein

Tesista

Belén Salido

Directora

Mendoza, Argentina, 2021

ÍNDICE

Introducción	9
Capítulo I - Garantías y Principios Penales en General	14
1. Derechos y Garantías del Derecho Penal	14
2. Garantías Penales y Procesales	15
3. Garantías y Principios Penales	16
3.1. Principio de Humanidad y Necesidad	17
3.2. Principio de Racionalidad	23
3.3. Principio de Retribución	24
3.4. Principio de Culpabilidad	25
3.5. Principio de Lesividad	26
3.6. Principio de Seguridad Jurídica y Legalidad	27
3.6.1. Principio de Legalidad	27
3.6.2. El Principio de Reserva	29
3.6.3. Implicancias de los Principios de Legalidad y Reserva	30
3.7. Principio de Materialidad de la Acción	32
4. Teorías de la Pena	33

Capítulo II	42
1. El proceso Penal, Concepto, Fines, Principios y Garantías	42
1.1. Concepto Clásico. Críticas.....	42
1.2. El Proceso Penal como Proceso de Conocimiento	45
1.3. Fines del Proceso Penal e Implicancias en el Proceso de Conocimiento ..	45
2. Garantías Procesales	49
2.1. Principio de Jurisdiccionalidad	50
2.1.1. La Jurisdicción y su Función de Garantía	51
2.1.2. El Juicio Previo	54
2.2. Principio Acusatorio o de la Separación entre Juez/a y Acusación	55
2.2.1. Antecedentes del Sistema Acusatorio	55
2.2.2. Sistema Inquisitivo	57
2.2.3. Sistema Mixto	58
2.2.4. Sistema Acusatorio.....	60
2.2.4.1. Separación de Roles entre el Órgano Acusador y el Órgano Decisor.....	60
2.2.4.2. Principios del Juicio Oral y Público	62
2.3. Principio de la Carga de la Prueba o de Verificación	68
2.4. Principio del Contradictorio, o de la Defensa, o de Refutación	75
 Capítulo III - El Proceso de Ejecución Penal	 80

1. El Derecho de Ejecución Penal	80
2. ¿Etapa del Proceso Penal o Proceso Especial de Ejecución Penal?	81
3. Adecuación de las Garantías Penales al Proceso de Ejecución	83
3.1. El Principio de Humanidad en el Proceso de Ejecución Penal	84
3.2. Un Principio Propio del Proceso de Ejecución	87
3.3. Principio de Legalidad y Reserva	94
3.3.3.1. ¿Ley Nacional o Ley provincial?.....	95
3.3.3.2. Más Dudas que Certezas	101
3.3.3.3. Ley Nacional pero ley Provincial	103
3.3.3.4. Ley Nacional y Mandato de Determinación	107
3.4. Principio de Derecho Penal de Acto en el Proceso de Ejecución.....	110
3.5. El Principio de Judicialización y sus Particulares Implicancias en el Proceso de Ejecución.....	114
4. Conclusiones Parciales	122
Capítulo IV - El Procedimiento de Ejecución Penal	123
1. Garantías Procesales y Ejecución Penal	123
2. El Procedimiento de Ejecución en la Provincia de Mendoza	124
2.1. Habeas Corpus, Procedimientos Administrativos y Control Jurisdiccional	125
2.2. El Procedimiento Incidental del C.P.P. de Mendoza	129

3. Implicancias del Principio de Jurisdiccionalidad	133
3.1. El Rol de los Jueces y las Juezas de Ejecución Penal	134
3.2. ¿Debe el/la Juez de Ejecución ser Imparcial? ¿Puede serlo?	136
4. El Principio Acusatorio en un Procedimiento sin Acusación. Separación entre la Acusación y el Órgano decisor.	141
4.1. Adecuación del Proceso de Ejecución al Sistema Acusatorio	141
4.2. El Ministerio Público Fiscal en la Provincia de Mendoza	142
4.3. Intervención del Ministerio Público Fiscal en el Proceso de Ejecución..	143
4.4. El Ministerio Público Fiscal como Encargado del Control Judicial	146
5. El Principio de la Carga de la Prueba o de Verificación	147
5.1. Órganos de Prueba	152
5.2. Principio de Verificabilidad	160
6. Principio del Contradictorio, o de la Defensa, o de Refutación en la ejecución penal	162
Conclusión	166
Bibliografía.....	172

Tabla de abreviaturas

CADH Convención Americana de Derechos Humanos

PIDCP Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

CN Constitución Nacional

CP Código Penal

C.P.P. Código Procesal Penal

CSJN Corte Suprema de Justicia de la Nación

Corte IDH Corte Interamericana de Derechos Humanos

SCJ Suprema Corte de Justicia

OTC Organismo Técnico Criminológico

Introducción

En el presente trabajo se abordará el proceso de ejecución como proceso de conocimiento y, en este sentido su relación con el proceso penal y las garantías penales y procesales que lo rigen.

En primer lugar, veremos que en el ámbito penal los derechos y garantías funcionan como una limitación del ius puniendi estatal y deben guiar su actuación en la medida que el Estado no sólo se encuentra obligado a respetar los derechos humanos, sino que también está obligado a llevar adelante diversas medidas que propendan a garantizarlos.

En este sentido, señalaremos cuáles son las garantías penales, los fines que persigue el proceso penal y los principios que deben regirlo, es decir las garantías procesales.

Con relación a las garantías penales se indicarán, en especial, las implicancias del principio de humanidad, legalidad, reserva o derecho penal de acto, proporcionalidad y culpabilidad y las diferentes teorías de la pena.

En segundo lugar, abocándonos al proceso de conocimiento deberemos señalar que en el ámbito del derecho privado se define a tal proceso como aquel que tiene por objeto una pretensión tendiente a que el órgano jurisdiccional dilucide y declare, mediante la aplicación de las normas pertinentes a los hechos planteados (y eventualmente discutidos o controvertidos), el contenido y alcance de la situación jurídica existente entre las partes.

Por lo tanto, el pronunciamiento que recae al respecto se refiere a una declaración de certeza sobre la existencia o inexistencia del derecho reclamado por el actor por parte del órgano decisor, una actividad cognoscitiva tendiente a valorar los elementos de juicio que las partes incorporan al proceso mediante alegaciones y pruebas.

En este tipo de procesos existe una incertidumbre jurídica inicial que debe disiparse mediante el contradictorio.

Ahora bien, como se desarrollará en el presente, en el ámbito del derecho público, pero en especial en el del derecho penal, también puede sostenerse que el proceso implica para el órgano decisor una función cognoscitiva y que se parte o se debe partir de un estado de duda donde el juez o la jueza sea imparcial frente a la controversia, es decir no tenga interés en la resolución de la misma ni un conocimiento previo de la causa y que luego emita la correspondiente resolución del caso.

En efecto, el proceso de conocimiento permitirá el actuar de la ley de fondo en el caso en concreto.

De tal manera, podremos sostener que en el proceso penal se persigue la determinación de hechos jurídicamente significativos que han tenido lugar o no en la realidad empírica, para lo cual es preciso acopiar información al respecto y con la máxima fidelidad al dato objetivo (siendo la fiscalía la encargada y responsable de la investigación) por lo que las actuaciones deben llevarse adelante en un procedimiento con plena intervención de las partes para asegurar la tendencial objetividad del juicio, encomendado a un sujeto imparcial, ajeno al caso y también de la propia investigación precedente para evitar el prejuicio, pasando a la etapa de enjuiciamiento si la investigación goza de plausibilidad¹, con la necesaria participación de la defensa técnica en igualdad de posiciones.

En efecto, advertiremos que el proceso es un medio de adquisición de conocimiento sobre hechos particulares, relativo a acciones humanas que interesan porque podrían ser incriminables por lo que existe un interés objetivo en obtener sobre ellos un conocimiento de calidad. Sin embargo, para que ello sea posible, la dimensión jurídica de los actos procesales tiene que asegurar, garantizar, un modo de proceder esencialmente respetuoso con tales exigencias formales, a fin de que lo que se conoce en los medios jurídicos, y como la prueba, se ajuste en su desarrollo a las reglas del método hipotético-deductivo² y se apliquen las reglas del debido proceso y demás garantías procesales referidas a la oralidad, publicidad, contradicción, entre otras.

¹ IBAÑEZ, Perfecto Andrés, *Tercero en discordia. Jurisdicción y Juez del Estado Constitucional*, Editorial Trotta, Madrid, 2015, p. 230

² IBAÑEZ, Perfecto Andrés, *Tercero en discordia...*, p. 231.

Por lo tanto, deberemos reparar en los fines específicos que guían el proceso penal, los que en una postura más clásica como la de Vélez Mariconde sólo se referían a la búsqueda de la verdad y el actuar concretamente la ley sustantiva, pero a los que otros autores más modernos adicionan el respeto de los derechos fundamentales³, desde que la persona sometida a proceso penal (imputado o sospechada de cometer un delito) ha sido reconocida por la normativa constitucional y convencional como titular de atributos que emanan de su condición de persona humana, de su dignidad inherente, por lo que se le reconocen derechos como tal y se los debe proteger durante el proceso penal.

De modo que no podría pensarse en un proceso que sólo propenda a la búsqueda de la verdad sin que ello tenga como contrapartida la necesidad de que dicho proceso también propenda al respeto de las garantías fundamentales.

En este sentido, también tomarán especial relevancia las garantías procesales relativas a los principios de jurisdicción, juicio previo oral y público, acusatorio o de la separación entre juez y acusación, de la carga de la prueba o de verificación y del contradictorio, o de la defensa, o de refutación y las implicancias de los mismos en el proceso penal.

Ahora bien, si se sostiene que la instancia de ejecución es una etapa del proceso penal esto implicaría un traspaso sin más de todas las garantías propias del proceso penal lo que, como veremos, no resultaría posible por sus particulares características.

Sin embargo, se trataría de un proceso especial que, como proceso de conocimiento, también debería ser adecuado a las garantías penales y procesales⁴.

En este sentido, advertimos que si bien existen diversos/as autores/as reconocidos/as en la materia que han analizado el impacto de ciertas garantías penales y procesales en el ámbito de la ejecución penal no existe un trabajo que aborde, aunque sea, mediante lineamientos generales, el proceso de ejecución como proceso de conocimiento en su integralidad.

³ GUZMÁN, Nicolás, *La verdad en el proceso penal*, Editorial Didot, Buenos Aires, 2018, p. 122.

⁴ ALDERETE LOBO, Rubén A., *Acusatorio y ejecución penal*, 1º ed. Revisada, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editores del Sur, 2018, pp. 138-139.

Por lo tanto, en el presente trabajo deberemos señalar cómo los incidentes propios de este proceso especial también pueden ser vistos como procesos de conocimientos penales, abandonándose la idea de que los incidentes de la ejecución penal son apéndice del régimen administrativo de ejecución de la pena y que por ello no cuentan con las mismas garantías penales y procesales.

A su vez, se indicará la naturaleza del proceso de ejecución, sus funciones en particular, las garantías que resultarían aplicables o adecuables y si dichas garantías resultan afectadas en el régimen actual.

En efecto, señalaremos que el proceso de ejecución integra el derecho penal y que se encuentra guiado por ciertos fines específicos.

Asimismo, repararemos en la responsabilidad que le cabe al Estado para la consecución de aquellos fines y que actitudes podrán cuestionarse de las personas privadas de libertad.

Por lo tanto, entendidos los incidentes de ejecución como procesos de conocimiento, el foco estará en puesto en la verificación de hechos concretos en pos de la realización de los objetivos o fines propuestos, tanto en lo que respecta al Estado como a las personas privadas de libertad.

A su vez, puede señalarse que la determinación judicial sobre si se cumplen o no estos fines u objetivos, o en qué medida, presupone necesariamente una actividad cognoscitiva por parte el órgano decisor en base a los hechos y pruebas sometidos a su consideración.

Por lo tanto, podríamos adelantar que, en principio, resultarían aplicables o adecuables al proceso de ejecución como proceso de conocimiento las garantías penales y las garantías procesales que integran al proceso de conocimiento penal.

Sin embargo, debemos adentrarnos al estudio del proceso de ejecución a fin de analizar si en los términos en que está planteado u organizado se adecúa, o en qué medida, a las garantías penales y si el mismo resulta compatible o respeta las normas fundamentales que rigen y guían a esta rama del derecho público.

Por último, abordaremos las garantías procesales que resultan aplicables o adecuables y si a su vez, existen algunas más específicas o propias de este proceso, a fin de señalar si, en el estado actual, el proceso de ejecución y sus correspondientes

procedimientos se condicen con las normas constitucionales y convencionales aplicables a la materia o si se encuentran en colisión con ellas por lo que debiera ser reformulado, redefinido o readecuado.

Capítulo I

Garantías y Principios Penales en General

1. Derechos y Garantías del Derecho Penal

Nuestra Constitución Nacional (C.N.) y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados por el artículo 75 inciso 22 receptan aquellos derechos que tienen como fundamento los atributos de la persona humana y emanan de su dignidad inherente, instaurándose procedimientos, principios y garantías a los efectos de su protección, aseguramiento, vigencia y efectividad.

En particular, en el ámbito penal, dichos derechos y garantías funcionan como una limitación del ius puniendi estatal y deben guiar su actuación, en la medida que el Estado no sólo se encuentra obligado a respetar los derechos humanos, sino que también está obligado a llevar adelante diversas medidas que propendan a garantizarlos.

Al respecto sostiene José Cafferata Nores que:

el concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros⁵.

En efecto, ello implica que ninguna persona pueda ser sometida por el Estado, y en especial por los tribunales, a un procedimiento ni a una pena arbitraria, para lo cual resultará indispensable el respeto, vigencia y aplicación de las garantías correspondientes y que integran las reglas del debido proceso.

⁵ CAFFERATA NORES, José Ignacio, *Proceso penal y derechos humanos: la influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, 2a ed. 1a reimp., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Del Puerto, 2011, pp. 13-14.

Puede distinguirse entonces, entre derecho penal subjetivo en el que el ámbito de conocimiento se relaciona a la pretensión punitiva estatal (*ius puniendi*), es decir la potestad del Estado de establecer delitos y de imponer penas cuando se den los presupuestos establecidos por parte de la norma.

Y, por otro lado, el derecho penal objetivo se refiere al conjunto de normas que integran el sistema penal, las leyes que establecen delitos y penas, las formas de responsabilidad criminal.

A su vez, el derecho penal objetivo se divide en derecho penal material (que se ocupa de las conductas conminadas con pena, sus presupuestos y consecuencias) y el derecho procesal (que regula el procedimiento para esclarecer la verdad y la imposición del derecho a castigar)⁶.

Dicha clasificación permite distinguir entonces el ámbito de conocimiento que abordará cada una de ellas y que en alguna medida servirá para el presente.

2. Garantías Penales y Procesales

Como primera aproximación al tema de estudio planteado resulta necesario señalar cuáles son las garantías penales, los fines que persigue el proceso penal y los principios que deben regirlo, es decir las garantías procesales, a efectos de que el Estado pueda afirmar la responsabilidad penal de una persona y pueda aplicar y luego ejecutar una pena determinada.

El gran maestro Luigi Ferrajoli en su libro “Derecho y Razón”⁷, sobre el garantismo penal realiza una clasificación que sirve de guía para el presente, estableciendo 10 axiomas del sistema garantista y que, a su vez, divide luego en garantías penales y procesales.

⁶ RIGHI, Esteban, *Derecho Penal: parte general*, 3ª ed, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016, p. 85.

⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*, 1ª edición italiana (1995), traducción de Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, 8ª edición, España, Trotta, 2006.

Las garantías penales se refieren a *nulla poena sine crimine* (principio de retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito), *nullum crimen sine lege* (principio de legalidad, en sentido lato o en sentido estricto), *nulla lex (poenalis) sine necessitate* (principio de necesidad o de economía del derecho penal), *nulla necessitas sine iniuria* (principio de lesividad o de la ofensividad del acto), *nulla iniuria sine actione* (principio de materialidad o de la exterioridad de la acción y *nulla actio sine culpa* (principio de culpabilidad o de la responsabilidad personal)⁸.

Y las garantías procesales, *nulla culpa sine iudicio* (principio de jurisdiccionalidad, también en sentido lato o en sentido estricto, *nullum iudicium sine accusatione* (principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación, *nulla accusatio sine probatione* (principio de la carga de la prueba o de verificación y *nulla probatio sine defensione* (principio del contradictorio, o de la defensa, o de refutación⁹).

3. Garantías y Principios Penales

Nuestro sistema constitucional responde a la idea de un Estado democrático de derecho, pues expresamente establece en su artículo 1 que la Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa, republicana y federal, derivando de ella diferentes principios fundamentales de política criminal que, como destaca Esteban Righi, se refieren en específico a los principios de humanidad, de racionalidad, de culpabilidad y de seguridad jurídica¹⁰ y que también coinciden con la clasificación esbozada por Ferrajoli.

Ahora bien, sin pretender analizar en profundidad cada uno de los principios y garantías penales puesto que ello excedería el marco de análisis del presente trabajo, se hará una breve descripción de las implicancias de las garantías penales, y algunas en particular, a efectos de extraer sus características fundamentales.

Posteriormente, se procederá a indicar si los principios y garantías penales a las que hacemos alusión también resultan aplicables, trasladables o más bien, adecuables al

⁸ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, p. 93.

⁹ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, p. 93.

¹⁰ RIGHI, Esteban, *Derecho Penal: parte general...*, p. 24.

ámbito del derecho de ejecución penal y, en tal caso, sindicarse si el derecho de ejecución penal en su situación actual, o en los términos en que se encuentra configurado, brinda las debidas garantías para el resguardo de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad.

3.1. Principio de Humanidad y Necesidad

El principio en cuestión se refiere a la necesidad de respeto de la persona humana, por su dignidad inherente.

Puede sostenerse que el punto de partida a la hora de analizar el principio de humanidad se puede ubicar en el ensayo jurídico escrito por el italiano Cesare Beccaria en 1764 titulado *Dei delitti e delle pene*¹¹, donde se advierte un programa de política criminal con base en el criterio de humanidad, con un fuerte cuestionamiento a las penas de tormento y a la pena de muerte y donde se propugna la abolición de la tortura, la legalidad de las penas, su proporcionalidad a la gravedad de delito cometido y la necesidad que las penas cumplan con su propósito, que no es causar más daño sino impedir al/la delincuente la comisión de nuevos delitos y disuadir a los/las ciudadanos/as de cometerlos.

En efecto, el aporte de Beccaria es por demás significativo en el surgimiento e implicancias del concepto de humanidad de las penas.

Por otro lado, si bien en la obra de Beccaria se pone en foco la prisión y da lugar a las ideas de la expiación por principios preventivo especiales no exentos de críticas, tal como destaca Righi, la contribución realizada permitió, sin lugar a dudas, dotar al proceso penal de humanidad¹².

Sobre el desarrollo de este principio también podemos traer a colación lo señalado por Ferrajoli cuando en su obra se pregunta ¿cómo castigar?, pues allí describe los principios de necesidad y de humanidad de las penas¹³, sosteniendo que corresponde hablar de un principio moral de respeto de la persona humana, la que no debe ser tratada

¹¹ BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas* (título original *Dei delitti e delle pene*), trad. de De Las Casas, Barcelona, 1997.

¹² RIGHI, Esteban, *Derecho Penal: parte general*, p. 24.

¹³ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, p. 385 y stes.

nunca como un «medio. o «cosa», sino siempre como «fin» o persona, y ello quiere decir que más allá de cualquier argumento utilitario de la pena el valor de la persona humana impone una limitación fundamental a la calidad y a la cantidad de la pena. Y sobre este valor se funda, el rechazo de la pena de muerte, de las penas corporales, de las penas infamantes, las penas perpetuas y de larga duración, cuestionando también el citado autor los criterios de reforma o correccionalistas de la persona y la discrecionalidad administrativa en la determinación de la calidad y la duración de la pena¹⁴ como contrarios a dicho principio.

Ahora bien, en nuestro país el principio de humanidad se plasmó en el artículo 18 de nuestra Carta Magna donde establece que quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes y que 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 aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.

Además, el mentado principio también se vio reflejado en la creación de institutos específicos como en nuestro caso, la llamada gracia, antecedente de la libertad condicional, regulada en los Códigos Tejedor y de 1886, aunque requerían para su concesión que la persona diese muestras de reforma positiva (en similar sentido el Código Italiano que requería acreditar una conducta que haga presumir su arrepentimiento o en el caso del Código Húngaro acreditar su enmienda)¹⁵. Pero fueron los redactores del Proyecto 1891 quienes instauran un sistema objetivo de evaluación con el requisito de la observancia regular de los reglamentos carcelarios y que finalmente se ve plasmado en el Código Penal de 1921 al establecer la libertad condicional, sentando además un criterio que no pretendía la reforma de la persona, sino que se basa en datos objetivos relacionados al cumplimiento de las reglas que rigen la vida en prisión (aunque como veremos posteriormente algunas leyes de ejecución han implicado un retroceso en dicho sentido).

Por otro lado, dicho principio también fue reconocido en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) pues observamos que en el artículo 4 se

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, pp. 395-397.

¹⁵ ALDERETE LOBO, Rubén, *La libertad condicional*, 1º edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2016, pp. 89-90.

refiere al derecho a la vida y en particular en su artículo 5 se establece el derecho a la integridad personal y señala que:

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano¹⁶.

Posteriormente, en su artículo 6 establece la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzosos u obligatorios.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) establece en su artículo 7 la prohibición de la tortura, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes y en su artículo 10 establece que toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano y en su artículo 8 la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzados.

De igual modo, la Convención contra la Tortura prohíbe la misma y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Y como sabemos, los referidos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos fueron reconocidos como complementarios a la Constitución Nacional mediante la reforma de 1994.

Por su parte, la Constitución Provincial de Mendoza cuenta con un artículo similar¹⁷.

Por otro lado, la ley 24.660 sancionada por el Congreso Nacional en el año 1996 y que (en principio) regula todo lo relativo a la ejecución penal, en su artículo 9 sienta que la ejecución de la pena estará exenta de tratos crueles, inhumanos o degradantes y que quien ordene, realice o tolere tales excesos se hará pasible de las sanciones previstas en el Código Penal, sin perjuicio de otras que le pudieren corresponder y establece un capítulo destinado a sentar condiciones de alojamiento mínimas teniendo en cuenta en este aspecto que también pueden encontrarse privadas de libertad personas que aún no

¹⁶ Convención Americana de Derechos Humanos, art. 5.

¹⁷ Constitución de la Provincia de Mendoza, art. 23.

han sido condenadas, por lo que resulta necesario establecer lineamientos al respecto. En similar sentido lo hace la ley 8.465 en su artículo 10 segundo párrafo y el capítulo III.

A su vez, tanto la ley 24.660 como la ley 8.465 que rige en la provincia de Mendoza desde el año 2012 establecen en los capítulos III las normas de trato, en el capítulo IV todo lo atinente a la disciplina del establecimiento, en el capítulo VII el acceso al trabajo, en el capítulo VIII a la educación, el IX a la asistencia médica, en el X sobre la asistencia espiritual, en el XI sobre las relaciones familiares y sociales y establecen la organización de establecimientos y criterios de alojamiento.

De igual modo, los lineamientos brindados por las Reglas de Mandela, de Bangkok e instrumentos de soft law al respecto.

En efecto, se advierte que el mentado principio funciona como límite al poder punitivo del Estado y lo obliga a organizar su sistema represivo, los centros de detención y condiciones de trato conforme a las implicancias del mismo.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) cuenta en abundante jurisprudencia al respecto. En el caso *Mendoza y otros vs. Argentina* señaló que la pena perpetua impuesta a menores de edad implicaba una vulneración al principio de reinserción social¹⁸ y que por ser desproporcionada también configuraba un caso de trato cruel e inhumano¹⁹.

En el ámbito doméstico el reconocido juez Mario Alberto Juliano también se enrola en la postura de incompatibilidad de la pena perpetua con el principio de humanidad, indicando que este principio de humanidad de las penas configura la contracara de la prohibición de aplicar penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, por lo que mediante una regla de exclusión conceptual esto significa que si no está permitido imponer y aplicar penas crueles, inhumanas y degradantes, las únicas que se pueden aplicar deben ser su contrapartida, esto es, penas que en algún punto podamos definir como humanas y, que se basen en la dignidad de la persona que la recibe, lo que constituye una fortaleza del Estado de derecho ya que implica que la reacción penal no

¹⁸ Corte IDH. Caso *Mendoza y otros Vs. Argentina*. Sentencia de 14 de Mayo de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones), p. 61.

¹⁹ Corte IDH. Caso *Mendoza y otros Vs. Argentina*. Sentencia de 14 de Mayo de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones), p. 65.

puede colocarse a la misma altura del acto que condena pues su teórica superioridad ética impone a su vez, la obligación de responder al delito desde el estricto respeto a los derechos humanos, diferenciándose del agresor en la respuesta a su conducta²⁰.

En definitiva, el poder represivo otorgado al Estado sólo tendrá permitido aplicar penas que no sean penas crueles, inhumanas y degradantes para la persona, es decir, funciona como un límite para el ejercicio de tal poder.

Ahora bien, podemos advertir otras las implicancias de este principio que han sido analizadas por la Corte Interamericana y que se relacionan con el trato digno que el Estado está obligado a brindar a las personas que se encuentran privadas de su libertad.

Al respecto puede citarse el caso *Hernández Vs. Argentina*, donde en relación a las personas que han sido privadas de libertad la Corte Interamericana sostuvo:

la Corte ha determinado que el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre quienes se encuentran sujetos a su custodia. Lo anterior, como resultado de la interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al privado de libertad se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas esenciales para el desarrollo de una vida digna. En consecuencia, de conformidad con el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención, toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal. Esto implica el deber del Estado de salvaguardar la salud y el bienestar de las personas privadas de libertad y de garantizar que la manera y el método de privación de libertad no excedan el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la misma²¹.

En igual sentido se pronunció en el caso *López y otros Vs. Argentina* al sostener que los Estados no pueden alegar dificultades económicas para justificar condiciones de

²⁰ JULIANO, Mario Alberto y AVILA, Fernando, *Contra la prisión perpetua: una versión histórica y comparada de las penas de perpetuidad*, 1^a ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Del Puerto, 2012, p.82-83

²¹ Corte IDH. Caso *Hernández Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2019. Serie C No. 395, párrafo 56.

detención que incumplan y vulneren con los estándares mínimos internacionales en la materia y la dignidad inherente del ser humano y que:

Ante esta relación e interacción especial de sujeción entre el interno y el Estado, este último debe asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquellos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible. De no ser así, ello implicaría que la privación de libertad despoja a la persona de su titularidad respecto a todos los derechos humanos, lo que no es posible aceptar²².

En cuanto a condiciones de alojamiento dignas, la Corte IDH en el caso Pacheco Teruel y otros Vs. Honduras reparó en los principales estándares y el deber de prevención que el Estado debe garantizar en favor de las personas privadas de libertad, señalando que el hacinamiento constituye en sí mismo una violación a la integridad personal; la necesidad de separación por categorías entre procesados y condenados y entre los menores de edad de los adultos; el acceso al agua potable para su consumo y al agua para su aseo personal; la alimentación que se brinde debe ser de buena calidad y debe aportar un valor nutritivo suficiente; la atención médica debe ser proporcionada regularmente; la educación, el trabajo y la recreación son funciones esenciales de los centros penitenciarios; las visitas deben ser garantizadas en los centros penitenciarios; todas las celdas deben contar con suficiente luz natural o artificial, ventilación y adecuadas condiciones de higiene; los servicios sanitarios deben contar con condiciones de higiene y privacidad; que los Estados no pueden alegar dificultades económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales en la materia y que no respeten la dignidad inherente del ser humano, y que se encuentran prohibidas aquellas medidas disciplinarias que constituyan un trato cruel, inhumano o degradante, incluidos los castigos corporales, la reclusión en aislamiento prolongado, así como cualquier otra medida que pueda poner en grave peligro la salud física o mental de la persona privada de libertad²³.

²² Corte IDH. Caso López Y Otros Vs. Argentina Sentencia de 25 de Noviembre de 2019 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

²³ Corte IDH. Caso Pacheco Teruel y otros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 24168, párrafo 67.

En efecto, el principio señalado tiene particular impacto en lo que se refiere a la cantidad de pena a aplicar y también en lo que hace a las condiciones en que se cumplirá la privación de libertad o el modo en que ésta se ejecuta.

Por lo tanto, en la medida que las implicancias de este principio guíen y regulen efectivamente el poder represivo del Estado podremos sostener que nos encontraremos ante penas legítimas. Caso contrario, nos encontraremos ante un poder represivo estatal que impone y ejecuta penas ilegítimas (cruelles, inhumanas o degradantes) prohibidas por nuestro ordenamiento.

3.2. *Principio de Racionalidad*

Sobre dicho principio se indica que la búsqueda de criterios de racionalidad en la imposición de penas es consecuencia del desarrollo de las teorías preventivas, siendo una de las consecuencias de ello que el Estado renuncie o deba renunciar a la pena cuando su efecto sea contraproducente, como por ej. En el caso de penas privativas de libertad de corta duración, como así también el principio de intervención mínima, que supone considerar a la respuesta penal como el último instrumento de que dispone el Estado para la prevención de los delitos y solo en la medida que (conforme al principio de necesidad) sea imprescindible para conservar las bases de la convivencia en sociedad, por lo que tampoco todos los bienes jurídicos deben protegerse por el derecho penal y sólo deben criminalizarse las modalidades más graves de afectación de los bienes jurídicos que se intentan resguardar²⁴.

De modo que el principio se basa en la exigencia de un derecho penal mínimo, de última ratio, racional y sólo aplicable en la medida en que sea necesario para la consecución de sus fines.

Con relación a ello, también pueden resultar incompatibles con dicho principio la aplicación de penas de prisión en efectivo para casos de insignificancia o casos en que operó la llamada pena natural.

A su vez, los principales cuestionamientos a la aplicación de penas de corta duración (también relacionado con el principio de humanidad) se refieren a que no pueden

²⁴ RIGHI, Esteban *Derecho Penal: parte general...*, p. 25.

desconocerse los efectos negativos de la prisionalización y fundamentalmente la imposibilidad de que tales penas se coligan con el fin de reinserción social.

Al respecto se ha sostenido que “Las consecuencias deteriorantes -negativos efectos criminógenos de las penas privativas de la libertad en general son poco menos que indiscutibles. Ello al punto que muchos teóricos desaconsejan decididamente la imposición de penas privativas de la libertad de corta duración, propiciando en su reemplazo otras reacciones alternativas, menos gravosas”²⁵.

Sobre este punto, puede pensarse en la utilización de los criterios de oportunidad o en la instauración de medidas alternativas a la prisión consagrados en la ley nacional de ejecución penal por ej. la semidetención o prisión discontinua para casos de penas de prisión de seis meses de duración.

3.3. Principio de Retribución

Sobre este principio como bien refiere Ferrajoli se refiere a la pregunta de ¿cuándo castigar? y se relaciona con la máxima *nulla poena sine crimine*, es decir, que la pena sólo podrá ser impuesta o la persona castigada, cuando se haya cometido un delito, si se realiza la conducta típica y prohibida prevista en la norma, por lo que la pena es la consecuencia de ese delito.

En tal sentido, puede decirse que, el principio en cuestión tiene, por tanto, un contenido aflictivo para la persona, en la medida que el mal cometido le será retribuido también mediante otro mal, que es la imposición de una sanción o pena que se ejecutará de manera coactiva, por lo que puede relacionarse a este principio con la finalidad preventivo especial de la pena.

A su vez, también parece innegable que el principio en cuestión se relaciona con la finalidad preventivo general de la pena, en la medida que la amenaza legal de la retribución solo puede prevenir la comisión de hechos delictivos.

Por otro lado, se indica que:

La garantía del carácter retributivo de la pena -en virtud de la cual nadie puede ser castigado más que por lo que ha hecho (y no por lo que es)- sirve precisamente para excluir, al margen de cualquier posible finalidad preventiva o de cualquier otro modo

²⁵ JULIANO, Mario Alberto y AVILA, Fernando, *Contra la prisión...*, p.90.

utilitarista, el castigo del inocente aun cuando se le considere de por sí malvado, desviado, peligroso, sospechoso o proclive al delito, etc.²⁶

Por lo tanto, el principio de retribución tiene como base la responsabilidad por el hecho, por lo la persona deberá ser castigada por el injusto cometido y en tal medida y no por lo que la persona es, por sus características de personalidad o lo que piensa.

De tal modo, el aparato represivo consagrado por el derecho penal no puede ingresar sobre conductas penalmente irrelevantes o no tipificadas como delito, ni puede ser una herramienta *per se* de prevención del delito conforme ciertas teorías utilitaristas de la pena desprovistas de todo componente retributivo lo que resulta propio de un derecho penal máximo, sino que el poder represor del Estado en el ámbito penal sólo deberá ponerse en marcha cuando el delito previsto por la norma aconteció, es decir, la pena será la consecuencia de la comisión del delito.

3.4. Principio de Culpabilidad

Dicho principio se refiere a la pregunta de ¿cuándo y qué prohibir? y se corresponde con el elemento subjetivo o psicológico del delito.

De tal modo, la conducta tipificada por la ley penal debe ser fruto de una decisión, por lo que “no puede ser castigado, y ni siquiera prohibido, si no es intencional, esto es, realizado con consciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer”²⁷.

Se advierte entonces que la importancia del mismo radica en posibilitar la imputación subjetiva, es decir para poder aplicar pena se requiere que la conducta desplegada sea realizada con conocimiento de la conducta típica y que la persona haya tenido capacidad para motivarse por la norma y su respeto.

En efecto, ello permitirá establecer grados de participación interna que a su vez determinan diferentes grados de responsabilidad, como sucede con el dolo y la imprudencia; y proporciona pautas para la individualización de la pena²⁸.

²⁶ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, p. 369.

²⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, p. 487.

²⁸ RIGHI, Esteban, *Derecho Penal: parte general...*, p. 26.

En definitiva, el requisito de culpabilidad encuentra acogida dentro de la teoría de delito, señalando Righi que éste implica que la persona sea imputable (que al momento del hecho haya podido comprender la ilicitud del comportamiento y comportarse de acuerdo a esa comprensión), que haya tenido posibilidad de comprender la antijuridicidad del acto y que se le pueda exigir un obrar de otro modo²⁹.

De modo que es presupuesto para la imposición de la pena que la conducta sea típica en su aspecto objetivo, pero también subjetivo, es decir, que la persona haya obrado con dolo o culpa, de manera antijurídica, ser culpable y punible.

Por lo tanto, no podría aplicarse pena a aquellas personas que actuaron sin conocimiento de que realizaban la acción típica, que actuaron bajo una causa de justificación, que resulten inimputables o actúen bajo un error de prohibición insuperable.

3.5. Principio de Lesividad

El mentado principio se relaciona con el principio de racionalidad, desde que no debe dejar de tenerse presente que el derecho penal es una medida de *última ratio*, que sólo debe aplicarse cuando fuere necesaria para la consecución de sus fines, y que la pena debe ser proporcional al daño causado al bien jurídico que, con la norma y su correspondiente sanción, se intenta proteger.

Sobre este principio explica Ferrajoli:

tiene el valor de criterio polivalente de minimización de las prohibiciones penales. Y equivale a un principio de tolerancia tendencial de la desviación, idóneo para reducir la intervención penal al mínimo necesario y, con ello, para reforzar su legitimidad y fiabilidad. Si el derecho penal es un remedio extremo, deben quedar privados de toda relevancia jurídica los delitos de mera desobediencia, degradados a la categoría de daño civil los perjuicios reparables y a la de ilícito administrativo todas las violaciones de normas administrativas, los hechos que lesionan bienes no esenciales o los que son, sólo en abstracto, presuntamente peligrosos, evitando así la estafa de etiquetas» consistente en

²⁹ RIGHI, Esteban, *Derecho Penal: parte general...*, p. 399.

calificar como «administrativas» sanciones restrictivas de la libertad personal que son sustancialmente penales³⁰.

En efecto, solo deben sancionarse aquellas conductas que sean lesivas o potencialmente lesivas de bienes jurídicos fundamentales.

Vemos, en relación a ello, que nuestro Código Penal ha configurado delitos de resultado (en los que se genera una efectiva afectación al bien jurídico) y delitos de peligro, los que, a su vez, han sido clasificados por la doctrina, en delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto.

Ciertamente, siguiendo la lógica del principio en cuestión, los delitos de peligro y su sanción puede encontrarse, en colisión con el mismo, y serán, en definitiva, otras razones las que se utilizarán para intentar legitimar, en especial, la previsión de los delitos de peligro en abstracto.

3.6. Principio de Seguridad Jurídica y Legalidad

La seguridad jurídica en un Estado de derecho procura evitar el ejercicio abusivo del ius puniendi estatal, cuyos límites se encuentran establecidos en las normas constitucionales y convencionales de las que se también se extraen principios fundamentales, en particular el de legalidad, reserva, exclusividad judicial (juez natural e imparcial), y la consagración de derechos de naturaleza procesal pero plasmados en los instrumentos señalados³¹, debiendo la ley penal adecuarse a los lineamientos que establece la norma suprema.

Por lo tanto, deberemos indicar en qué consisten estos principios limitadores del poder represivo del Estado y las implicancias que cada uno de ellos conlleva, comenzado por los principios de legalidad y reserva y continuando con el de materialidad de la acción.

3.6.1. Principio de Legalidad

Su formulación latina, *nulla poena sine lege, nulla poena sine cri mine, nullum crimen sine poena legali*, fue enunciada por Feuerbach en el marco de su teoría de la

³⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, p. 479.

³¹ RIGHI, Esteban, *Derecho Penal: parte general...*, p. 23 y stes.

pena³², pues la pretendida intimidación al delincuente potencial con la amenaza de pena exige que el coaccionado pueda saber con precisión cuáles son las acciones que no debe realizar porque de lo contrario será sancionado, lo que claramente debe estar delimitado previo a la comisión de la acción.

Ahora bien, de este modo la consecuencia principal del principio de legalidad, es que como funciona como límite al ius puniendi estatal en la medida que no podrá sancionarse aquella conducta que no esté prevista previamente por la norma³³.

El artículo 18 de la C.N. prescribe que ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso (principio de legalidad), ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa (juez natural).

Por otro lado, el artículo 19 indica que ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

De igual modo, el artículo 9 de la CADH respecto al principio de legalidad y de retroactividad indica que “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”³⁴.

De ello se advierte la exigencia de *ley previa* y *juicio previo* como requisito ineludible para la aplicación de una pena.

Respecto al principio de legalidad Ferrajoli sostuvo que el principio de mera legalidad es una norma que se encuentra dirigida a los jueces, a los que prescribe que consideren delito cualquier fenómeno libremente calificado como tal por la ley. Y el principio cognoscitivista de estricta legalidad es una norma meta-legal que se dirige al legislador, a quien prescribe una técnica específica de calificación penal idónea que

³² FEUERBACH, Paul J. A. R., *Tratado de derecho penal*, trad. de Zaffaroni y Hagemeyer, Buenos Aires, Hammurabi, 1989, p. 63.

³³ NAUCKE, Wolfgang, *Derecho penal*, trad. por Brond, Buenos Aires, Astrea, 2006, p. 76.

³⁴ CADH, art. 9.

permita garantizar, con la taxatividad de los presupuestos de la pena, la decidibilidad de la verdad de su enunciación³⁵, es decir les exige que las conductas prohibidas se encuentren debidamente determinadas.

Por lo tanto,

Mientras el axioma de mera legalidad se limita a exigir la ley como condición necesaria de la pena y del delito (*nulla poena, nullum crimen sine lege*), el principio de estricta legalidad exige todas las demás garantías como condiciones necesarias de la legalidad penal (*nulla lex poenalis sine necessitate, sine iniuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*)³⁶.

El principio de legalidad funciona entonces, como límite de la actuación del poder judicial y también reclama del legislador la mayor precisión posible en la descripción de las conductas prohibidas y su correspondiente sanción, y en la medida que la conducta no se ajuste a ella no podrá ser entonces sancionada.

A su vez, en el artículo 75 inciso 12 de la C.N. se establece que es atribución del Congreso de la Nación dictar el Código Penal, *en cuerpos unificados o separados*, y es donde, en definitiva, plasma las conductas prohibidas y su correspondiente sanción (cuantía y cualidad) como materia delegada por las provincias al Congreso Nacional.

3.6.2. El Principio de Reserva

El artículo 19 de la C.N. indica que las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados, por lo que sienta las bases de lo que denominamos derecho penal de acto desde que sólo pueden penarse conductas y no formas de ser o pensamientos.

De este modo, nuestra Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos han establecido la importancia de establecer acciones, conductas, cuya realización (expresamente tipificada) implica una consecuencia jurídica, es decir la sanción penal.

³⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, p. 95

³⁶ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, p. 95.

3.6.3. Implicancias de los Principios de Legalidad y Reserva

Tanto el principio de legalidad como el de reserva generan diversas implicancias en su función de garantía: a) prohibición de la analogía; b) exigencia *de lege scripta*; c) prohibición de retroactividad; y d) exigencia *de lege certa*³⁷.

A) Prohibición de la analogía en perjuicio del imputado (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*), es decir es una norma dirigida al/la juez/a a efectos de que no aplique una regla jurídica prevista para un caso, a otro no regulado en la ley³⁸ y de manera perjudicial al/la imputado/a, lo que resulta contrario al principio de legalidad. Lo que si podrá hacer el juez o la jueza es una interpretación analógica que lo/la beneficie³⁹.

B) Prohibición del derecho consuetudinario (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*) La costumbre no es admisible en derecho penal, la punibilidad de la conducta sólo puede estar prevista en la ley.

C) Prohibición de retroactividad (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*)

La regla alcanza a las leyes que prevén delitos, respecto de los hechos que no eran punibles en el momento de su comisión, que sancionan con pena más grave hechos que en el momento de comisión tenían prevista una especie más benigna (p.ej. multa en vez de prisión) y que agravan la pena dentro de la misma especie, elevando la escala de punibilidad⁴⁰.

A la inversa, sí resulta posible la retroactividad de la ley penal más benigna y está expresamente contemplada en nuestro derecho positivo (art. 20 del Código Penal).

Por lo tanto, como sostiene Righi, la pena y sus consecuencias necesariamente se rigen por la ley vigente en el momento de comisión del hecho, donde debe encontrarse delimitada también la clase y gravedad de la pena que correspondería⁴¹.

³⁷ RIGHI, Esteban, *Derecho Penal: parte general...*, p. 90.

³⁸ ROXIN, Claus, *Derecho Penal*, t.I, trad. Por Luzón Peña y otros, Madrid, Civitas, 1997, p. 146.

³⁹ RIGHI, Esteban *Derecho Penal: parte general...*, p. 91.

⁴⁰ ROXIN, Claus, *Derecho Penal...*, p. 141.

⁴¹ RIGHI, Esteban, *Derecho Penal: parte general...*, p. 89.

D) Prohibición de leyes y penas indeterminadas (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*)

Los preceptos penales no pueden ser indeterminados en la medida que no permiten conocer con exactitud los comportamientos que comprenden y por tanto si les corresponde determinada consecuencia jurídica⁴².

En efecto el sometimiento formal de una persona al proceso tendrá requisitos añadidos, es decir encontrará límites en las garantías descritas a efectos de que se respeten los derechos que le asisten por su dignidad humana.

Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Fermín Ramírez Vs. Guatemala* sostuvo que el principio de legalidad constituye uno de los elementos centrales de la persecución penal en una sociedad democrática, en tanto se establece que “nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable”, y en tanto, el artículo 9 de la Convención, donde se consagra el principio de legalidad y reserva, obliga a los Estados a definir esas “acciones u omisiones” delictivas en la forma más clara y precisa que sea posible.

En este sentido estima la Corte IDH:

la elaboración de los tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. En un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo. En un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que las sanciones penales se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita⁴³.

⁴² STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte General I*, trad. Por Cancio Meliá y Sancinetti, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, p. 88.

⁴³ Corte IDH, *Fermín Ramírez Vs. Guatemala*, Sentencia de 20 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Por lo tanto, no será suficiente para su sanción (o en su caso aplicación de medidas de coerción a lo largo del proceso) la posibilidad de encuadrar la conducta en una figura penal, sino además que pueda pensarse, fundadamente (es decir, basándose en pruebas) que su participación en el hecho típico es también antijurídica, culpable y punible, mediante la correspondiente resolución judicial.

Complementariamente deberá garantizarse que, si luego de iniciada la actividad procesal se advierte que el hecho no existió, o no fue cometido por el/la imputado/a, o no es punible por no encuadrar en una figura penal, o por existir causas de justificación, inculpabilidad, inimputabilidad o excusas absolutorias, la finalización del proceso a su favor y en forma definitiva (es el sobreseimiento de la legislación argentina)⁴⁴.

En conclusión, el principio de legalidad implica una limitación para el poder represivo del Estado en la medida que las conductas que pretende prohibir y luego sancionar sólo pueden estar determinadas por la ley.

También, deberá estar determinada la posible sanción que le pueda corresponder (cuantía y cualidad de la pena), la analogía en contra de la persona imputada se encuentra prohibida y no se le pueden aplicarse retroactivamente leyes perjudiciales que no estaban vigentes al momento de cometer el delito aunque sí se permite la aplicación retroactiva de leyes que la favorezcan y, para que pueda hablarse de estricta legalidad conforme describiera Ferrajoli y explicitáramos anteriormente, deberá darse también el cumplimiento de las demás garantías penales y procesales, en la medida que sólo así se resguardarán debidamente las mismas y los derechos fundamentales de las personas.

3.7. *Principio de Materialidad de la Acción*

Cuando Righi analiza el concepto de tipicidad señala que al observar los delitos que contienen las normas jurídico-penales, se verifica que consisten en la descripción de comportamientos concretos de las personas⁴⁵, hechos, conductas, por lo que no se debe valorar cómo “es” la persona imputada, sino lo que hizo.

⁴⁴ CAFFERATA NORES, José Ignacio, *Proceso penal y...*, p. 79

⁴⁵ RIGHI, Esteban, *Derecho Penal: parte general...*, p. 124.

Sobre el concepto de acto o hecho, se aclara que dicho concepto también comprende la prohibición de omisiones cuando se tiene el deber de actuar⁴⁶, es decir, la omisión de actuar cuando la persona está obligada a hacerlo también debe integrar tal concepto.

Por lo tanto, nuestro sistema penal no se basa en prohibir y sancionar personalidades, formas de ser, sino en prohibir y sancionar comportamientos, conductas, hechos concretos de las personas y que es lo que denominamos *derecho penal de acto* en contraposición a lo que sería el derecho penal de autor.

En efecto, el derecho penal de acto es el único compatible con la idea del Estado de derecho, con un derecho penal mínimo y con un sistema penal garantista.

En conclusión, el principio materialidad de la acción y el de legalidad suponen que ninguna persona puede ser condenada por acciones u omisiones que al momento de cometerse no fueran delictivos, es decir se exige la delimitación previa de la conducta considerada delictiva y su consecuente sanción, y en su caso monto y modo de cumplimiento, siendo en definitiva, objeto de prueba solo los hechos y no las valoraciones, formas de ser o pensamientos, lo que también puede relacionarse con el principio de reserva que desarrollamos supra.

4. Teorías de la Pena

La principal reacción del Estado frente a la comisión de un delito es la imposición de la pena entendida como restricción o afectación a derechos de la persona.

Por ello, el derecho penal se ha ocupado de esbozar diversas teorías que intentan legitimar el uso de la pena como represión legítima del estado en uso del *ius puniendi*.

Las teorías abolicionistas, por su parte, niegan legitimación ético-política o eficacia al derecho penal a través de concepciones más o menos anarquistas (sociedades basadas en el autocontrol sin Estado o con Estados tan presentes que no resulta necesario

⁴⁶ RIGHI, Esteban, *Derecho Penal: parte general...*, p. 125.

recurrir al derecho penal) pero que tienen como mérito trasladar la carga de la justificación de la pena a quienes la imponen⁴⁷.

Las teorías justificadoras presentan diferentes argumentos y también han sido clasificadas en teorías absolutas (la pena halla justificación en sí misma) y relativas (persiguen el logro de otras finalidades que trascienden de la mera aplicación de la pena).

Dentro de las teorías absolutas encontramos la teoría de la expiación que pretende con la pena la reconciliación del/la delincuente consigo mismo/a, con el ordenamiento jurídico quebrantado y con la comunidad. Esta teoría ha sido cuestionada en la medida que el arrepentimiento se produce en lo más profundo de la persona, depende exclusivamente de ésta y en tanto la noción de la pena como expiación la dota de una concepción metafísica incompatible con un Estado de derecho secularizado y neutral.

Sin embargo, en la actualidad se reconocen en nuestra legislación algunas previsiones que pueden relacionarse con dicha teoría, como por ej. aquellas que se refieren a circunstancias atenuantes respecto de determinados delitos (arrepentimiento, confesión, perdón) o en el ámbito de ejecución penal que requiere para poder acceder a los distintos derechos del régimen progresivo que la persona demuestre arrepentimiento e introyección en el rol de la víctima.

Ahora bien, dentro de las llamadas teorías absolutas también encontramos la teoría de la retribución donde el sentido de la pena se fundamenta en que la culpabilidad del/la autor/a de un delito se compensa con la imposición de una pena, por lo que su principal postulado esencial es que la pena es retribución del mal causado, de modo que la pena constituye un fin en sí mismo.

A su vez, la teoría de la retribución tiene relación directa con el principio de proporcionalidad dado que la culpabilidad no sólo es fundamento de la pena sino también de su medida y, por tanto, el castigo penal no puede exceder la intensidad del reproche.

Sus principales expositores, Kant y Hegel, señalan que el fin de la pena se agota con la retribución, ésta no tiene efectos preventivos, constituye una reacción por lo sucedido, la culpabilidad es el fundamento de la pena y presupone el libre albedrío, siendo la pena un mal que debe sufrir quien delinque para compensar el mal (es por ello que Kant

⁴⁷ SARRÉ, Miguel y MANRIQUE, Gerardo, *SISTEMA DE JUSTICIA DE EJECUCIÓN PENAL Sujetos procesales en torno a la prisión en México*, Ciudad de México, Tirant Lo Blanch, 2018, p. 185.

admite la pena de muerte) causado con su comportamiento (ley del talión), la individualización de la pena se asocia a la gravedad del delito y al grado de culpabilidad (proporcionalidad) y la pena no es instrumento de motivación, es decir no es un medio para lograr determinado fin⁴⁸.

Hegel por su parte, señala que el verdadero mal del ilícito radica en la negación del derecho, por lo que la pena será la respuesta que niega el triunfo de lo ilícito, de modo que la pena será la confirmación del derecho.

Como principal aporte puede decirse que la teoría de la retribución funciona como límite al *ius puniendi* estatal en la medida que la pena obedece a la culpabilidad del/a autor/a por el hecho cometido y sólo en dicha medida.

Sin embargo, varios de sus postulados también fueron fuertemente criticados en la medida que parten de un supuesto indemostrable, la supuesta libertad absoluta de la voluntad humana o el libre albedrío, desconociendo si la voluntad está condicionada o puede estarlo por factores sociales, culturales, económicos, y tampoco resultaría acorde al respeto de la dignidad humana que la pena sólo consista en un mal marcado por la idea del talión o la venganza, la pena no tiene ningún fin de política criminal, no explica cuándo se tiene que castigar y, como señala Roxin, no se comprende cómo se puede compensar un mal con otro mal.

Ahora bien, tal como sostiene Vicenta Cervelló frente a la idea de retribución propia de las teorías absolutas surge la idea de la prevención tanto general como especial, donde, más allá de la esencia punitiva, con la sanción se persiguen objetivos preventivos⁴⁹.

De este modo, podemos destacar las distintas clasificaciones de las teorías de la prevención, que dividiremos en 4 grupos: 1) las doctrinas de la prevención especial positiva o de la corrección, que atribuyen a la pena la función positiva de corregir al reo; 2) las doctrinas de la prevención especial negativa o de la incapacitación, que le asignan la función negativa de eliminar o de un modo u otro neutralizar al reo (cuyo principal expositor fue Franz Von Lizst); 3) las doctrinas de la prevención general positiva o de la

⁴⁸ RIGHI, Esteban, *Derecho Penal: parte general...*, p. 34 y stes.

⁴⁹ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, *Prisión perpetua y de larga duración. Régimen Jurídico de la prisión permanente revisable*, Valencia, Tirant lo blanch, 2015, p. 19.

integración, que le asignan la función positiva de reforzar la fidelidad de los asociados al orden constituido (Jakobs); 4) las doctrinas de la prevención general negativa o de la intimidación, que le asignan la función de disuadir a los ciudadanos mediante el ejemplo o la amenaza de la pena (fundada por Feuerbach)⁵⁰.

Estas teorías también son llamadas teorías utilitarias en la medida que la pena es usada y aplicada para cumplir cierta función, es decir, son un medio para el cumplimiento de determinados objetivos que se pretenden con ella.

Vemos entonces, que las teorías absolutas miran al pasado, al hecho antijurídico cometido, mientras que las relativas miran al futuro, configuran la pena como medio de evitación de delitos o de reeducación por lo que la pena no está tan relacionada con el hecho ilícito sino con los fines que se pretenden con la imposición de la misma o los efectos que de ella pueden derivarse.

De tal modo, puede decirse que las teorías absolutas se refieren a la "necesidad" de la pena, como un mandato moral o ético (de justicia, de merecimiento); mientras que las relativas atienden a la "utilidad" de la pena (para prevenir delitos o reeducar a los delincuentes), que está justificada por los efectos positivos para la sociedad.

Por otro lado, cabe destacar que las principales críticas a las teorías de la prevención especial se refieren a que con ellas se pretende lograr cambios en la personalidad del/la condenado/a, a readaptar al/la desadaptado/a, a reformar a la persona, lo que resulta contrario a la dignidad humana y que tampoco se explica per se en los casos de delincuentes de cuello blanco o en casos de delitos consumados en situaciones irrepetibles ni cómo se puede resocializar desocializando o la instauración de la misma y tratamientos rehabilitadores sin que su eficacia se haya comprobado debidamente y por último que tampoco aportan un baremo para la medición de la pena, permitiendo por ej. sanciones ejemplares o abusivas, instauración de penas muy prolongadas, o incluso indefinidas por no advertirse elementos subjetivos de readaptación o en base a criterios de peligrosidad.

Así fue que las críticas a las teorías retributivas y de prevención han planteado el surgimiento de las teorías de la unión, es decir, de teorías que combinan unas y otras señalando que la pena no tiene una única finalidad, por lo que cada teoría tiene diversas

⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, p. 263.

implicancias tanto en la configuración de las penas, como en su aspecto de determinación judicial y en la etapa de ejecución penal.

A su vez, durante los últimos años se advierte una tendencia que extrae ciertos postulados de la teoría retribucionista y aportan nuevos lineamientos para la teoría de la pena. Esta corriente a la que se ha llamado *neo-retribucionismo*, surgió hacia la década de 1970, como respuesta a una crecientemente desacreditada fundamentación de la pena en la prevención, sobre todo en la preventivo-especial, por su ineficacia, sus problemas de implementación, sus excesos punitivos y su dudosa fundamentación legitimadora.

Se señala que los principales iniciadores de esta teoría son Günter Jakobs con su cambio radical de Luhman a Hegel (quien como vimos considera que el mal del ilícito radica en la negación de la norma); y Ernest-Amadeus Wolff y Michael Köhler.

Jakobs toma como punto de partida que el Derecho se configura como sistema de comunicaciones con la función de estabilización de expectativas normativas (confirmación de la vigencia de la norma). Defiende, entonces, las tesis preventivo-generales, reconoce a la norma como esquema de orientación social y establece que para la determinación de la medida de la pena debe atenderse exclusivamente al grado de perturbación social generada por el delito.

Sin embargo, acoge algunos elementos retributivos al determinar que para valorar el “peso” social de un hecho es relevante el “peso” de la norma vulnerada y la medida de su vulneración, y la responsabilidad del autor por su motivación para cometer el hecho (apreciar si esta debe excluirse o atenuarse), esto es, la imputabilidad del hecho ilícito⁵¹. Esta responsabilidad legitima la imposición del castigo penal. La retribución adquiere en su nueva teoría un significado funcional como contradicción normativa del hecho delictivo⁵² y la prevención general positiva se configura como la prevención de la desintegración del orden social mediante la retribución de hechos lesivos socialmente, la perturbación social es tan grave para dicho sistema que no queda otra alternativa para resolver el conflicto social del que es responsable; de modo que la pena consigue dicho

⁵¹ JAKOBS, Günther, *La pena estatal: significado y finalidad*, Madrid, Civitas Ediciones, 2006, p. 146.

⁵² FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; CANCIO MELIÁ, Manuel (eds.), *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*. Seminario con Günther Jakobs en la UAM, Madrid, Civitas Ediciones, 2008, pp. 146-147.

efecto preventivo mediante una función de estabilización de normas esenciales de convivencia⁵³.

Por lo tanto, en términos de Jakobs el/la autor/a debe soportar lo que sea necesario (proporcionalidad) para compensar el daño que ha producido a la vigencia de la norma como realidad social, de modo que la necesidad de irrogación de un mal tiene que ver con la intervención estatal necesaria para que la vida social siga siendo cotidianamente una vida conforme a Derecho⁵⁴.

Podría decirse entonces, que Jakobs relaciona el principio de intervención penal mínima (*ultima ratio*) con su teoría funcional de la pena; y especialmente coordina la función comunicadora (preventivo-general) con el fundamento retributivo de la pena.

De modo que la retribución es entendida como “contradicción normativa del hecho delictivo” y el destinatario de la comunicación de este hecho (imposición de la pena al delincuente) es la sociedad, a la que debe confirmarse el restablecimiento de la vigencia de la norma infringida mediante la imposición de la sanción penal al delincuente.

En este sentido, la teoría de Jakobs puede ser calificada como una teoría *neo-retribucionista*, pues ha pasado de ser un defensor de la prevención general positiva a actualizar la teoría de Hegel, combinando elementos retributivos de la pena como contradicción comunicativa del delito con efectos de psicología social.

Se advierte, entonces, que en estas nuevas corrientes la pena tiene una función comunicacional, transmite un mensaje dual, pues, por un lado, le comunica al afectado y a la sociedad que desde el Estado el daño ocasionado por el/la autor/a se reputa injusto y que, por ende, resulta desaprobado mediante el reproche que es la pena; y por el otro, entraña una comunicación moral con el autor o la autora, a quien que se le hace llegar un mensaje normativo crítico en cuanto a su accionar, que ha dañado a alguien de modo culpable y que es reprendido por esa conducta, sin que dicho reproche pretenda indispensablemente incidir en su personalidad⁵⁵.

⁵³ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, Teoría funcional de..., p. 150

⁵⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, Teoría funcional de..., p. 157.

⁵⁵ FLEMING, Abel y LÓPEZ VIÑALS, Pablo, *Las penas*, 1°ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009, pp. 90-91.

A su vez, las nuevas corrientes retributivas también han sido llamadas “teorías del merecimiento” desde que, como sostiene Juan Pablo Mañalich la legitimidad de una pena retributivamente fundamentada tiene que descansar en un juicio de merecimiento personalizado, pues de esto depende que el padecimiento de la reacción punitiva estatal no haya de ser interpretada como un sacrificio altruista que se espera del/la responsable, sino que esa reacción pueda ser entendida como una respuesta individualmente merecida. Y es esta específica orientación de la punición al merecimiento lo que determina el específico reconocimiento de la persona del hechor como agente racional que la punición exhibe como “valor declarativo”, por lo que (intentando superar las críticas relativas al libre albedrío) basta para la atribución de responsabilidad personal que el comportamiento pueda ser entendido como auto-determinado⁵⁶.

Por su parte, Pérez Barberá señala que existe cierto consenso en que la pena, conceptualmente, contiene dos elementos que deben ser analíticamente diferenciados: la desaprobación y la irrogación de un mal. La desaprobación es siempre una reacción, una respuesta, y como tal, se dirige hacia el pasado pues sólo un hecho que ya ha sucedido puede ser aprobado o desaprobado, y ello también caracteriza a la retribución⁵⁷.

De modo que, conceptualmente la retribución es una reacción merecida. Ella contiene, por tanto, un elemento descriptivo (la reacción) y uno normativo (el merecimiento). El elemento descriptivo de la retribución, aquel que la caracteriza como reacción o respuesta, forma parte del concepto de pena. Sin embargo, el elemento normativo de la retribución –el merecimiento– pertenece al aspecto de justificación de la pena.

A su vez, sólo si se trata de retribución institucionalizada podrá hablarse de pena o incluso de castigo; si el aspecto institucional falta, la retribución sería caracterizable como venganza, por lo que elemento institucional también pertenece al concepto de pena.

A consecuencia, Pérez Barberá (según sus términos) se enrola en teorías mixtas de justificación de la pena como contraposición a las teorías unidimensionales (sólo

⁵⁶MAÑALICH, Juan Pablo, “Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva. Una defensa de la teoría de la retribución de Ernst Beling”, Universidad de Chile, BARCELONA, abril de 2015, en Revista indret, www.indret.com

⁵⁷ PÉREZ BARBERÁ (2014), «Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena», InDret 4/2014, disponible en: <http://www.indret.com/pdf/1081.pdf>, p. 4.

enfocadas en la retribución o en la prevención) en la que los elementos conceptuales de la pena deben ser justificados frente al/la autor/a del delito como actos particulares y como prácticas institucionales⁵⁸.

En definitiva, las teorías *neo-retribucionistas* presentan un denominador común, una mirada retrospectiva al/la delincuente y al injusto cometido y el reconocimiento de la función expresiva o comunicativa de la pena.

Así las cosas, la determinación e imposición de la pena se realiza “por” el hecho ilícito y “para” el/la delincuente: la pena se justifica por su correspondencia al hecho delictivo. De ello se deriva el principio de proporcionalidad entre el delito y la pena y la retribución se caracteriza por la necesidad y la adecuación de la pena en atención a si se ha realizado un cuestionamiento de la vigencia de la norma y si este es grave. Estos valores se concretan en los parámetros jurídico-rationales para la determinación de la pena merecida.

En dicha inteligencia, la mirada al pasado propio de las teorías retributivas también fundamenta el principio de culpabilidad, esto es, solo puede castigarse a quien haya “cometido” un delito, siempre y cuando ese delito haya supuesto un cuestionamiento de la vigencia de la norma, lo que implica una voluntad como presupuesto de la respuesta de reproche del Derecho penal, por lo no puede haber cuestionamiento cuando no se tenga conciencia de que la acción realizada constituye tal cuestionamiento, por lo que, no obstante pueda existir un daño material concreto, no existirá un daño moral en los términos de retribución kantiana y al que el Estado deba perseguir penalmente.

Por lo tanto, se advierte que las teorías *neo-retributivas* o las teorías del merecimiento se basan en que la imposición de la pena sólo puede justificarse retrospectivamente, como un reproche a la persona por su falta de fidelidad al derecho.

A su vez, esta mirada al pasado se complementa con una mirada al futuro y a la utilidad de la pena para prevenir el delito mediante su función comunicativa.

Ahora bien, sin pretender con el presente ahondar en detalle sobre las teorías de la pena su descripción resulta fundamental en la medida que, como veremos, en la

⁵⁸ PÉREZ BARBERÁ (2014), “Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena”, InDret 4/2014, disponible en: <http://www.indret.com/pdf/1081.pdf>.

instancia de ejecución penal la que mayor impacto ha tenido es la teoría de la prevención especial, la que se relaciona a su vez, con los principios de dicho proceso.

Desarrolladas también someramente las garantías y sus implicancias, corresponde señalar las garantías procesales que permitirán la efectivizar los derechos fundamentales y que configurarían, en definitiva, un debido proceso de ejecución penal para luego analizar si en las condiciones actuales este debido proceso se ve materializado.

CAPÍTULO II

El Proceso Penal y sus Garantías

1. El Proceso Penal, Concepto, Proceso de Conocimiento, Fines y Principios

Para poder comprender la importancia de las garantías procesales debemos organizar el presente capítulo en función de lo que se entiende por proceso penal, cuáles son sus fines y, en definitiva, cuáles son principios que deben regirlo para configurar un sistema penal garantista respetuoso de los derechos fundamentales de las personas frente al poder sancionador y coactivo conferido al Estado.

1.1. *Concepto clásico. Críticas*

Alfredo Vélez Mariconde definió al proceso penal como “una serie gradual, progresiva y concatenada de actos, disciplinados en abstracto por el derecho procesal y cumplidos por órganos públicos predisuestos y por particulares obligados o autorizados a intervenir, mediante la cual se procura investigar la verdad y actuar concretamente la ley sustantiva”⁵⁹.

La concepción clásica del proceso penal ha sido cuestionada por autores reconocidos en la materia, como el gran maestro Alberto Binder, objetando que el acento se ponga en la secuencialidad de los actos procesales para definir al proceso penal, desde que ella vale para cualquier decisión que esté precedida de una etapa de adquisición de información (como puede ser también un sumario administrativo); que en el concepto esgrimido por Vélez Mariconde (y quienes han sostenido sus postulados) no se advierte jerarquización de los temas (es lo mismo el desarrollo de la estructura del juicio que los problemas administrativos de notificaciones) y que existe una aceptación acrítica de los modelos de organización judicial y la visión sacramental del proceso alejada de otras

⁵⁹ VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, tomo II, 3º Ed., 2º Reimpresión, Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba SRL, 1986, p. 114.

finalidades de protección de intereses, lo que demuestra un fuerte apego a la lógica del trámite y del expediente como estructura central del proceso penal⁶⁰.

De este modo, pese a que Binder reconoce la existencia de un “orden” o “secuencia” en el desarrollo de la actividad de la justicia penal lo que critica es que esa nota se convierta en el atributo definitorio y en el eje ordenador del conocimiento puesto que existen también otras dimensiones del proceso que deben ser tenidas en cuenta, pero si se parte del análisis secuencial el trámite y el expediente se convierten en lo central, y este es un rasgo propio de los sistemas inquisitoriales, por lo que se requiere de un cambio de enfoque a la hora de conceptualizar al proceso penal.

Propone entonces, sustituir la idea de trámite por la antinomia fundamental del proceso penal, esto es, la contraposición esencial y básica entre la búsqueda de eficacia del programa punitivo y los límites al poder punitivo que se han creado en defensa de la libertad. Este choque entre uno y otro se encuentra en la base de todo el sistema adversarial, que precisamente se organiza y se estructura a partir de esta contraposición⁶¹.

A su vez, esa antinomia fundamental se advierte en que las normas procesales deben ser vistas como herramientas de política criminal o como parte del sistema de garantías, de modo que la tensión entre ambas deberá ser interpretada de manera restrictiva si se trata de cuestiones de política criminal y de un modo expansivo en lo que respeta a las garantías⁶².

Por lo que, siendo el proceso penal la única vía admisible y presupuesto para la imposición de una pena siempre existirá la contradicción entre eficacia (relativa a que no exista impunidad) y garantías (herramientas de protección de los/as ciudadanos/as), como base de las instituciones y actos del proceso.

Con relación a la eficacia puede decirse que al criminalizar el Estado ciertas conductas busca promover efectos sociales de control y absorber la violencia para minimizarla de alguna manera. A estas dos funciones básicas de la política criminal

⁶⁰ BINDER, Alberto, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Hermenéutica del proceso penal, 1°ed., Buenos Aires, Ad-hoc, 2013, pp. 68-70.

⁶¹ BINDER, Alberto, *Derecho Procesal Penal*, p. 100.

⁶² BINDER, Alberto, *Derecho Procesal Penal*, pp. 102-103.

Binder las denomina “control de criminalidad y función pacificadora”⁶³, de modo que una parte de dicho control se realiza a través del proceso penal, por lo que el proceso se convierte en el camino ineludible para la aplicación de una pena⁶⁴.

Por otro lado, el derecho penal y el derecho procesal penal (como conjuntos normativos) se dedicarán a delimitar el ejercicio del poder punitivo, funcionando las garantías como protección del/la ciudadano/a frente al accionar del Estado.

En definitiva, se sostiene que la contradicción entre eficacia y garantías es fundamental en la construcción de un saber sobre el proceso penal, para, a su vez, propender con él a la construcción de un saber práctico partiendo de una necesaria visión de armonía entre ambos, que ponga el foco no sólo en el/a juez/a sino en las partes, en el litigio y en las condiciones en que éste se da y debe darse para lograr dicha armonía.

Por su parte, Andrés Ibañez, también critica el concepto tradicional del proceso como secuencia de actos, pues en él se persigue la determinación de hechos jurídicamente significativos que han tenido lugar o no en la realidad empírica, para lo cual es preciso acopiar información al respecto y con la máxima fidelidad al dato objetivo, por lo que las actuaciones deben llevarse adelante con plena intervención de las partes para asegurar la tendencial objetividad del juicio, encomendado a un sujeto imparcial, ajeno al caso y también de la propia investigación precedente para evitar el prejuicio, pasando a la etapa de enjuiciamiento si la investigación goza de plausibilidad, todo lo que si bien puede ser visto como una sucesión de trámites es mucho más que eso⁶⁵.

Por lo tanto, las posturas señaladas destacan la importancia de repensar el concepto tradicional del proceso penal y, en definitiva, cuáles son sus fines y modo de cumplir con ellos mediante la consagración y respeto de las garantías procesales que iremos desarrollando.

A su vez, las garantías penales que describimos en el capítulo anterior también delimitan el objeto de conocimiento del proceso penal y tienen particulares implicancias en la configuración del mismo.

⁶³ BINDER, Alberto, *Derecho Procesal Penal*, pp. 106.

⁶⁴ BINDER, Alberto, *Derecho Procesal Penal*, pp. 111.

⁶⁵ IBAÑEZ, Perfecto Andrés, *Tercero en discordia...*, p. 230

1.2. *El Proceso Penal como Proceso de Conocimiento*

El proceso es un medio de adquisición de conocimiento sobre hechos particulares, relativo a acciones humanas que interesan porque podrían ser inculpatas por lo que existe un interés objetivo en obtener sobre ellos un conocimiento de calidad. Para que ello sea posible, la dimensión jurídica de los actos procesales tiene que asegurar, garantizar, un modo de proceder esencialmente respetuoso con tales exigencias formales; a fin de que lo que se conoce en los medios jurídicos, y como la prueba, se ajuste en su desarrollo a las reglas del método hipotético-deductivo⁶⁶.

Sin embargo, se destaca que aún prevalece una concepción del proceso como una sucesión de trámites cuya regularidad aseguraría como regla la calidad de verdad de la decisión que le pone fin, lo que no sería cierto pues, de operar con tal criterio, se chocaría de entrada con el verdadero sentido de la presunción de inocencia sobre el que se articula todo el proceso, con los derechos que de éste se derivan y sus implicancias, en particular respecto al modo de actuar de los/as operadores/as judiciales, sobre los que proyecta una fuerte exigencia de neutralidad, incluido aquí el encargado de la investigación⁶⁷.

En definitiva, se propugna una concepción del proceso penal que tenga en cuenta los aspectos de política criminal y las garantías instauradas como herramientas de protección de las personas sometidas a proceso penal, es decir los intereses y tensiones que se encuentran en juego en el mismo, a fin de lograr una armonía entre ambos, intentando superar el impacto y las secuelas del sistema inquisitivo en la configuración del proceso de penal que concibe al mismo como trámite y que realiza una sacralización del expediente.

En tal sentido, el concepto de proceso penal se vincula necesariamente a las implicancias de los sistemas procesales e impacta, según el sistema que se adopte en todos sus aspectos, incluso en la propia definición o entendimiento del mismo.

1.3. *Fines del Proceso Penal e Implicancias en el Proceso de Conocimiento*

Con relación a los fines del proceso penal esgrimidos por Vélez Mariconde de investigar la verdad y actuar concretamente la ley sustantiva, Nicolás Guzmán señala que

⁶⁶ IBAÑEZ, Perfecto Andrés, *Tercero en discordia...*, p. 231.

⁶⁷ IBAÑEZ, Perfecto Andrés, *Tercero en discordia...*, p. 234.

a dicha concepción tradicional se debe adicionar como fin del proceso el respeto de los derechos fundamentales⁶⁸, desde que la persona sometida a proceso penal (imputado/a o sospechado/a de cometer un delito) ha sido reconocida por la normativa constitucional y convencional como titular de atributos que emanan de su condición de persona humana, de su dignidad inherente, por lo que se le reconocen derechos como tal y se los debe proteger durante el proceso penal.

De modo que no puede pensarse en un proceso que sólo propenda a la búsqueda de la verdad sin que ello tenga como contrapartida la necesidad de que dicho proceso también propenda al respecto de las garantías fundamentales.

Como describimos en el capítulo anterior las garantías penales funcionan como un límite al poder del Estado y circunscriben la búsqueda de la verdad en el proceso penal ya que verdad, es como tal, sobre un acontecimiento que luego se transforma en proposiciones fácticas y, por lo tanto, susceptibles de verificación⁶⁹, por lo que esta verdad es inescindible de la idea de “hecho”.

En definitiva, la hipótesis acusatoria tendrá como núcleo a la conducta que será el objeto de prueba, *thema probandum* en el juicio.

A su vez, tal como sostiene Ibañez si bien lo imputado es el hecho principal jurídicamente relevante, posiblemente constitutivo del supuesto previsto en un tipo penal y, en tal caso, subsumible; el hecho propiamente típico, no será el único que cuente en el proceso desde que también interesan otros hechos no tipificados pero que gocen de aptitud para servir como premisas de las que resulte posible inferir elementos probatorios que informen sobre el hecho principal y contribuyan a identificarlo lo que deberá comprobarse con la prueba de los mismos, mediante lo cual se puede establecer con certeza práctica que algo ha acontecido o no de una cierta manera⁷⁰.

De este modo, los hechos o proposiciones fácticas sujetas a verificación también deberán analizarse en base a los “requisitos de verificabilidad” que tienen como base al concepto de hecho o acto, es decir, a la garantía de materialidad de la acción, al principio

⁶⁸ GUZMÁN, Nicolás, *La verdad en el proceso...*, p. 122.

⁶⁹ BINDER, Alberto, *Elogio de la audiencia oral y otros ensayos*, colección “Conceptos fundamentales del sistema acusatorio”, México, Nuevo León, 2014, p. 23.

⁷⁰ IBAÑEZ, Perfecto Andrés, *Tercero en discordia...*, p. 267.

de legalidad (en tanto se juzgarán hechos establecidos en la ley como conductas prohibidas), al principio de culpabilidad en la medida que requiere del aspecto subjetivo, reprochable a la persona, al de lesividad, y el principio de necesidad y humanidad, entendido el derecho penal como *ultima ratio*.

Por lo tanto, los requisitos de verificabilidad son aquellos sobre lo cual es necesario atribuir valor de verdad pero esa construcción de la verdad está sometida a reglas de actuación que buscan evitar la arbitrariedad, la sorpresa, la manipulación, lo que no resulta posible sin las llamadas “condiciones de verificación”, es decir requisitos, formas y normas de actuación que regulan el modo, al cómo se construye esta verdad y a quien le corresponde⁷¹.

En este sentido encontraremos las garantías referidas al proceso penal, los sujetos intervinientes y el juicio previo, con sus correspondientes características.

A su vez, teniendo en cuenta que la verdad se construye desde y hacia un relato; es decir, se trata de hallar información básica en datos que aportan los órganos de prueba, para después crear el relato final que se encuentra en la sentencia, y al cual, los/as jueces/zas le atribuyen valor de verdad es a lo que se denomina “reglas de comprobación”, cuya función es evitar que la información llegue distorsionada o manipulada y, por otra, establecer un conjunto de reglas que le dan guía y certeza a la construcción del relato final⁷².

En efecto, también debe establecerse el cómo construir esa verdad. Según Binder, son las condiciones de verificación las que cumplen esa función en la medida que establecen ciertas exigencias sobre el modo de verificar, entre las que incluye la de imparcialidad e independencia del juzgador⁷³, el principio de contradicción en referencia al derecho de contradecir la acusación, que a su vez implican el derecho a una acusación única, cierta y completa, el derecho de defensa o el derecho a ser tratado como inocente, lo que se completa con la publicidad sobre el que se debe estructurar el juicio previo⁷⁴,

⁷¹ BINDER, Alberto, *Elogio de la audiencia...*, p. 24.

⁷² BINDER, Alberto, *Elogio de la audiencia ...*, pp. 24-25.

⁷³ BINDER, Alberto, *Elogio de la audiencia ...*, p. 27.

⁷⁴ BINDER, Alberto, *Elogio de la audiencia ...*, p. 29.

destacando que “solo la oralidad, la intermediación, la concentración, la continuidad, es decir, las formas de la oralidad en sentido amplio, son los únicos modos hasta el presente, que garantizan las condiciones de verificación”⁷⁵, lo que se advierte con mayor fuerza y vigencia en los sistemas estructurados conforme a las implicancias del sistema acusatorio.

Finalmente, el sistema de garantías se completa con la tercera dimensión denominada: “Reglas de comprobación”. Las proposiciones fácticas deben ser verificadas siguiendo ciertas directrices, por lo que todo el proceso de reconstrucción de los relatos es lo que se conoce como reglas de prueba, lo que se inicia mediante la formación de los medios de prueba hasta las correspondientes reglas de valoración de la misma y la exigencia de fundamentación de la sentencia para garantizar el derecho de defensa⁷⁶.

Por lo tanto, la búsqueda de la verdad estará sujeta y delimitada por el respeto de las garantías penales y de las garantías procesales, por lo que la doctrina más moderna en la materia refiere que estamos ante una verdad formal, procesal o relativa.

Vemos entonces, que puesto en marcha el proceso penal por alguna de las formas previstas en nuestro código procesal el proceso penal puede dividirse en tres grandes etapas: una de investigación que tiene en vistas incorporar elementos suficientes que permitan someter a la persona a juicio o por el contrario sobreseerla (es decir tiene en miras la realización del mismo), una etapa intermedia para debatir la viabilidad del juicio y en su caso purificar su iniciación, y finalmente la del juicio, esta última es naturalmente la más importante, y, dentro de ella a su vez la del debate oral⁷⁷.

Se parte de un estado convictivo de duda que deberá ir esclareciéndose a lo largo del proceso, en cada una de sus etapas, es decir, a mayor avance menos duda y mayor convencimiento.

Sin embargo, en caso de no lograrse la certeza necesaria ello implicará la necesidad de sobreseer o absolver a la persona imputada.

⁷⁵ BINDER, Alberto, *Elogio de la audiencia ...*, p. 30.

⁷⁶ BINDER, Alberto, *Elogio de la audiencia ...*, pp. 30-31.

⁷⁷ JAUCHEN, Eduardo M., *Estrategias de litigación penal oral*, 1ra. Ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2020, pp. 23-24.

Claramente la persona tampoco puede ser perseguida *in eternum* por el Estado sino que además dicho proceso deberá llevarse adelante en un plazo razonable.

Ahora bien, si la hipótesis acusadora se basa en prueba verificable y refutable por la defensa y luego esta es comprobada por el/la juez/a y cuenta con la certeza subjetiva de culpabilidad el proceso finalizará con el dictado de una sentencia condenatoria, por lo que, en definitiva, para que ésta sea válida presupone que se haya comprobado la verdad de la hipótesis acusatoria⁷⁸.

Por último, si el proceso penal deriva en la imposición de una sentencia condenatoria a pena privativa de libertad y comienza la ejecución de la misma, cabe preguntarse ¿podemos hablar aquí de otra etapa del proceso penal o esta nueva instancia consistirá en un proceso independiente de aquél con sus propias normas, métodos y fines?, pues según la postura que se adopte serán distintas las consecuencias.

Si bien tal dicotomía será desarrollada en el capítulo siguiente, adelanto mi postura en el sentido de que *a priori*, la instancia de ejecución consiste en un proceso independiente del proceso de conocimiento penal, es decir, no es una etapa del mismo, sin embargo, tal postura no implicará que los principios y garantías que lo rigen no puedan ser adecuados al proceso de ejecución a fin de configurar un debido proceso que resguarde y respete los derechos de las personas condenadas y privadas de su libertad.

Para ello debemos analizar primero las garantías procesales y sus implicancias.

2. Garantías Procesales

En la medida que el proceso penal también tiene la finalidad de que se respeten los derechos y garantías fundamentales con las que cuentan las personas a las cuales persigue penalmente y que funcionan como límites al *ius puniendi* estatal, resulta necesario analizar cuáles son, en definitiva, las garantías procesales.

En este sentido Ferrajoli realiza una clasificación de las garantías procesales consistentes en *nulla culpa sine iudicio* (principio de jurisdiccionalidad, también en sentido lato o en sentido estricto), *nullum iudicium sine accusatione* (principio acusatorio

⁷⁸ GUZMÁN, Nicolás, *La verdad en...*, p. 123.

o de la separación entre juez y acusación), *nulla accusatio sine probatione* (principio de la carga de la prueba o de verificación) y *nulla probatio sine defensione* (principio del contradictorio, o de la defensa, o de refutación)⁷⁹.

2.1. *Principio de Jurisdiccionalidad*

Como vimos en el capítulo anterior, para que pueda imponerse una pena se requiere de la comisión de un hecho unívocamente descrito y denotado como delito por la ley y luego en hipótesis de la acusación dentro del proceso, de modo que resulte susceptible de prueba o de confutación judicial ante un órgano jurisdiccional, independiente e imparcial, establecido con anterioridad al hecho del proceso que resolverá la pretensión.

Por lo tanto, esta garantía puede ser entendida “en sentido lato” si el juicio viene solamente requerido por el conjunto de las garantías penales o sustanciales y “en sentido estricto” si va acompañada de otras garantías procesales siendo el juicio el que reclama todo el conjunto de las otras garantías procesales o instrumentales (reflejo del nexo específico entre ley y juicio en materia penal) de modo que estricta jurisdiccionalidad y estricta legalidad se presuponen recíprocamente y valen en su conjunto para definir y garantizar el carácter cognoscitivo de un sistema penal⁸⁰.

La estricta jurisdiccionalidad de las penas exige que tanto su naturaleza como su medida sean determinadas e impuestas por el/la juez/a, en la forma y con las garantías propias del juicio penal (*nulla poena sine iudicio*)⁸¹ y es por ello que supone la forma acusatoria del proceso⁸² y se integra por las demás garantías procesales referidas.

A su vez, corresponde distinguir entre garantías *orgánicas* (relativas a la formación del/a juez/a, colocación institucional, características, separación con la acusación) y garantías *procesales* (relativas a la formación del juicio) siendo éstas últimas

⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón* ..., p. 93.

⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*..., p. 538.

⁸¹ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*..., p. 719.

⁸² FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*..., p. 539.

las correspondientes a la jurisdiccionalidad en sentido estricto⁸³, para luego analizar la función del órgano jurisdiccional.

2.1.1. La Jurisdicción y su Función de Garantía

Al establecer que las personas deben ser “juzgadas” por jueces/as, se deja claramente establecido que sólo tienen “jurisdicción” para llevar adelante el “juicio previo” y aplicar el Código Penal, los tribunales federales o provinciales que integran el Poder Judicial (art. 75, inc. 12 CN).

Los tratados incorporados a la carta magna por el artículo 75, inciso 2 coinciden en general con el derecho a ser juzgado/a por un/a juez/a o tribunal competente, independiente e *imparcial*, establecido con *anterioridad* por la ley⁸⁴, es decir, por el/la juez/a natural.

Dichos principios se ven plasmados en la totalidad de los códigos procesales penales vigentes en el país, conteniendo una redacción similar al artículo 1 del C.P.P. de Mendoza que establece que “nadie podrá ser penado sin juicio previo conforme a las disposiciones de este código ni juzgado por otros jueces que los designados de acuerdo con la Constitución y competentes, ni considerado culpable mientras una sentencia firme no lo declare tal”⁸⁵.

En definitiva, allí se garantiza que nadie será juzgado/a por organismos jurisdiccionales creados para intervenir especialmente en la investigación o juzgamiento del delito que se le imputa a la persona después de que se haya cometido la conducta prohibida.

A su vez, el juez debe ser *independiente*, requisito actualmente expresado en el artículo 114, inc. 6, de la Constitución Nacional y en la fórmula utilizada en los tratados citados, lo que demuestra que es tributario de la garantía de imparcialidad, y se encuentra a su mismo nivel.

⁸³ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, pp. 539-540.

⁸⁴ CADH art. 8.1, y PIDCP art. 15.1.

⁸⁵ C.P.P. de Mendoza, Ley 6730, art. 1.

En efecto, se refiere a la independencia del Tribunal respecto de todo tipo de poder, presión política o social o injerencia que implique o pueda implicar un desequilibrio indebido sobre los intereses de alguna de las partes⁸⁶.

En adición, la requerida *imparcialidad* del/la juez/a es la condición de tercero/a desinteresado/a, es decir, la de no ser parte, ni tener prejuicios a favor o en contra, ni estar involucrado/a con los intereses del/la acusado/a ni del/la acusador/a o de la víctima, ni comprometido/a con sus posiciones, ni vinculado/a personalmente con éstos, debiendo ser neutral respecto de las hipótesis (acusatoria o defensiva)⁸⁷, para lo que debe asegurarse la *real igualdad de posibilidades entre acusación y defensa* para que cada una pueda procurar –mediante afirmaciones y negaciones, obtención, ofrecimiento y control de pruebas de cargo y de descargo, y alegaciones sobre la eficacia conviccional de todas ellas- a efectos de que dicha situación de igualdad inicial desemboque en una resolución que se incline por su pretensión⁸⁸.

De modo que, tal como sostiene Ibañez, la función jurisdiccional es una función de garantía que requiere de un/a juez/a que trata la causa de la manera más objetiva posible, siendo éste el único modo de obtener un conocimiento de calidad, por lo que la independencia es a la imparcialidad lo que ésta a la tendencial objetividad del juicio.

A su vez, en la actualidad resulta patente que los valores constitucionales de independencia e imparcialidad guardan entre sí una relación conceptual, desde que la independencia mira a garantizar lo que en realidad es una forma de imparcialidad, de modo que el/la juez/a no actúe como parte política del proceso en perjuicio de la exclusiva sujeción a la ley.

Para explicar la relación que existe entre la independencia y la imparcialidad, Ibañez cita a Roberto Romboli y Saulle Panizza, quienes sostienen que entre la independencia y la imparcialidad existe una relación asimilable a la existente dentro de una serie de cajas chinas, en la que hay una más grande que es la de la independencia externa, luego otra más pequeña, la de la independencia interna, y una aún más pequeña, que es la de la imparcialidad, y todas ellas tienden a la persecución y a la realización del

⁸⁶ CAFFERATA NORES, José Ignacio *Proceso penal y derechos...*, pp. 41-42.

⁸⁷ CAFFERATA NORES, José Ignacio *Proceso penal y derecho...*, pp. 37-38.

⁸⁸ CAFFERATA NORES, José Ignacio *Proceso penal y derechos...*, p. 41

valor que representa el núcleo esencial contenido en las cajas, que es precisamente la libertad del/la juez/a en el momento del juicio⁸⁹.

Por lo tanto, se mantiene entre la independencia y la imparcialidad una relación de funcionalidad del primero respecto del segundo y de ambos al principio de legalidad, es decir, de sujeción del/la juez/a solo a la ley.

Así las cosas, la independencia se relaciona con la posición de la magistratura en el marco estatal y con la del juez en el contexto orgánico (garantía de carácter orgánico) brindando la posibilidad de la imparcialidad (garantía de naturaleza procesal) aunque no bastante desde que un/a juez/a o tribunal no políticamente condicionado en el ejercicio de su función, podría al mismo tiempo no estar en posición de equidistancia en la relación con las partes procesales y con el objeto del juicio⁹⁰.

De este modo, y tal como señala Guzmán, la imparcialidad del/la juez/a configura una garantía de verdad⁹¹.

A efectos de remover al/la juez/a que no presente dichas características los códigos procesales del país al igual (o en sentido similar) que nuestro C.P.P. en su artículo 72⁹²

⁸⁹ IBAÑEZ, Perfecto Andrés, *Tercero en discordia...*, p. 216.

⁹⁰ IBAÑEZ, Perfecto Andrés, *Tercero en discordia...*, p. 216.

⁹¹ GUZMÁN, Nicolás, *La verdad en...*, p. 143.

⁹² C.P.P. Mza., Art. 72- Motivos de inhibición. 1) Cuando hubiera actuado como miembro del Ministerio Público Fiscal, defensor, mandatario, denunciante o querellante, como perito o conociera el hecho investigado como testigo. Cuando deba juzgar y en el mismo proceso hubiera pronunciado o concurrido a pronunciar sentencia o hubiera intervenido resolviendo la situación legal del imputado. 2) Si fuere pariente, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, de algún interesado. 3) Cuando él o alguno de sus parientes en los grados preindicados tengan interés en el proceso. 4) Si fuera o hubiera sido tutor o curador; o hubiera estado bajo tutela o curatela de alguno de los interesados. 5) Cuando él o sus parientes, dentro de los grados referidos, tengan juicio pendiente iniciado con anterioridad, o sociedad o comunidad con alguno de los interesados, salvo la sociedad anónima. 6) Si él, su esposa, padres o hijos, u otras personas que vivan a su cargo, fueren acreedores, deudores o fiadores de alguno de los interesados, salvo que se tratare de bancos oficiales o constituidos por sociedades anónimas. 7) Cuando antes de comenzar el proceso hubiera sido denunciante, querellante o acusador de alguna de las partes, o denunciado, querellado o acusado, o acusado ante el Jury de Enjuiciamiento o impugnado ante el Honorable Senado al momento del tratamiento de su pliego para el acuerdo por ellos, salvo que circunstancias posteriores demostraren armonía entre ambos. 8) Si hubiera dado consejos o manifestado extrajudicialmente su opinión sobre el proceso. 9) Cuando tenga amistad íntima o enemistad manifiesta con alguno de los interesados. 10) Si él, su esposa, padres o hijos, u otras personas que vivan a su cargo, hubieran recibido o recibieran beneficios de importancia de alguno de los interesados, o si después de iniciado el proceso, él hubiera

establecen distintos motivos de inhibición o recusación a efectos de garantizar la intervención de un/a juez/a imparcial (imparcialidad subjetiva u objetiva referida a que no haya tomado conocimiento con el caso previamente).

Por otra parte, para que pueda existir imparcialidad en el/la juzgador/a deben darse de igual modo, todas las garantías del proceso contradictorio: sin partes con sus correspondientes derechos y en un plano de igualdad no hay juez/a imparcial⁹³.

En definitiva, el proceso penal debe contar con un/a juez natural, independiente e imparcial, funcionando dicha garantía como condición de verificación.

A su vez, para que el/la juez/a pueda ser imparcial debemos remitirnos a uno de los postulados del sistema acusatorio, la separación entre juez/a y acusación, es decir, de roles y funciones entre quien investiga, impulsa y tiene a su cargo la pretensión penal, la acción correspondiente y sobre quien recae la carga de la prueba; y el/la juez/a, que resuelve sobre la base de igualdad de armas la pretensión incoada por el órgano acusador y resistida por la defensa y el/la imputado/a, para lo cual resulta imprescindible la realización del *juicio previo*.

2.1.2. El Juicio Previo

En efecto el sistema constitucional no sólo establece como limitación subjetiva al poder estatal “quién” puede aplicar una pena a un/a ciudadano/a (un/a juez/a del Poder Judicial, natural, imparcial e independiente) sino que estatuye que “nadie podrá ser penado sin *juicio previo* fundado en ley anterior al hecho del proceso”⁹⁴.

Ello importa la consagración del proceso penal previo como condición ineludible para la realización del derecho penal⁹⁵, el derecho a ser juzgado/a⁹⁶, siendo el juicio el

recibido presentes o dádivas, aunque fueran de poco valor. 11) Cuando mediare violencia moral u otras circunstancias que, por su gravedad, afectaren su imparcialidad. (Texto s/Ley 9040 B.O 9/2/18).

⁹³ IBAÑEZ, Perfecto Andrés, *Tercero en discordia...*, p. 220.

⁹⁴ C.N. art. 18; Constitución de la Provincia de Mendoza, art. 25.

⁹⁵ PIDCP, art. 14.1 y 3.e,

⁹⁶ CADH, art. 8.5; PIDCP, art. 14.3.c.

único modo de sustanciar⁹⁷ y examinar una acusación contra una persona por la comisión de un delito⁹⁸.

Por lo tanto, la garantía del “juicio previo” significa, no sólo que el juicio debe preceder inevitablemente a la pena, sino que –además– no puede imponerse una pena por fuera del juicio, ni el proceso puede configurar una pena en sí mismo, sea por la utilización de la prisión preventiva como sanción anticipada, sea por su repercusión social estigmatizante⁹⁹.

Sin embargo, para cumplir con los lineamientos propios de un sistema garantista debe establecerse un proceso que tenga en miras la realización del *juicio previo, oral y público*.

2.2. Principio Acusatorio o de la Separación entre Juez/a y Acusación

2.2.1. Antecedentes del Sistema Acusatorio

A lo largo de la historia se han implementado diversos modelos de enjuiciamiento para el logro de los fines del proceso penal.

En el Derecho germano antiguo (siglo VII y anteriores) el sistema de enjuiciamiento tenía como nota distintiva que se trataba de un sistema acusatorio privado, estaba más dirigido a buscar la razón de los contendientes que averiguar la verdad histórica, no había separación entre infracciones civiles y penales, toda infracción era considerada un quebranto a la paz comunitaria, se autorizaba a la víctima o su familia a restablecer la paz mediante el combate, la guerra o la venganza familiar, lo que abrió paso a la institución de la composición, por lo que si se acordaba la reparación del conflicto (sea por enmienda del agresor o reparación económica) el/la ofendido/a recupera su personalidad jurídica, lo que solo aplicaba para los casos de crímenes más leves, en los más graves no era aplicable, de modo que el poder judicial sólo actuaba de manera secundaria, cuando no se daba la composición privada, y se trataba de un proceso

⁹⁷ PIDCP art. 14.1.

⁹⁸ CAFFERATA NORES, José Ignacio *Proceso penal y derechos...*, p. 111.

⁹⁹ Comisión IDH, Informe 78/02, caso 11.335, del 27/12/2002 “El derecho a un juicio justo constituye uno de los pilares fundamentales de una sociedad democrática. Este derecho es una garantía básica del respeto de los demás derechos reconocidos en la Convención, debido a que representa un límite al abuso del poder por parte del Estado”.

acusatorio, la acusación estaba en manos de particulares, que sesionaba públicamente, presidida por un juez¹⁰⁰.

En el periodo franco (a partir del siglo VIII) se advierten ciertas variantes al sistema de enjuiciamiento, especialmente la idea de infracción como infracción a la paz del rey acorde a la creciente organización monárquica y el acuerdo sobre la enmienda o conciliación se presenta más como una obligación¹⁰¹.

La primera parte de la Edad Media produjo otras variaciones, desde que hay una mayor división entre el poder político y el poder de la Iglesia, ganando la jurisdicción eclesiástica un terreno considerable y la labor judicial se traslada a espacios cerrados, la prueba ya se refiere a un método de reconstrucción del acontecimiento sujeto a discusión, mayor intervención del juez. En conclusión, el sistema germano, en líneas generales, se caracterizó por contar con un tribunal popular, la persecución está en manos del ofendido, la publicidad y la oralidad del juicio, la prueba se refiere a dirimir subjetivamente la contienda y la decisión es inimpugnable¹⁰².

Por otro lado, el derecho griego superó la concepción privada del delito, los dividió en públicos y privados, e introduce para los públicos el sistema de enjuiciamiento la acusación popular, cuya facultad de perseguir en nombre del pueblo, era acordada a cualquier ciudadano, como principio el acusado permanecía en libertad durante el proceso, y se daba en marco de la publicidad y oralidad del juicio. Sin embargo, admite la tortura y los juicios de Dios como medios de realización probatoria y la prueba se valora según la íntima convicción.

En la República Romana, quien ponía en marcha el *ius puniendi* no era un funcionario del Estado sino un particular, un ciudadano, que acusaba a otro, el proceso era entendido como una disputa de particulares que preveía el derecho de defensa, se realizaba de manera oral y pública, y resolvía un jurado¹⁰³.

¹⁰⁰ MAIER, Julio B., *Derecho procesal penal, Tomo I, Fundamentos*, 2º ed., Editores del Puerto S.R.L, Buenos Aires, 2004, pp. 264-266.

¹⁰¹ MAIER, Julio B., *Derecho procesal penal...*, p.267.

¹⁰² MAIER, Julio B., *Derecho procesal penal...*, pp.267-268.

¹⁰³ MAIER, Julio B., *Derecho procesal penal...*, pp. 272 y stes.

De este modo, el sistema acusatorio fue la forma primitiva en los juicios criminales y se basa en el principio de que nadie puede ser llevado a juicio sin una acusación, siendo sus caracteres la plena publicidad de todo el procedimiento, la libertad personal del acusado hasta la sentencia definitiva, la paridad absoluta del derecho y poderes entre el acusador y el acusado, la pasividad del juez en el recogimiento de las pruebas, sean de cargo y de descargo¹⁰⁴.

2.2.2. Sistema Inquisitivo

Como refiere Maier, el modelo de enjuiciamiento inquisitivo recorrió seis siglos de la historia continental europea, desde el siglo XIII donde comienza a arraigarse hasta el siglo XVIII, donde comienza su decadencia, aunque dejando huellas que perduran hasta nuestros días¹⁰⁵.

Ya en el siglo XII se produce una modificación del derecho canónico y se introduce la inquisición como forma de investigar la mala conducta de los clérigos. Sin embargo, así se empieza a diagramar un procedimiento penal que puede ponerse en marcha con la denuncia anónima, incluso con el clamor popular, en el que la investigación es el eje central, y que si bien en sus comienzos se llevaba adelante por los obispos o eclesiásticos luego se le asigna a un cuerpo de monjes permanentes que dependen de la autoridad papal, y en cuyo procedimiento ya no rige la publicidad, oralidad, es secreto, por escrito, donde el acusado es objeto de prueba y el proceso se erige bajo la necesidad de búsqueda de la verdad histórica, por lo que se utilizaba la tortura y la confesión era considera un fin del proceso¹⁰⁶.

Pero, será en el siglo XVI cuando se consolida el sistema inquisitorial como el nuevo modelo judicial de los Estados-Nación, administrados por la monarquía absoluta, teniendo las siguientes características: nace el concepto de infracción, donde al conflicto primario entre partes se superpondrá otro, más fuerte y principal, que es el pleito entre el infractor y el monarca, es decir, la relación de desobediencia¹⁰⁷; se abandonan las formas

¹⁰⁴ CARBONE, Carlos, *Principios y problemas del proceso penal adversarial*, 1ª ed Revisada, Santa fe, Rubinzal-Culzoni, 2019, p. 24.

¹⁰⁵ MAIER, Julio B., *Derecho procesal penal...*, p. 288.

¹⁰⁶ MAIER, Julio B., *Derecho procesal penal...*, pp. 291-293.

¹⁰⁷ BINDER, Alberto, *El elogio de audiencia...*, p. 49.

adversariales propias del derecho romano y germánico, y se adapta el funcionamiento del sistema judicial, a la preeminencia de la relación de desobediencia¹⁰⁸; el proceso es llevado adelante por funcionarios y magistrados jerarquizados, se adopta la forma escrita y secreta, donde el infractor es visto como un objeto que debe ser transformado (cosificación, despersonalización)¹⁰⁹; falta de defensa del imputado y búsqueda de la confesión; el proceso tiene como fin la averiguación de la verdad histórica o real y confusión entre el órgano encargado de acusar y el órgano decisor (entre otras).

2.2.3. Sistema Mixto

Debido a las críticas que recibe el sistema inquisitivo¹¹⁰ se intentan implementar otros modelos de enjuiciamiento, surgiendo así el llamado modelo mixto, donde la etapa de investigación permanece escrita, pero se instaura la necesidad del juicio oral.

El Código francés de 1808 sirvió de modelo para la reforma del sistema inquisitivo en Europa continental. A impulso de la expansión de la ideología revolucionaria, republicana, por una parte, y de la dominación napoleónica, por la otra, el movimiento reformista alcanzó carácter general durante el transcurso del siglo XIX, periodo durante el cual, prácticamente, la transformación alcanzó a todas las leyes procesales penales en el ámbito territorial indicado. El nuevo sistema dio en llamarse sistema inquisitivo reformado o sistema mixto¹¹¹.

El sistema mixto se caracteriza por un regreso a la jurisdicción, la persecución penal es la regla, se reconoce la dignidad de la persona imputada, la facultad de contar con defensa desde el comienzo del procedimiento, se suprimen los métodos crueles de investigación para el alcance de la verdad, se elimina la valoración legal de los medios de prueba y se adopta o la íntima convicción para los casos de jurados populares o de la libre convicción para los demás, el procedimiento se divide en tres fases, la investigación preliminar (etapa escrita), la etapa intermedia y la etapa de juicio (oral y público).

¹⁰⁸ BINDER, Alberto, *El elogio de audiencia...*, p. 50

¹⁰⁹ BINDER, Alberto, *El elogio de audiencia...*, p. 51

¹¹⁰ BINDER, Alberto, *El elogio de audiencia ...*, pp. 54-55.

¹¹¹ MAIER, Julio B., *Derecho procesal penal...*, pp. 364-365.

En nuestro país, fue con la sanción de la Constitución de 1853-1860 que se advierte la adopción definitiva de una ideología liberal y republicana para el ejercicio del poder estatal y bajo una organización federal, lo que tiene gran influencia en el derecho procesal penal con la consagración de garantías individuales, la organización de la justicia y los juicios por jurados¹¹².

Sin embargo, el Código Procesal Criminal Nacional sancionado posteriormente toma como base la legislación española (ya derogada al momento de su sanción) y replicaron los procedimientos netamente inquisitivos que ella preveía¹¹³.

Es el Código de Procedimiento Penal para la Provincia de Córdoba promulgado en 1939 el que representa el primer paso de la reforma procesal penal en la República Argentina, similar a la que se llevó a cabo casi un siglo antes en Europa continental y constituye el primer intento serio de acomodar las formas procesales vigentes a la idea política que traduce la CN -y la de esa provincia- y la verdadera introducción del sistema mixto o inquisitivo reformado en nuestro país¹¹⁴.

Aquí, la jurisdicción penal está integrada por jueces/zas profesionales, la etapa de la investigación se encuentra en manos del/la juez/a de instrucción, se organiza el ministerio público como órgano encargado de la persecución penal para los delitos de acción pública, y es quien monopoliza este poder, la persona imputada y el derecho de defensa toman mayor preponderancia, por regla en el procedimiento común la instrucción preparatoria es dirigida por la judicatura, y excepcionalmente por el ministerio público, siendo todos estos actos insuficientes para fundar una sentencia en la medida que, en principio, deberán producirse en el juicio oral, donde la prueba será valorada conforme a la libre convicción o sana crítica racional.

El ejemplo del CPP de Córdoba se expandió rápidamente. Con algunas modificaciones dio lugar a la sanción de los códigos de las provincias de Santiago del Estero (1941), La Rioja (1950), Mendoza (1950), Jujuy (1950), Catamarca (1959), San

¹¹² MAIER Julio B., *Derecho procesal penal...*, p. 399.

¹¹³ MAIER, Julio B., *Derecho procesal penal...*, p. 407.

¹¹⁴ MAIER, Julio B., *Derecho procesal penal...*, p. 415

Juan (1961), Salta (1961), La Pampa (1964), Entre Ríos (1969), Corrientes (1971), Chaco (1971) y San Luis (1947).¹¹⁵

Posteriormente, ya en la década de los '90, comienza un nuevo proceso de reforma de los códigos de procedimientos, comenzando con la sanción del Código Procesal Penal de Córdoba y del Código Procesal tucumano, los que restringen la actividad probatoria del juez en la etapa del juicio y fundamentalmente ponen en cabeza del fiscal la investigación penal preparatoria, siendo el/la juez/a, sólo juez o jueza de control de garantías de las actividades que despliega el Ministerio Público. Respecto a la producción de prueba si bien ello se da en el debate aún se advierten normas muy flexibles en cuanto a la escritura de actas en el mismo.

De modo que en la provincia de Mendoza hasta la sanción de la ley 6.730, se implementaba un sistema Mixto, en el que la investigación se encontraba a cargo de un/a juez/a de instrucción donde el proceso era secreto para la sociedad y sólo el Juicio era un oral y público.

2.2.4. Sistema Acusatorio

Vemos entonces que, solo hacia el final del siglo XX, se renueva la preocupación republicana por la administración de justicia y se postula un modelo de enjuiciamiento penal conforme a las reglas del sistema acusatorio y que requiere de esa separación entre acusador/a y el/la juez/a que no contempla el sistema inquisitivo, al punto que Ferrajoli señala la separación de estos sujetos como el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio.

En consonancia sostiene Carbone que la principal característica del sistema acusatorio consiste en “la total separación de la investigación a cargo del fiscal, controlando las garantías constitucionales un juez imparcial e *imparcial* y acusando el mismo ante un tribunal o juzgado unipersonal que tramitará el juicio oral y público”¹¹⁶.

2.2.4.1. Separación de Roles entre el Órgano Acusador y el Órgano Decisor

Las implicancias de este modelo se refieren fundamentalmente a la separación de roles de los actores del proceso penal, pues tenemos, por un lado, el órgano encargado de

¹¹⁵ MAIER, Julio B., *Derecho procesal penal...*, pp. 418-421.

¹¹⁶ CARBONE, Carlos, *Principios y problemas...*, p. 24.

la investigación (carga de la prueba) y acusación, la defensa del/la imputado/a junto a éste y por último el órgano decisor, que se presenta como tercero imparcial frente al pedido de las partes, lo que configura además un derecho consagrado constitucional y convencionalmente.

Con relación a ello sostiene Binder existe una gran diferencia entre cómo ha tratado este tema el modelo inquisitorial y cómo se manifiesta en un modelo de justicia republicana, puesto que en el primero, el juez ha utilizado la idea de verdad como motor de búsqueda material o histórica, convirtiéndolo en un gestor de intereses, lo que no resulta aplicable en un sistema republicano donde “debe ser tan fuerte el compromiso del juez con la verdad que jamás debe buscarla”¹¹⁷.

El principio básico consiste, entonces, en el deber del órgano acusador de probar la verdad de sus acusaciones (tienen la carga probatoria) y si no cumple la solución debe ser la absolución.

A su vez, esta concepción del papel de la verdad y del compromiso del/la juez/a republicano/a con ella, funda toda la lógica del sistema de garantías cuya finalidad no es otra que proteger a los/as ciudadanos/as de los abusos del poder estatal.

Ahora bien, puede sostenerse que el sistema acusatorio encuentra sustento en la Constitución Nacional Argentina y también en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, para luego proyectarse en el C.P.P. de Mendoza y en los demás códigos procesales provinciales. Así, con la sanción de la Ley 6.730 la tarea de investigar se pone cabeza de la fiscalía y el/la juez/a que antes tenía a su cargo la investigación es Juez/a de Garantías, contribuyendo a dotarlo/a de imparcialidad frente a la acusación y la defensa.

En este sentido, el Ministerio Público Fiscal es quien representa el interés del Estado en la persecución penal y correspondiente sanción; y es el encargado de dirigir la investigación penal y aportar prueba que sustente su acusación y que permita destruir el estado de inocencia del que gozan todas las personas hasta que una sentencia firme manifieste lo contrario; aunque debe actuar como un órgano objetivo, siendo el titular de la acción penal en los delitos de acción pública, por lo que es quien puede disponer de la misma.

¹¹⁷ BINDER, Alberto, *El elogio de la audiencia...*, pp. 20-21.

2.2.4.2. Principios del Juicio Oral y Público

En cuanto a la etapa de investigación penal esta se debe llevar adelante teniendo en vista o como norte la realización del juicio, oral, público, contradictorio, y en inmediación con las partes, en el que mediante la prueba allí producida y con el nivel de convicción que se requiere, se resuelva o ponga fin al proceso incoado mediante la emisión de una sentencia, ello a fin de garantizar el derecho de imparcialidad referido, el derecho de defensa, el derecho a ser oído/a y en definitiva el derecho al debido proceso, consagrados todos ellos en la Constitución Nacional, Tratados Internacionales de Derechos Humanos, en el Código Procesal Penal y diversas leyes provinciales.

El juicio oral y público se presenta como otra característica distintiva de este sistema, y es en esta etapa donde se materializa el contradictorio, pues la prueba (admitida previamente) se debe producir oralmente y en forma directa por los/las involucrados/as, es decir, como regla esta actividad no puede suplirse por la lectura de actas, informes o declaraciones, lo que permite que las partes interroguen o conainterroguen a los/las testigos o realicen el examen o contraexamen de peritos y confronten posiciones.

De modo que, tal como señala Eduardo Jauchen, en la etapa del debate es donde se realiza la confrontación directa, inmediata, oral y pública, entre las partes que postularon pretensiones diferentes; donde tendrán oportunidad de producir la prueba que haga a sus derechos, contradecir la tesis contraria y viceversa, expresar sus opiniones, controlar la producción de la prueba ofrecida por la parte contraria y en definitiva alegar sobre las mismas¹¹⁸.

Se requiere entonces, el contacto directo y permanente entre el tribunal, las partes y los órganos de prueba que se introduzcan al mismo a efectos que pueda realizarse el control mutuo del material probatorio como única forma de lograr con mayor eficacia el conocimiento de la información que hace al objeto del proceso.

Ello exige, a su vez, la vigencia del principio de la plena igualdad entre quien acusa y quien resiste, conforme imponen los instrumentos internacionales incorporados en el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, para lo que se requiere que el sistema se organice de modo que la parte acusadora tenga a su cargo la acreditación de la

¹¹⁸ JAUCHEN, Eduardo M., *Estrategias de litigación penal oral*, 1ra. Ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2020, pp. 23-24.

existencia del hecho y la responsabilidad penal atribuida al/la imputado/a, y que éste tenga plena libertad de defensa y absoluta posibilidad de ofrecimiento, producción, contralor y alegación sobre el material probatorio¹¹⁹, posibilidad de proponer peritos, recursos suficientes para afrontar la defensa, tiempo suficiente para ello, etc.

El debate oral será, entonces, el que permitirá de mejor manera llevar adelante el pleno contralor de las pruebas, en inmediación con las mismas, con posibilidad de interrogar a los/las testigos, peritos, intérpretes.

Por ello, puede concluirse que el debate es la etapa central y por excelencia dentro del proceso, es el eje central del procedimiento y se constituye como manda constitucional y convencional.

Ahora bien, este método procedimental exige el cumplimiento de una serie de reglas: *publicidad, oralidad, contradicción, inmediación, concentración, exclusividad de la prueba e identidad física del/la juzgador/a*¹²⁰.

Con respecto a la *publicidad* refiere Jauchen que se relaciona con la publicidad popular, o sea, la que permite ampliamente el ingreso del público en general a las audiencias del debate sin limitación, salvo las excepciones taxativamente expresadas en la ley, siendo ésta la más directa e importante expresión del sistema republicano de gobierno (art. 1º, CN).

A su vez, en cuanto a la implicancia de dicho principio refiere que:

El público tiene derecho a conocer los motivos de la acusación, a presenciar la producción de las pruebas, las alegaciones de las partes y, con relación a los fundamentos de la sentencia, se ha sostenido que el ciudadano que de esta manera asiste al juicio, contribuye a controlar la realización de los actos de gobierno¹²¹.

Por su parte, la CADH en su artículo 8 señala que el proceso penal debe ser público¹²².

¹¹⁹ JAUCHEN, Eduardo M., *Estrategias de litigación...*, p. 25.

¹²⁰ JAUCHEN, Eduardo M., *Estrategias de litigación...*, p. 26.

¹²¹ JAUCHEN, Eduardo M., *Estrategias de litigación...*, pp. 27-28.

¹²² CADH, art.8.

El mentado principio se relaciona entonces con la publicidad de los actos de gobierno y la posibilidad de que se ejerza sobre ellos el control social.

En cuanto a la *oralidad* se sostiene que la misma implica la expresión de viva voz como la forma más directa de comunicación y esta forma de manifestación constituye regla, prácticamente sin excepción, para la realización del debate, en su integridad.

Luego, resultando claro el mandato de la publicidad, la oralidad deviene como una consecuencia insuperable de ella, pues no se concibe la realización de un debate judicial abierto a la presencia popular si no es que toda la comunicación de los sujetos procesales entre sí, y entre éstos y los órganos de prueba, se transmita mediante el lenguaje oral y en forma continua. Naturalmente que por oposición la escritura involucra inevitablemente un oscurantismo y discontinuidad en el tiempo de realización de los actos del proceso que torna irremediabilmente imposible la publicidad, y con ello todas las nefastas consecuencias propias de un resabio inquisitivo¹²³.

Ambas reglas pueden verse receptadas en el C.P.P. de Mendoza y en los códigos procesales del resto del país, donde se establece que el debate será oral y público y la ausencia de ello está conminado con sanción de nulidad, estableciendo, además, en qué casos específicos pueden leerse las declaraciones testimoniales.

Sobre este punto en particular, ya el fallo "Benitez" de la Corte Suprema estableció la imposibilidad de incorporar por lectura las declaraciones testimoniales que la defensa no haya tenido posibilidad de contralor y contradictorio¹²⁴.

Con relación a la *contradicción* se sostiene que "Este principio, que rige en todo proceso judicial, tiene superlativa relevancia en el penal debido a la especial naturaleza de los bienes en juego. También denominado como principio de "bilateralidad", de "controversia" o de "igualdad procesal"; es una derivación de las garantías constitucionales de la inviolabilidad de la defensa en juicio y de la igualdad ante la ley (arts. 18 y 16 de la CN). Impone la paridad de oportunidades para las partes de ejercer sus

¹²³ JAUCHEN, Eduardo M., *Estrategias de litigación...*, pp. 28-29.

¹²⁴ CSJN, "Benitez, Aníbal", Fallos, 329:5556, 12 de diciembre de 2006.

derechos de defensa, lo cual es una expresión particular del principio político de la igualdad ante la ley”¹²⁵.

El reconocimiento de la existencia de intereses contrapuestos entre la acusación y la defensa, y la aceptación de la confrontación entre ellos como método de tratamiento judicial de los casos penales, deriva en un esquema de funcionamiento procesal al que se identifica como contradictorio y contribuye a la garantía de imparcialidad de los/las jueces/zas, los que no podrán procurar por sí las pruebas de las que inferirá su convencimiento, sino que se las deberá procurar el órgano acusador y –si así lo quiere– el acusado/a¹²⁶.

En definitiva, vemos que el principio de contradicción, demanda un proceso que permita a las partes intervinientes controlar la prueba que se aporta, controvertir su contenido, alcances, conclusiones, confrontar posiciones y dar su opinión.

En cuanto a la *inmediación* puede sostenerse que consiste en la recepción de la prueba y el alegato de las partes en forma directa, sin interposición de cosa alguna, el/la juez/a frente a la prueba y frente a las partes, de modo que nada se interponga entre la apreciación que hace el órgano juzgador de la prueba y ésta misma.

Al respecto refiere Jauchen que dicha regla exige que las pruebas lleguen al ánimo del/la juzgador/a sin sufrir alteración alguna por influjo extraño a su propia naturaleza, vale decir, que los elementos de convicción lleguen directamente a la percepción del sujeto que en definitiva ha de valorarlos, de suerte que no se interpongan otras personas que consciente o inconscientemente puedan turbar o alterar la natural y original entidad de tales elementos tergiversando así la aptitud real de la prueba. Por otro lado, la *inmediación* comprende también la percepción directa de las pruebas por las partes. Y finalmente, la comunicación personal y oral entre todos los sujetos procesales¹²⁷.

El/la juez/a tiene que recibir una inmediata y directa percepción sensorial de todo el material en que se fundará su decisión. Por ello en el juicio no pueden tomar parte en la deliberación sino los/las jueces/zas que asistieron a todo el desarrollo del debate.

¹²⁵ JAUCHEN, Eduardo M., *Estrategias de litigación...*, pp. 29-30.

¹²⁶ CAFFERATA NORES, José Ignacio *Proceso penal y derechos...*, pp.149-151.

¹²⁷ JAUCHEN, Eduardo M., *Estrategias de litigación...*, pp. 30-31.

Con relación a la regla de *concentración* puede advertirse que el debate oral y público requiere necesariamente su desarrollo de forma continuada, es decir, que sus actos y diligencias se realicen con la menor interrupción temporal posible.

Tal como vimos, el debate oral se contrapone con la idea de las constancias, actas, de lo escrito, y se basa en un sistema donde el conocimiento de la prueba es directo y donde valoración de esa prueba se relacionará con lo visto y escuchado en el juicio. Por lo tanto, toda la prueba e información producida es almacenada en la memoria de las partes por lo que resulta fundamental intentar evitar dilaciones del juicio que impidan la pronta utilidad de dicha información y, a consecuencia, lo vuelvan ineficaz.

De ahí la necesidad de que los actos del debate se realicen en audiencias continuas hasta la lectura de la sentencia.

Cierto, es que dicho principio también admite excepciones fundadas en impedimentos naturales que fuerzan la suspensión del mismo o su interrupción debidamente establecidas en los códigos procesales provinciales¹²⁸, como así también puede advertirse que el periodo de suspensión del juicio también tiene un límite máximo establecido por la ley, el que excedido y de no reanudarse puede implicar la nulidad de todo lo actuado.

A su vez, otro derivado del principio de concentración, es que, terminado el debate, los/las jueces/zas que hayan intervenido en él pasarán inmediatamente a deliberar en sesión secreta.

Puede decirse entonces que:

El debate oral y público requiere necesariamente para su eficacia que se desarrolle en forma continuada [...] todo el proceso escrito conspira decididamente contra la vigencia de este principio en cuanto favorece la dispersión de los actos y etapas del procedimiento dificultando de este modo la correcta interpretación global de lo actuado, la presencia del juez y las partes a todos los actos, la economía y la celeridad procesal. Por las mismas razones, la oralidad favorece la concentración, y por la interacción que existe entre todos

¹²⁸ Hay que distinguir entre la suspensión del debate que sólo puede ordenarse en los casos excepcionales previstos en el 377 del C.P.P. de Mendoza o los casos de interrupción, que se refieren a breves cuartos intermedios que sirven para descanso de los jueces y de las partes.

los principios que rigen el debate, no parece en vano señalar que, a su vez, la concentración favorece la publicidad y la inmediación¹²⁹.

Por lo tanto, si bien pueda alegarse que el juicio oral y público se desarrolla en un porcentaje bajo de casos, igualmente debe constituir el eje de la estructuración política y técnica del proceso penal en tanto es que mayores garantías brinda y el que se adecúa a la forma republicana de gobierno.

Por ello, sus implicancias también resultan aplicables a las instancias de preparación del juicio como son los trámites incidentales, de control de detención, etc.¹³⁰ y aquellas en las que se determinen derechos de las personas imputadas o condenadas entre los que se encuentra el proceso de ejecución penal y los incidentes que allí se plantean.

Las reformas implementadas en la provincia de Mendoza en los últimos años giraron en torno a oralizar la etapa de investigación, dotarlas de publicidad, contradicción, inmediación y concentración mediante la realización de audiencias de prisión preventiva, control de la detención, sobreseimiento, incidentes de ejecución penal, etc.¹³¹

Debemos recordar al maestro Binder cuando sostiene que sin juicio oral y público no hay un sistema de justicia penal republicano, de base constitucional y fundado en los pactos internacionales de derechos humanos a efectos de no caer en falsas oralidades¹³², en juicios o audiencias que no respeten los lineamientos básicos que describimos anteriormente puesto que si bien ningún sistema lleva todos sus casos al juicio oral y público la cuestión fundamental es que se le asegure al/la imputado/a la posibilidad de ser juzgado de tal manera antes de que se le imponga una condena, y un sistema procesal que no lo permita no puede ser considerado como admisible según las normas elementales de una justicia fundada en las garantías judiciales y el diseño republicano del juicio penal.

De este modo, el procedimiento debe contar con todas garantías acordadas al acusado de modo que durante la tramitación de todo el proceso pueda intervenir

¹²⁹ JAUCHEN, Eduardo M., *Estrategias de litigación...*, p. 31.

¹³⁰ BINDER, Alberto, *El elogio de la audiencia...*, p. 75.

¹³¹ Ley 9040, B.O. 9/2/18, Provincia de Mendoza.

¹³² BINDER, Alberto, *El elogio de audiencia...*, p. 73.

efectivamente en él, conocer y refutar la imputación, ofrecer pruebas de descargo, controlar la producción de éstas y las de cargo, y alegar sobre su eficacia convictiva, en plena igualdad con el acusador, en cualquier fase, pero especialmente en el juicio oral y público también optar por no hacerlo, sin que esa actitud pasiva pueda ser tomada como una presunción en su contra; que la sentencia de condena sólo se pueda fundamentar razonadamente en las pruebas aportadas por los acusadores y recibidas con el control de la defensa, que muestren con evidencia la culpabilidad de la persona acusada en un hecho tipificado como delito antes de su comisión; que después de finalizado que sea, por absolución o condena, no pueda provocarse uno nuevo por la misma imputación; y que el fallo sea recurrible¹³³.

Ahora bien, el juicio de conocimiento implicará que las hipótesis acusatorias sean concretamente sometidas a verificación y expuestas a refutación, de forma que resulten convalidadas sólo si resultan apoyadas por pruebas y contrapruebas en un proceso debidamente desenvuelto, por lo que la finalidad será entonces, configurar un debido proceso en base a la acusación (privada o pública), la prueba y la defensa para el dictado de una sentencia.

2.3. *Principio de la Carga de la Prueba o de Verificación*

La garantía de no ser considerado/a culpable mientras una sentencia no lo/a declare tal, o bien conocida como “presunción de inocencia”, y hoy con mayor precisión como “estado jurídico de inocencia” ha sido reconocida ya en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la Convención Americana de Derechos Humanos¹³⁴ y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹³⁵.

Esta garantía implica que ninguna persona sobre la cual no haya recaído sentencia condenatoria firme dictada por un tribunal competente, puede ser considerada culpable y durante todo el desarrollo del proceso tampoco puede ser tratada como culpable, por lo que no se trata de que al/la imputado/a se lo/la “presuma” inocente mientras el proceso se

¹³³ CAFFERATA NORES, José Ignacio, *Proceso penal y derechos...*, pp. 114-115.

¹³⁴ CADH, art. 8, 2.

¹³⁵ PIDCP, art. 14, 3. d).

desarrolla, sino que durante el/la mismo/a goza de un “Estado de inocencia” que solo una sentencia condenatoria *firme* puede destruir.

Se trata entonces, de un estado que no debe ser construido por el/la imputado/a, sino que debe ser destruido por la acusación.

Al respecto Cafferata Nores sostiene que:

la prueba de los hechos contenidos en la acusación corresponde al órgano acusador, es decir, al/la fiscal en los delitos de acción pública, porque siendo quien niega la inocencia establecida por el orden jurídico, será quien deberá asumir la responsabilidad, incluso frente a la víctima, de suministrar la prueba de la culpabilidad¹³⁶

Y ello configura entonces, una salvaguarda del principio de imparcialidad del/la juez/a frente a la averiguación de la verdad¹³⁷.

En conclusión, al estar la inocencia asistida por el postulado de su presunción hasta prueba en contrario, esta prueba contraria debe aportarla quien niega aquella formulando la acusación y concibiendo el sistema acusatorio a la verdad perseguida como relativa o formal (en contraposición a la verdad absoluta del sistema inquisitivo) se adquiere, como en cualquier investigación empírica, a través del procedimiento por ensayo y error, por lo que la principal garantía de su obtención se confía a la máxima exposición de las hipótesis acusatorias a la refutación de la defensa¹³⁸.

En los códigos procesales modernos el/la Fiscal de Instrucción es quien promueve y ejerce la acción penal, da órdenes a la Policía Judicial, dirige las investigaciones, practica y hace practicar los actos inherentes a ella y actúa ante los/las jueces/as de primera instancia y del tribunal cuando corresponda¹³⁹, ejerce la acción penal pública y debe velar por el cumplimiento del debido proceso y de las normas constitucionales y convencionales¹⁴⁰.

¹³⁶ CAFFERATA NORES, José Ignacio, *Proceso penal y derechos...*, p. 162.

¹³⁷ CAFFERATA NORES, José Ignacio, *Proceso penal y derechos...*, p. 163.

¹³⁸ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, pág. 610.

¹³⁹ C.P.P. Mza., art. 87

¹⁴⁰ Ley Orgánica del Ministerio Público de Mendoza N°8.008, art. 27.

A su vez, son varias las leyes provinciales¹⁴¹ y latinoamericanas¹⁴² que sientan expresamente que la actuación del órgano acusador debe ser *objetiva*.

Sobre este punto Guzmán explica que el deber de objetividad del Ministerio Público Fiscal (considerado como sujeto del proceso antes que como parte) impone la obligación jurídica de proceder tanto en contra como a favor del/la imputado/a¹⁴³, es decir se debe producir prueba que sustente la acusación (prueba de cargo) o que sea favorable al/la inculgado/a (prueba de descargo).

En efecto, si una de las funciones del órgano acusador es investigar la *verdad objetiva* acerca de la hipótesis delictual objeto del procedimiento, esta investigación debe hacerse tanto en perjuicio como en favor de la persona imputada, por lo que sólo así cumplirá una *función de garantía* que permitirá la mejor realización del derecho de defensa en juicio y de paridad de armas¹⁴⁴.

Asimismo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 120 de la Constitución Nacional también se afirma que la fiscalía es custodia de la legalidad, por lo que la correcta aplicación de la ley penal consiste en solicitar castigo o no en función de las conclusiones de la investigación y deberá resguardarse el derecho de defensa consagrado en el artículo 18 de la Carta Magna.

De tal modo, el principio de legalidad conduce también al principio de objetividad, es decir, fundar los dictámenes y actividad fiscal en criterios objetivos respecto a la construcción de la verdad acerca del objeto procesal, es decir del hecho que se intenta conocer en el procedimiento¹⁴⁵.

¹⁴¹ Ley orgánica del Ministerio Público de Mendoza, N°8.008, art. 3; Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, art. 56; CPP Catamarca, art. 70; CCP de Chubut, arts. 114 y 117.

¹⁴² CPP República Dominicana, art. 260; CPP Chile, art. 77; CPP Costa Rica, art. 63.

¹⁴³ GUZMÁN, Nicolas, *La verdad en...*, p. 216.

¹⁴⁴ GUZMÁN, Nicolas, *La verdad en...*, p. 216.

¹⁴⁵ GUZMÁN, Nicolas, *La verdad en...*, p. 218.

Así las cosas, el principio de objetividad se materializa mediante reglas positivas que imponen a la fiscalía la obligación de realizar medidas que incluso favorezcan al/la imputado/a.

Además, el principio de objetividad requiere que las peticiones que efectúe sean desinteresadas (sin propender a la consecución de intereses de ningún tipo, ni subjetivos, ni políticos, ni de utilidad, etc.) y que sólo tengan por objeto la defensa de la legalidad (requerimientos concordantes, a priori, con lo que sería de esperarse que resolvería el juez en el caso en concreto), por lo que exige la adopción de un espíritu de autocrítica y crítica abierta a terceros y de máxima rigurosidad al extraer y exponer sus conclusiones¹⁴⁶.

Sin embargo, tal como destaca Guzmán, esta requerida actuación objetiva en la función de investigación presenta serias objeciones o dificultades pues no puede desconocerse que el acceso a una supuesta realidad siempre estará condicionado por la limitación de los sentidos, del lenguaje, de nuestros prejuicios, interpretaciones, es decir, por un contexto determinado que condiciona ese conocimiento y cuyos resultados no escapan a esa relativa subjetividad del/la investigador/a¹⁴⁷.

A su vez, su actuación también estará condicionada por la ley, puesto que ella pone en cabeza de la fiscalía el deber de desarrollar las actividades investigativas, de acusar y aportar prueba que la sustente, por lo que parte de la doctrina sostiene que estamos ante un fiscal híbrido¹⁴⁸, del que se pretende una actuación objetiva pero que también es el responsable del éxito o fracaso de la investigación encomendada.

Ahora bien, esta dificultad a la pretendida objetividad no obsta a que el modo de actuación de la fiscalía deba tender a la objetividad, a que su actividad sea de permanente autocrítica y de apertura a críticas, de admisión de posibles errores y donde la duda funcione como método de guía de la misma¹⁴⁹.

¹⁴⁶ GUZMÁN, Nicolas, *La verdad en...*, pp. 220-221.

¹⁴⁷ GUZMÁN, Nicolas, *La verdad en...*, pp. 224- 225.

¹⁴⁸ MAIER, Julio B., *Derecho procesal penal...*, tomo II, p. 306; BOVINO, Alberto, "El ministerio público en el proceso de reforma de la justicia penal de América Latina", en *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Buenos Aires, Del Puerto, 1998, p. 30.

¹⁴⁹ GUZMÁN, Nicolas, *La verdad en...*, p. 233.

Ciertamente, en cuanto a la función requirente (relativo a las peticiones que realice la fiscalía) también existen ciertas dificultades para la actuación objetiva, desde que tanto en la extracción y exposición de conclusiones el/la fiscal ha estado comprometido con la investigación y su éxito dependiente de su propia eficiencia como funcionario en la medida que su hipótesis acusatoria pueda sustentarse (o no) en la prueba recabada para luego poder sostenerla¹⁵⁰.

La alegada dificultad se verá de algún modo superada, pues, en definitiva, la fiscalía sólo “requiere” pero la función decisora se encuentra a cargo del/la juez/a, quien se mantiene neutro/a, imparcial frente a hipótesis acusatoria y su confirmación o refutación.

Adviértase entonces, que las pruebas producidas por la fiscalía deben ser sometidas a refutación para que no se trate de una actuación y conclusiones arbitrarias, destacando Guzmán que sería un error considerar que porque se desformaliza la investigación y se va camino a los modelos adversariales, el/la fiscal no se encuentre obligado/a, o que no podría ser obligado/a, a actuar de forma objetiva, pues se trata de una herramienta que funciona como garantía de libertad del/la imputado/a al permitir una mejor y más eficaz defensa en juicio y como una garantía de verdad, en tanto la apertura a crítica y de autocrítica contribuyen a la obtención de una verdad de mejor calidad¹⁵¹.

En efecto, con el mentado principio se refuerza la defensa en juicio desde que el accionar objetivo de la fiscalía también parte de reconocer que difícilmente pueda existir paridad de armas cuando es el Ministerio Público Fiscal quien cuenta con el auxilio de la Policía Judicial, órganos investigativos y mayor presupuesto incluso que la Defensa Pública.

En virtud de ello, veremos ciertas consecuencias prácticas del principio relativos a que la fiscalía deberá producir tanto prueba de cargo como descargo, abstenerse de mantener la acusación y solicitar el sobreseimiento o la absolución si ello resultare procedente.

¹⁵⁰ GUZMÁN, Nicolas, *La verdad en...*, p. 253.

¹⁵¹ GUZMÁN, Nicolas, *La verdad en...*, pp. 242-244.

Otra de las implicancias de este principio se relaciona a la necesidad de que desde el primer momento de la investigación se ponga al/la imputado/a en conocimiento de los hechos que se le endilgan y la prueba en su contra. Este principio también ha sido llamado principio de lealtad¹⁵².

A su vez, la acusación debe ser única, es decir, no debieran admitirse acusaciones alternativas.

En efecto, para el dictado de una sentencia condenatoria debe existir acusación (pública o privada)¹⁵³.

Ahora bien, conforme a la separación de roles entre el órgano encargado de acusar y el órgano decisor es carga del acusador probar todos los elementos del delito¹⁵⁴, por lo que se habla de que la fiscalía tiene la *carga acusatoria de la prueba*.

En efecto, el/la acusado/a no debe probar su inocencia, desde que no verificada la acusación su situación debe resolverse conforme al principio *in dubio pro reo*.

De tal modo, recae sobre aquel que niegue la inocencia de la persona formular la acusación y aportar prueba que desacredite este estado de inocencia.

Por lo tanto, será la fiscalía, y no otro sujeto procesal, quien tendrá la carga de la prueba de la culpabilidad y solo debe valerse de prueba legítimamente incorporada al

¹⁵² GUZMÁN, Nicolas, *La verdad en...*, p. 248.

¹⁵³ La Corte Suprema de Justicia tiene antecedentes importantes en la interpretación del sistema de acusación imperante en Argentina, en el caso “Tarifeño” de 1989, el fiscal había solicitado la absolución del imputado en el juicio no obstante haber hecho la acusación correspondiente que motivó el debate; sin embargo el imputado fue condenado motivando su anulación en la Corte por mayoría por haberse violado la garantía del debido proceso en tanto exige las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales. Ello impone que debe haber una correlación entre la acusación y la condena, tomando en sentido amplio a la primera, de modo que si no se mantiene a la hora de los alegatos pidiendo pena, el tribunal no puede condenar por falta de acusación delineando claramente los perfiles acusatorios de todo proceso penal. En el caso “Marcilese” de 2002, la Corte por mayoría cambia este criterio dando primacía a la requisitoria de juicio como único sostén del sistema acusatorio convalidando la condena del imputado pese a que el fiscal había pedido la absolución. Sin embargo, en el 2004, en el caso “Mostaccio” se retoma la posición de “Tarifeño” quedando sellada la consagración del sistema acusatorio en el proceso penal.

¹⁵⁴ C.P.P. Mza., art. 315.

proceso y es sobre ella que debe argumentar para obtener la convicción o estado subjetivo de certeza en el órgano juzgador que permita el dictado de una sentencia condenatoria.

De este modo, resulta fundamental analizar la prueba como elemento integrante del debido proceso (también llamado por Ferrajoli principio de necesidad de la prueba) pues será “el único instrumento que puede ser utilizado por el juez para afirmar que un determinado evento pasado ocurrió en un determinado lugar, en un cierto momento y de una determinada manera”¹⁵⁵.

En lo que hace a la concepción de la función de la prueba en el proceso, según Taruffo, existen dos ideologías contrapuestas¹⁵⁶. Por un lado, una de concepción autoritaria del poder, con una función meramente argumentativa o retórica, pues mediante la prueba solo podría lograr la persuasión de quien debe resolver el caso y por otro, aquella vinculada a la racionalidad y a una concepción democrática del poder que le atribuye una función cognoscitiva, pues a través de la prueba es mediante la cual se puede arribar al conocimiento de la verdad de una determinada hipótesis¹⁵⁷.

En este sentido se señala que la prueba funciona como factor de conocimiento, en la medida que sirve como fuente de conocimiento de hechos pasados, y de justificación de las decisiones judiciales, que solo podrán ser consideradas válidas en tanto y en cuanto contengan una explicación racional de las inferencias realizadas, basadas precisamente en los elementos de prueba reunidos en el proceso¹⁵⁸.

En efecto, puede advertirse la correlación que ello guarda con el principio de estricta legalidad que describimos en el capítulo anterior en tanto, si las normas penales son vagas, amplias, ambiguas, indeterminadas, mayor cabida tendrán la teoría retórico-argumentativa o de juicios de valor.

¹⁵⁵ GUZMÁN, Nicolás, *La verdad en...*, p. 105.

¹⁵⁶ TARUFFO, Michele, "Consideraciones sobre prueba y motivación" ponencia realizada por el autor en el 9 Seminario sobre derecho y jurisprudencia, organizado por la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, del Colegio de Registradores de España, los días 21 y 22 de junio de 2007 (puede consultarse el texto de esta ponencia en www.feje.org.es).

¹⁵⁷ GUZMÁN, Nicolás, *La verdad en...*, p. 105.

¹⁵⁸ GUZMÁN, Nicolás, *La verdad en...*, p. 105.

Por lo tanto, si bien la argumentación juega un papel importante en el proceso y tiene elementos persuasivos (alegatos) ellos deben girar en torno a la prueba y sobre la base de ellas construir las inferencias lógicas con las que se pretende convencer al/la juez/a, aunque “difícilmente podrán modificar con sus argumentaciones lo que se desprende claramente de los elementos probatorios reunidos”¹⁵⁹.

En definitiva, la prueba es un instrumento que permite proporcionar conocimiento al/la juez/a sobre la verdad o falsedad de un hecho, es decir, “tiene una función esencialmente cognoscitiva, dirigida al conocimiento de los hechos sobre los cuales trata el proceso”¹⁶⁰.

Por su parte, el objeto de prueba se refiere a todo presupuesto fáctico, incierto en cuanto a su conocimiento y que como tal se debe y puede probar¹⁶¹, por lo que se establecen diversos procedimientos para la verificabilidad de la hipótesis acusatoria y la refutación de la misma.

El órgano de prueba es la persona que colabora con el/la juez/a introduciendo los elementos de prueba (ej. Perito, testigo, traductor)¹⁶².

Por lo tanto, es presupuesto para la imposición de condena que exista una acusación, prueba que la sustente, que se garantice el derecho de defensa y el dictado de la sentencia correspondiente conforme las reglas del juicio oral y público.

En definitiva, las pruebas con que cuenta el órgano acusador no son secretas, no se producen a espaldas de la defensa, sino que se las expone y las somete a contralor, a contradicción, a refutación.

2.4. Principio del Contradictorio, o de la Defensa, o de Refutación

El desplazamiento de la carga de la prueba sobre la acusación comporta, lógicamente, el derecho de defensa para el imputado, siendo esta última garantía la

¹⁵⁹ GUZMÁN, Nicolás, *La verdad en...*, p. 114 y 115.

¹⁶⁰ TARUFFO, Michele, *Verdad, justicia y derecho*, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2020, p. 95.

¹⁶¹ JAUCHEN, Eduardo, *Tratado de la prueba penal en el sistema acusatorio adversarial*, 1º ed. Revisada, Santa Fe, Rubinzal- Culzoni, 2020, p. 36

¹⁶² JAUCHEN, Eduardo, *Tratado de la prueba...*, pp. 44-45.

transposición jurídica que Ferrajoli identifica como la principal condición epistemológica de la prueba: la refutabilidad de la hipótesis acusatoria experimentada por el poder de refutarla de la contraparte interesada, de modo que no es atendible ninguna prueba sin que se hayan activado infructuosamente todas las posibles refutaciones y contrapruebas. La defensa, que tendencialmente no tiene espacio en el proceso inquisitivo, es el más importante instrumento de impulso y de control del método de prueba acusatorio, consistente precisamente en el contradictorio entre hipótesis de acusación y de defensa y las pruebas y contrapruebas correspondientes¹⁶³.

Para que el juicio se base en el control empírico, “es preciso también que las hipótesis acusatorias [...] sean concretamente sometidas a verificación y expuestas a refutación, de forma que resulten convalidadas sólo si resultan apoyadas por pruebas y contrapruebas según la máxima *nullum iudicium sine probatione*”¹⁶⁴.

La *contradicción* configura entonces, junto a la imparcialidad del/la juzgador/a, una garantía de verdad¹⁶⁵.

Desde que a la persona se le reconoce un estado jurídico de inocencia, que no debe probar, éste debe ser destruido por la prueba de cargo aportada por el órgano acusador para poder imponer una condena por lo que frente a ello debe garantizarse la defensa del/la imputado/a y la posibilidad de controvertir la acusación y las pruebas que la sustenten como presupuestos del debido proceso.

De este modo resulta una estructura triangular, asegurada por las tres garantías procesales antes enunciadas: la formulación de la imputación con la que se formaliza la hipótesis acusatoria y se hace efectiva la contradicción, la carga de la prueba de tal hipótesis que pesa sobre el órgano acusador y el derecho de defensa atribuido al/la imputado/a.

A estas tres garantías, Ferrajoli suma otras actividades cognoscitivas porque aseguran la observancia de las tres señaladas supra, y que se refieren a la publicidad; la

¹⁶³ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón ...*, p. 613.

¹⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón ...*, p. 35.

¹⁶⁵ GUZMÁN, Nicolás, *La verdad en...*, p. 143.

oralidad, la legalidad de los procedimientos y la motivación¹⁶⁶. Las mentadas garantías fueron desarrolladas como principios del juicio.

En cuanto al derecho de defensa la normativa constitucional establece que “es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos”, lo que presupone la idea de *resistencia* a cualquier pretensión de restricción de sus derechos que las leyes puedan autorizar como consecuencia de la comisión de un delito, o de la realización del proceso penal. Tal resistencia podrá ser activa o pasiva, y comprende la posibilidad de reclamar la vigencia de las otras garantías descriptas (de imparcialidad, juez natural, juicio previo, etc.) y hacer valer los derechos que se le acuerdan desde el primer momento¹⁶⁷.

Por cierto, este derecho es reconocido no sólo durante el juicio oral y público sino durante todo proceso y debe incluir la instancia de ejecución penal.

En efecto, el derecho consiste en que la persona pueda defenderse personalmente, ser asistida por un/a defensor/a de su elección y ser informada si no tuviera defensor/a, del derecho que le asiste a tenerlo/la y a que se le nombre defensa de oficio y sea gratuita¹⁶⁸.

Por lo tanto, la defensa del imputado implicará el derecho de la persona de intervenir en el proceso, es decir, de hallarse presente y tener posibilidad de defenderse, de conocer y de *contradecir* la imputación¹⁶⁹, pudiendo brindar si así lo prefiere, su propia teoría del caso, la que tiene que ser objeto de consideración y de aceptación o rechazo expreso por parte de los/as jueces/zas, pudiendo consistir su teoría en negar la existencia del delito que se le imputa o su participación en el hecho o en invocar circunstancias que atenúen o excluyan su responsabilidad penal. Por lo tanto, también debe contar con la

¹⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, p. 606.

¹⁶⁷ C.P.P.Mza., art. 92.

¹⁶⁸ CADH, art. 8.2.d; C.P.P.Mza, art. 131.

¹⁶⁹ CADH, art. 8.2.

posibilidad de *ofrecer pruebas de descargo*¹⁷⁰ y de controlar el ingreso de las pruebas de cargo¹⁷¹.

El principio de *contradicción* o, mejor dicho, el *derecho a contradecir la acusación*, se convierte en otra condición de verificación que se relaciona con las otras garantías referidas como el derecho a una acusación única, cierta y completa, el derecho de defensa y el derecho a ser tratado/a como inocente, y los principios del juicio previo, oral y público.

A su vez, la contradicción presupone la paridad de armas entre la acusación y la defensa en la medida que ella sólo puede ser eficaz si los contendientes tienen la misma fuerza o, al menos, los mismos poderes¹⁷².

Debido a esta contradicción que se presente exclusivamente entre el órgano acusador y la defensa es que algunos autores señalan que estamos ante un sistema también adversarial¹⁷³.

A su vez, otros autores como Ibañez destacan que, en el proceso acusatorio eficazmente regido por el principio de contradicción, la vigencia efectiva del mismo en las relaciones entre las partes y con el papel que se impone al/la juez/a, constituye en sí misma una garantía de calidad del conocimiento que pudiera obtenerse¹⁷⁴.

Ya señalamos que es también parte del derecho de defensa, el de defenderse pasivamente o adoptar un comportamiento procesal pasivo de defensa, es decir, el no desarrollar ninguna de aquellas actividades, sin que esa posibilidad u omisión pueda ser considerada una presunción de culpabilidad en su contra.

Posteriormente, deberá contar con la posibilidad de *alegar* sobre el mérito de todas ellas, dar sus fundamentos o argumentos que permitan demostrar que la hipótesis acusatoria no resulta atendible.

¹⁷⁰ CADH, art. 8.2.f.

¹⁷¹ PIDCP, art.14.3.e,

¹⁷² GUZMÁN, Nicolás, *La verdad en...*, p. 145.

¹⁷³ JAUCHEN, Eduardo, *Tratado de la prueba...*, p. 20

¹⁷⁴ IBAÑEZ, Perfecto Andrés, *Tercero en discordia...*, p. 264.

De tal modo, el derecho de defensa no sólo es una emanación de la dignidad personal del/la imputado/a, sino, además, un requisito indispensable para asegurar (a él y a la sociedad) el desarrollo de un debido proceso respetuoso del Estado de derecho.

En conclusión, podemos señalar que un proceso respetuoso de los derechos fundamentales de la persona supone la vigencia de las garantías tanto penales como procesales, para que limiten, guíen y configuren el actuar del Estado en el ejercicio del *ius puniendi*.

En efecto, el proceso de conocimiento cuyos fines consisten en la búsqueda de la verdad, el actuar de la ley en el caso en concreto y el respeto de las garantías y derechos fundamentales, presupone entonces la configuración de un procedimiento para que la hipótesis de la acusación y sus premisas fácticas se sustenten en prueba verificable, refutable, donde la defensa se encuentre en plena igualdad frente al órgano acusador, lo cual requiere también de la plena vigencia de los principios del juicio y para que mediante el juicio previo se ponga fin al proceso.

Descriptas entonces las garantías procesales y la importancia de las mismas, deberemos analizar si la etapa de ejecución o el proceso de ejecución debe regirse por las mismas garantías que el proceso de conocimiento y, en su caso, si deben reconocerse otras más específicas de la etapa.

CAPÍTULO III

El Proceso de Ejecución Penal

1. El Derecho de Ejecución Penal

Se sostiene que el Derecho de Ejecución Penal tiene como objeto principal garantizar que la prisión de la realidad se ajuste al Estado de derecho, por lo que se erige como una rama dentro del derecho penal y se integra por el conjunto de principios y normas que regulan conductas y relaciones procesales en el cumplimiento de las resoluciones judiciales privativas de la libertad¹⁷⁵.

Por lo tanto, el derecho de ejecución penal integra el derecho penal y se encuentra conformado, en específico por el conjunto de reglas, principios, condiciones, que deben darse para el cumplimiento legítimo de la pena privativa de libertad.

En efecto, así como el Código Penal establece las conductas prohibidas y su correspondiente sanción y cuantía de la misma, el derecho de ejecución penal se encargará de delinear las bases en cuanto a la cualidad de esa pena privativa de libertad, a cómo debe ejecutarse para ser una pena legítima.

En nuestro país la ejecución de la pena privativa de libertad fue regulada desde el año 1996 por la Ley Nacional N°24.660. Dicha normativa estableció en su redacción original del artículo 229 que se trata de una ley complementaria al Código Penal, sentando principios básicos sobre la ejecución de penas, finalidad de la misma, el sistema de progresividad y regulando sobre condiciones de alojamiento dignas.

A su vez, encontraremos números instrumentos internacionales relativos a la protección y derechos de las personas privadas de libertad, que serán también aplicables al ámbito de la ejecución penal.

De este modo, el sistema normativo de la ejecución penal debe responder a los lineamientos del Estado de derecho y en tanto, la privación de libertad configura la

¹⁷⁵ SARRÉ, Miguel y MANRIQUE, Gerardo, *SISTEMA DE JUSTICIA...*, p. 44.

aplicación más intensa del ius puniendi estatal, requiere de un sistema que delimite el poder represivo del Estado y se organice a efectos de garantizar, mediante el debido proceso, los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad.

2. ¿Etapa del proceso penal o proceso especial de ejecución penal?

Para poder analizar las implicancias de las garantías fundamentales en esta instancia, deberemos distinguir si estamos una etapa del proceso penal o un proceso independiente de aquel.

Si nos referimos a la ejecución penal como una etapa del proceso penal esta postura implicaría que todo el sistema de derechos y garantías descripto sería trasladable y aplicable sin más en etapa, lo que entiendo no resulta posible, y por ello resulta más apropiado considerar a la ejecución penal como un proceso independiente de aquel.

En esta última postura se enrola el maestro Alderete Lobo, quien en su obra “Acusatorio y ejecución penal”, sostiene que en la medida que el proceso penal deriva en la imposición de pena privativa de libertad y la condena se encuentra firme ello implica justamente que el proceso penal ha finalizado, se ha destruido el estado jurídico de inocente del que gozaba la persona con las consecuentes garantías y reglas puestas a su resguardo (ej. Onus probandi y regla de interpretación de la duda, entre otros) y comienza, entonces, el proceso de ejecución penal en la que claramente dicho principio ya no rige y no puede guiar al mismo, por ende se configura como un procedimiento especial en el que, por supuesto también con diversas garantías, no puede hacerse un traspaso sin más de los principios propios del proceso penal como etapa de éste, sino que debe realizarse un proceso de identificación y de adecuación acorde a los fines específicos¹⁷⁶.

Esta diferencia en cuanto a cómo se concibe a esta instancia (en la que como se dijo uno de los principios fundamentales del proceso penal como es el estado jurídico de inocente ya no sería aplicable), no impide que el proceso de ejecución deba adecuarse a las garantías penales y procesales que rigen en el ámbito del derecho penal a efectos de limitar el poder sancionador del Estado y organizar al mismo conforme las reglas del debido proceso.

¹⁷⁶ ALDERETE LOBO, Rubén A., *Acusatorio y ejecución penal*, 1º ed. Revisada, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editores del Sur, 2018, pp. 138-139.

Ahora bien, para poder delimitar desde qué momento podemos hablar de proceso de ejecución debemos establecer cuándo comienza este proceso, para luego detallar sus objetivos, las distintas etapas que lo integran y los principios o garantías penales implicadas.

Como punto de partida cabe señalar que el proceso de ejecución comienza cuando la sentencia condenatoria a pena privativa de libertad queda firme, es decir, una vez que se agotaron los recursos disponibles contra dicha sentencia o bien no se interpusieron los mismos transcurrido el plazo de ley. Firme la condena, el tribunal que condenó practica el cómputo de pena y se remite copia de la sentencia condenatoria y cómputo al Juzgado Penal Colegiado con competencia en ejecución penal, quien crea un expediente diferente al de la instancia del proceso y determina su competencia en el caso¹⁷⁷.

Por otro lado, indefectiblemente esto nos lleva a preguntarnos ¿cuándo o cómo culmina este proceso?

La primera pregunta es más obvia, en los casos de penas temporales, el proceso finaliza cuando la persona cumple la pena privativa de libertad que le fuere impuesta. Sin embargo, en las penas de prisión perpetua por su propia esencia no sabremos el cuándo

¹⁷⁷ C.P.P. MZA, Título II, Ejecución Penal Capítulo 1, Penas, Art. 511 - Cómputos. El Juez de Sentencia o Tribunal de Juicio practicará el cómputo de la pena, fijando la fecha de su vencimiento o su monto. Se notificará el Decreto respectivo al condenado y a su Defensor y al Ministerio Público, quienes podrán observarlo dentro de los tres (3) días. Si no se dedujera oposición en término, el cómputo será aprobado por Decreto y la sentencia se ejecutará inmediatamente, enviando los recaudos al Juez de Ejecución. En caso contrario se procederá conforme al procedimiento previsto por el Art. 509. El mismo trámite se seguirá cuando el cómputo deba ser rectificado, pudiéndose en ambos casos recurrir en Casación. (Concs. Art. 504 CPP Cba.) (Texto según Ley 7370, art. 1).

Art. 512 - Pena privativa de la libertad. Cuando el condenado a pena privativa de la libertad no estuviere preso, el tribunal que le impuso la condena ordenará su captura, salvo que aquélla no exceda de seis meses de prisión y no exista sospecha de fuga. En este caso, se notificará al condenado para que se constituya detenido dentro de los cinco días. Si el condenado estuviere privado de su libertad, una vez firme la sentencia condenatoria, el juez o Tribunal que la dictó, remitirá de inmediato la causa al Juez de Ejecución, quien procederá de acuerdo al Art. 511 y luego, en el plazo de veinte (20) días comunicará la sentencia remitiendo testimonio de ella y del cómputo de pena, a la autoridad administrativa competente. En el plazo de diez (10) días a partir de la recepción de la comunicación y sus recaudos, la autoridad penitenciaria correspondiente efectuará el traslado del condenado al establecimiento que ella determine para el cumplimiento de la pena, conforme al régimen de ejecución previsto por la ley penitenciaria nacional. Si el asiento del Tribunal de Sentencia, estuviere a más de ciento cincuenta (150) kilómetros del Juez de Ejecución, el primero podrá, a pedido del imputado, realizar todos los actos señalados en este artículo. (Concs. Art. 505 CPP Cba. Parcial). (Texto según Ley 7116, art. 7).

sino más bien el cómo, por lo que puede decirse que el proceso culminará con la muerte de la persona, el indulto o habiendo accedido a una libertad condicional transcurrido el tiempo prescrito por el Código Penal.

Con relación a este último supuesto, cabe destacar que en el caso de aquellas personas condenadas a pena de prisión perpetua que revistan calidad de reincidentes, o cuyos delitos se encuentren en la nómina del artículo 14 del Código (o incluso condenados a perpetua en edad muy avanzada), no siendo el indulto un mecanismo demasiado utilizado (al menos en nuestra provincia) y de no declararse la inconstitucionalidad del artículo 14 o eventualmente de la perpetua, lo más probable es que el proceso concluya con la muerte de la persona, lo que como veremos posteriormente, no parece compatibilizar ni adecuarse al principio de humanidad de las penas.

3. Adecuación de las Garantías Penales al Proceso de Ejecución

Habiendo determinado en qué momento comienza el proceso de ejecución penal debemos interpellarnos si las garantías penales que desarrollamos en el capítulo I deben tener incidencia en el derecho y proceso de ejecución penal y en qué medida.

Como primera aproximación, puede decirse que la configuración del derecho de ejecución penal y su proceso de ejecución presupone el respeto de las garantías y derechos reconocidos por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con igual rango, en tanto una vez que ha comenzado el proceso de ejecución, el tiempo que dure la privación de la libertad requiere como presupuesto para que la pena se ejecute legítimamente.

Para poder corroborar esta circunstancia resulta innegable señalar que el proceso de ejecución como proceso de conocimiento implicará para el/la juez interviniente una actividad cognoscitiva de los presupuestos fácticos que se sometan a su consideración y que reclamarán una respuesta jurisdiccional para que confirme o rechace la hipótesis planteada en base a las pruebas y alegatos esgrimidos en un procedimiento determinado.

Ahora bien, debemos indicar entonces cuáles son las condiciones o principios que deben regir en la materia para que pueda hablarse de un proceso compatible con la Constitución Nacional y con los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

3.1. *El Principio de Humanidad en el Proceso de Ejecución Penal*

Vimos en el capítulo I que dicho principio tuvo especial inferencia en la limitación de penas que aplica el Estado, tanto en lo que se refiere a la cantidad de pena como a la calidad de la misma, implicando el rechazo a la pena de muerte, las penas corporales e infamantes.

A su vez, Ferrajoli sostiene que la vigencia del mentado principio también resulta incompatible con las penas de prisión perpetuas y de larga duración y aquellas que buscan la corrección de la persona basadas en las teorías de reforma o su readaptación.

En particular, si bien nuestro Código Penal recepta a las penas perpetuas o de larga duración y nuestra Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza ratificó recientemente la constitucionalidad y convencionalidad de las penas de prisión perpetua¹⁷⁸ (con algunas aclaraciones como la posibilidad de que se establezca un tope temporal, la posibilidad de acceso a la libertad condicional lo que debe analizarse en la instancia de ejecución penal y no al momento de interponer la pena, o mediante su modificación por los mecanismos de indulto o rebaja de pena) se trata de un tema sumamente controvertido en la medida que las penas de prisión perpetua no tienen fecha de cumplimiento, por lo que, en definitiva, se extinguen con la muerte de la persona (lo que no se sabe cuándo ocurrirá por lo se trata de penas indeterminadas en su esencia), el límite de 50 años se encuentra previsto para los casos de sumatoria de penas temporales, siendo las penas de larga duración también fuertemente cuestionadas, los mecanismos de rebaja e indulto resultan discrecionales para el Poder Ejecutivo y actualmente parte de las personas condenadas a la pena de prisión perpetua no tienen posibilidad de recuperar su libertad en la medida que revisten calidad de reincidentes o se encuentran condenados por alguno de los delitos previstos en el artículo 14 del Código Penal por lo que, *a priori*, no pueden acceder a la libertad condicional.

En efecto, o la pena de prisión perpetua en sí misma resulta contraria al principio de humanidad o el régimen de ejecución penal lo es, en la medida que, de no ser de tal modo, difícilmente pueda sostenerse que una pena de dichas características no es una pena cruel, degradante y que se respete la dignidad humana y el trato correspondiente.

¹⁷⁸ SCJ de Mendoza, “Incidente en auto Fc/Ibañez Benavidez YamilaM. Y Ortiz Rosales Maximiliano E. p/Homicidios calificados”, causa CUIJ N°13-05365349-E, 30 de diciembre de 2020.

Ahora bien, como describimos en el capítulo I el principio en cuestión también tiene particular importancia en la configuración de la finalidad principal del proceso de ejecución que consistirá en brindar a la persona privada de libertad condiciones de trato dignas.

En este sentido, funciona como límite al poder represivo del Estado y pone en su cabeza la obligación de brindar y garantizar condiciones de trato dignas, siendo el recurso de Habeas Corpus una de las acciones de mayor relevancia a efectos de revertir las consecuencias de un trato que no se corresponda a tal principio.

Sin embargo, la normativa nacional y provincial también han establecido otras alternativas a fin de garantizar el derecho al trato humano y digno, como es la instauración de la prisión domiciliaria por cuestiones de salud, justamente cuando la privación de la libertad implica que la persona no pueda recuperarse de sus dolencias por el encierro, que no se le brinde el tratamiento que su enfermedad requiere, que se encuentre cursando una enfermedad incurable en periodo terminal, que se trate de una persona con discapacidad y que el alojamiento en el establecimiento implique un trato cruel, inhumano o degradante, para las mujeres embarazadas, mayores de 70 años y debiéramos decir, para todos aquellos supuestos en que la prisión sea incompatible con el principio fundamental.

Sobre este punto en particular, puede traerse a colación la Resolución de la Corte IDH sobre Medidas Provisionales respecto de Brasil Asunto Del Instituto Penal Plácido De Sá Carvalho, en el que intervino debido a los altísimos niveles de hacinamiento en dicho instituto, las condiciones de detención de las personas allí alojadas y el riesgo para su vida e integridad personal y dispuso:

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 atenderse 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 antijuridicidad 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 [...].

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 24 ilícita realmente sufrida se les computase a razón de dos días de pena lícita por cada día de efectiva privación de libertad en condiciones degradantes¹⁷⁹.

Y agrega que:

La aplicación de este cómputo no exime tampoco al Estado de la obligación de redoblar los esfuerzos para que, incluso con la reducción poblacional que provoque, logre condiciones dignas de ejecución penal para la población que no alcance la libertad, pese a computársele como pena o prevención la parte antijurídica de su ejecución. 126. Tampoco la Corte excluye la posibilidad de que el Estado arbitre también otros medios sustitutivos de la privación de libertad para contribuir a resolver la sobrepoblación del IPPSC, sino que en tal sentido también insta al Estado a llevar a cabo el máximo de esfuerzo posible para hacer cesar la actual situación. 127. No obstante lo anterior, la Corte tiene en cuenta que el daño emergente de la eventual violación del artículo 5.6 de la Convención Americana se habría producido en el plano de la realidad, o sea que, el deterioro de las personas privadas de libertad opera en ellas de modo totalmente inverso al señalado en la Convención Americana, es decir, que las condiciones del IPPSC, lejos de promover la reinserción social de los presos en vistas a una convivencia pacífica y respetuosa de la ley y de los derechos de los otros habitantes, en muchos casos habría operado en sentido contrario, reforzando la desviación de conducta de las personas sometidas a las observadas condiciones degradante¹⁸⁰.

Por lo tanto, el tiempo vivencial de la pena impuesta, el modo en que ésta se cumple, puede tener distintos impactos que pueden conllevar incluso a la necesidad de prescindir de la pena, a disponer medidas alternativas de cumplimiento que morigeren esa ejecución de pena por resultar incompatible con los principios fundamentales que deben regirla para que sea una pena legítima o incluso modificar la cuantía o monto de la condena.

En definitiva, el principio descrito debe encontrarse presente en el proceso de ejecución en todas y cada una de sus instancias.

¹⁷⁹ Resolución de la Corte Interamericana De Derechos Humanos, 22 de Noviembre de 2018 Medidas Provisionales respecto de Brasil Asunto Del Instituto Penal Plácido De Sá Carvalho.

¹⁸⁰ Resolución de la Corte Interamericana De Derechos Humanos, 22 de Noviembre de 2018 Medidas Provisionales respecto de Brasil Asunto Del Instituto Penal Plácido De Sá Carvalho.

3.2. *Un Principio Propio del Proceso de Ejecución*

Debemos señalar que el proceso de ejecución por sus especiales características cuenta un principio propio o específico que debemos tener presente, el llamado *principio o fin de reinserción social* reconocido por los Tratados Internacionales de Derechos y Humanos y las leyes de ejecución penal.

Ciertamente, desde un aspecto histórico y como vimos en el capítulo I su inclusión fue el resultado de la importancia que tomaron las teorías preventivo especiales de la pena y el intento de dotar de humanidad a las penas privativas de libertad.

Ahora bien, no puede soslayarse que se trata de un punto sumamente discutido, en primera instancia, por su inclusión como fin de la ejecución de la pena o finalidad el Estado, y las interpretaciones que del mismo se dan o las críticas que luego surgieron fundamentalmente a la prevención especial negativa pero también a la prevención especial positiva que describimos en el capítulo I cuando indicamos los fines de la pena.

En segunda instancia el punto también resulta discutido por haber sido incluido por la Ley 24.660 (y los decretos reglamentarios y/o leyes provinciales) como requisito para avanzar por el régimen progresivo de la pena configurado conforme la calificación de concepto que se haga de la persona y para acceder a libertades anticipadas (con las reformas Blumberg del año 2004 al Código Penal se establece como requisito para acceder a la libertad condicional el de “contar con pronóstico favorable de reinserción”), es decir se erige tanto como principio rector del proceso como requisito para morigerar el encierro, cuyo cumplimiento debe, por supuesto, probarse.

Con respecto a las diversas interpretaciones o alcances que se le da al principio, a fin de compatibilizarlo con el principio de humanidad y los demás principios fundamentales de derecho penal, podríamos diferenciarlas en las siguientes.

Hay quienes refieren que “La resocialización debe ser interpretada como una obligación impuesta al Estado ('derecho', por lo tanto, de las personas privadas de la libertad) de proporcionar a la persona condenada, dentro del marco del encierro carcelario, las condiciones necesarias para un desarrollo personal adecuado que favorezca su integración a la vida social al recobrar la libertad”¹⁸¹ por lo que, aunque

¹⁸¹ SALT, Marcos y RIVERA BEIRAS, Iñaki, *Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina*, Buenos Aires, Del Puerto, 1999, p. 177.”

normativamente no se lo ha reconocido como derecho subjetivo, señalan que más que un principio se trata de un “derecho a la reinserción social”.

Por el contrario, otros sostienen que es un “fin de la pena” más no un derecho subjetivo, por lo que consiste en una obligación para el Estado de brindar todas las herramientas para evitar la reincidencia delictiva y la adecuada reinserción de la persona a la sociedad.

Y por último hay quienes sostienen que se trata de un mecanismo que pretende la corrección de la persona y que por tanto no debe ser admitido.

Ahora bien, vemos que tanto la CADH¹⁸² como el PIDCP¹⁸³ sostienen que la pena tendrá por finalidad *esencial*, la *reforma* y *readaptación social* de la persona condenada), es decir la teoría de la prevención especial ha tomado una especial relevancia en esta etapa.

Sin embargo, los términos utilizados por los instrumentos internacionales (así como las teorías “re”) han sufrido diversos embates¹⁸⁴, que estimo acertados, en la medida que la finalidad de la pena no puede ser reformar al/la “deformado/a”, adaptar al/la “desadaptado/a” o “corregir” a la persona, donde la pena asume la forma de “tratamiento” y se busca la transformación o neutralización de la personalidad del/la condenado/a acorde a los valores dominantes, y de no compartirlo la correspondiente aflicción, lo que violaría sus derechos fundamentales, entre ellos, la elección de su proyecto de vida¹⁸⁵.

En el artículo 1 de la normativa nacional y provincial, se establece que la ejecución de la pena privativa de libertad tiene por finalidad lograr que el/la condenado/a adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada *reinserción social*, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad. Aquí, al menos, se advierte un avance terminológico frente a los utilizados por los tratados, aunque a la hora de aplicarlo e interpretarlo no debemos caer en las consideraciones descriptas supra ni soslayar las críticas que reciben las teorías “re”.

¹⁸² CADH, art. 5.6

¹⁸³ PIDCP, art.10.3.

¹⁸⁴ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, pp. 270-271.

¹⁸⁵ SARRÉ, Miguel y MANRIQUE, Gerardo, *SISTEMA DE JUSTICIA...*, p. 193

Así, la reinserción social no puede traducirse en la imposición coactiva de un proceso de resocialización en tanto entra en contradicción con la idea de un Estado de derecho que exige pluralismo¹⁸⁶.

Por tales motivos, otros autores reconocidos en la materia proponen instaurar un sistema de ejecución penal que no condicione la fecha de libertad condicional al cumplimiento del “tratamiento” penitenciario, sino que se la entienda como una etapa necesaria de un sistema progresivo destinado a que persona condenada regrese a la sociedad, y al que todas deben acceder, donde la fecha de su otorgamiento no quede indefinida¹⁸⁷, es decir algo similar a lo que establecía el antiguo artículo 13 del C.P.

Otros autores, como Sarré, impulsor de la reforma de ejecución penal en México, proponen pasar de un sistema de la readaptación a un sistema de reinserción social, que no exige que el sujeto experimente o acredite un cambio en otras dimensiones de su vida, como la psicológica, sino en que se considere al trabajo, la educación, la salud, el deporte, como derechos humanos que deben ser protegidos y no como medios o ejes para lograr que el sentenciado no vuelva a delinquir¹⁸⁸, por lo que no existen programas de tratamiento sino planes de actividades. Se suprime el régimen progresivo de la pena (en tanto supone avanzar en la medida que la persona se ha recuperado o corregido) y la libertad anticipada será transcurrido determinado tiempo mínimo, sin comisión de sanciones (que alargan su permanencia en prisión) y el cumplimiento de un plan de actividades.

Por último, existen otras corrientes que sostienen que corresponde hacer una interpretación armónica o adecuación del principio convencional con las demás garantías y principios que lo rigen¹⁸⁹, debiendo distinguir entre los paradigmas de resocialización mínimos orientados sólo a lograr que quien delinquiró adecúe su comportamiento externo a la ley por lo que la finalidad de reinserción social consiste en un ofrecimiento de medios

¹⁸⁶ ROXIN, Claus, *Problemas básicos del derecho penal*, trad. Por Diego Luzón Peña, Madrid, Civitas, 1976, p. 17.

¹⁸⁷ RIGHI, Esteban *Derecho Penal: parte...*, p. 66.

¹⁸⁸ SARRÉ, Miguel y MANRIQUE, Gerardo, *SISTEMA DE JUSTICIA...*, p. 197.

¹⁸⁹ AROCENA, Gustavo A., *Principios básicos de la ejecución de la pena privativa de la libertad*, 1º edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2014, p. 68.

para que la persona tenga mayores herramientas para su vida en libertad y disminuya su vulnerabilidad al sistema penal (resocialización para la legalidad) en contraposición a aquellos modelos de resocializadores máximos que pretenden la regeneración moral de la persona (resocialización para la moralidad)¹⁹⁰.

Estimo que dicha teoría permite compatibilizar todos los principios aplicables a la materia.

En primer lugar, queda claro que si no se garantizan condiciones de alojamiento dignas no podrá realizarse la finalidad de reinserción social que se pretende.

Al respecto nuestra Corte Suprema de Justicia ha reconocido que la reinserción social, como principio rector del sistema, supone previamente de una política penitenciaria garantizadora de normas de trato sujetas a la dignidad de las personas privadas de libertad¹⁹¹, es decir de no garantizar el Estado durante todo el periodo de tiempo en que se cumple la pena un trato humano y digno no será posible la realización del principio de reinserción social.

En segundo lugar, para que el fin de reinserción social resulte compatible con el principio de humanidad y las demás garantías penales, debe ser interpretado como obligación del Estado en brindar las herramientas y condiciones que la hagan posible la participación (voluntaria) de las personas privadas de libertad en las actividades que se propongan y que contribuyan a evitar los efectos deteriorantes de la pena de prisión y disminuir su vulnerabilidad al sistema penal¹⁹² (máxime teniendo en cuenta la selectividad del propio sistema punitivo). Para ello se configurará también un régimen progresivo que permita a la persona morigerar paulatinamente el encierro, por lo que su desarrollo y configuración implicará una obligación para el Estado.

¹⁹⁰ AROCENA, Gustavo A., *Principios básicos de...*, 1° edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2014, pp. 71-72.

¹⁹¹ CSJN, “Verbitsky, H s/ hábeas corpus”, fallos 318:2002, 3 de septiembre de 2005, “Si el Estado no puede garantizar la vida de los internos ni evitar irregularidades, de nada sirve las políticas preventivas del delito ni menos aún las que persiguen la reinserción social de los detenidos; es más, indican una degradación funcional de sus obligaciones primarias que se constituyen en el camino más seguro para su desintegración y para la malversación de los valores institucionales que dan soporte a una sociedad justa”.

¹⁹² Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Los objetivos del sistema penitenciario y las normas constitucionales*, en *El derecho penal hoy. Homenaje al profesor David Baigún*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1995, p. 125

Por lo tanto, el proceso de conocimiento en particular consistirá en comprobar, en primera instancia, si el Estado ha cumplido con su obligación de propender a la reinserción social de la persona y si, por tanto, la ejecución de la pena es legítima.

En concreto podría señalarse que las premisas fácticas sometidas a pruebas serán, con respecto al régimen progresivo, si se realizó el periodo de observación, de qué modo, cuáles fueron sus conclusiones y fundamentos, si el plan de actividades se condecía con las necesidades de la persona condenada (y con los lineamientos normativamente aceptables), si la promoción de fase de la persona condenada se basó en el cumplimiento de los objetivos propuestos oportunamente pero también deberá justificarse si la persona no logró avanzar por el régimen progresivo de la pena y las razones de ello.

A su vez, esta obligación del Estado de propender a la reinserción social de la persona debe darse en todos los casos, es decir, incluso en aquellos supuestos donde la ley ha previsto que ciertas personas condenadas por determinados delitos no puedan acceder, *a priori*, a los derechos propios del régimen progresivo, libertades anticipadas o que no tienen fecha de cumplimiento.

En efecto, aquellas limitaciones que impidan el acceso al régimen progresivo y la reinserción social en base al delito cometido y que no obedezcan al cumplimiento del plan de actividades devienen inconstitucionales e inconvencionales.

El punto señalado supra guarda especial relación con el principio de igualdad ante la ley y no discriminación.

El artículo 16 de la C.N. señala que “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley”. En consonancia el artículo 24 de la CADH y el artículo 26 del PIDCYP.

Por su parte, la Ley Nacional establece en su artículo 8 (al igual que la ley provincial en su artículo 10 primer párrafo) que las normas de ejecución serán aplicadas sin establecer discriminación o distingo alguno en razón de raza, sexo, idioma, religión, ideología, condición social o cualquier otra circunstancia y que las únicas diferencias obedecerán al tratamiento individualizado, a la evolución del régimen progresivo y a las disposiciones de la ley, es decir, sientan el principio de igualdad ante la ley.

Al respecto la Corte IDH en el caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala señaló:

la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación [...] Los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto¹⁹³.

La aplicación de dicho principio resulta aplicable a la materia y su violación ha sido alegada cuando se establecen categorías de delitos para el acceso los distintos derechos del régimen progresivo de la pena.

En el caso de Mendoza el Primer Tribunal Penal Colegiado de Mendoza en Apelación N°143, expte. N°11.063/E caratulado “Berguecio Coria p/ Ejecución de sentencia” mediante el voto unánime de los tres integrantes del colegio (Dra. Ursiolo y Dres. Chacón y Correa Llano) en auto de fecha 3 de mayo de 2019 se resolvió no hacer lugar al recurso de apelación de la fiscalía y confirmar el fallo de primera instancia que declaraba la inconstitucionalidad del artículo 14 del Código Penal, segunda parte, por entender que dicha normativa se encontraba en flagrante violación al principio de igualdad ante la ley previsto en los artículos 16 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; 1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 3, 14 y 26 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos; y 8 de la ley 24.660, sosteniendo que de circunscribirse a la exégesis del texto legal se estaría aceptado un régimen diferenciado de ejecución de la pena según el tipo de delito que sería incompatible con los instrumentos citados donde surge claramente que dicha modalidad debe regirse por un principio progresivo para todos los condenados, por lo que dicha escisión configura una afectación patente al derecho de todas las personas condenadas a ser tratada en condiciones de igualdad que los demás¹⁹⁴.

En ese sentido también se afirmó que:

¹⁹³ Corte IDH. Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C No. 3076.

¹⁹⁴ Primer Tribunal penal Colegiado de la Primera Circunscripción de Mendoza, autos de Apelación N° 143, expte. De ejecución N° 11.063/E caratulado “Berguecio Coria p/ Ejecución de sentencia”, Mendoza, 23 de mayo de 2019.

la diferenciación establecida en el artículo 14, segunda parte, del Código Penal se presenta arbitraria y carente de un fundamento constitucionalmente válido que la sustente [...] no han quedado expresados suficientemente los motivos por los cuales el Congreso de la Nación ha decidido que quienes hayan cometido estos delitos determinados, no puedan acceder a ningún mecanismo progresivo de libertad anticipada. Más aún se presenta la desigualdad ante la ley en el caso sub examine, cuando puede colegirse de la disposición legal impugnada, que el único delito allí establecido que tiene prevista una pena privativa de libertad temporal, es el previsto en el artículo 165 del Código Penal¹⁹⁵.

En definitiva, las limitaciones según los tipos de delitos cometidos además de afectar el principio de igualdad también afectan el principio de progresividad y reinserción social.

Así las cosas, el proceso de conocimiento girará en torno a comprobar si el Estado brinda las condiciones de trato dignas y si permite y garantiza, más que un tratamiento penitenciario, un *plan de actividades* debidamente determinado, es decir si luego se analiza como requisito para que la persona acceda a los diferentes institutos del régimen progresivo tendrá como base hechos concretos y verificables y no pronósticos o criterios peligrosistas o relativos a modificar la personalidad del/a condenado/a.

Por otra parte, ya señalamos también que existen otros institutos como la prisión domiciliaria y las modalidades alternativas para el cumplimiento de pena en prisión, que permiten garantizar los principios de humanidad, de imposición de la pena como ultima ratio, de intrascendencia hacia terceros (concesión por autoridad jurisdiccional) e incluso de reinserción social.

Adviértase entonces, el gran impacto del principio de humanidad y de reinserción social cuyas implicancias conllevan no sólo la necesidad de garantizar condiciones de alojamiento dignas sino también de instaurar el régimen progresivo de la pena, los derechos de liberación anticipada y la posibilitar la implementación de medidas alternativas a la prisión cuando dichos principios se vean o puedan verse afectados.

Así las cosas, las vulneraciones que sufran el principio de humanidad y de reinserción social resultarían inconstitucionales e inconvencionales.

¹⁹⁵ Tribunal penal Colegiado de la Primera Circunscripción de Mendoza, autos de Apelación N° 143, expte. De ejecución N° 11.063/E caratulado “Berguecio Coria p/ Ejecución de sentencia”, Mendoza, 23 de mayo de 2019.

3.3. *Principio de Legalidad y Reserva*

El principio de legalidad representa el principal límite impuesto contra el ejercicio de la potestad punitiva estatal en tanto incluye una serie de garantías a sus habitantes que imposibilitan -en líneas generales- que el Estado intervenga penalmente más allá de lo que la ley permite¹⁹⁶.

Por lo tanto, este principio tiene un doble fundamento, uno político, propio del Estado liberal de derecho caracterizado por el imperio de la ley, y otro jurídico, del cual se derivan una serie de garantías en el campo penal: la criminal, que establece la legalidad de los delitos; la penal, que establece la legalidad de las penas y medidas de seguridad; la jurisdiccional, que exige el respeto del debido proceso; y la ejecutiva, que asegura la ejecución de las penas y medidas de seguridad con arreglo a las normas legales¹⁹⁷.

De este modo el principio implica, en primera instancia, que sólo puede recibir pena la persona que haya realizado una conducta ilícita específicamente descripta como merecedora de esa sanción, por medio de una ley que esté vigente en el momento de su realización.

En dicha inteligencia, cuando se dice que “no hay crimen ni pena sin ley previa” ello también implica que la ley previa está vinculada no sólo con la descripción de la conducta prohibida, sino también a la pena y cuando nos referimos a la pena indefectiblemente aludimos tanto a su aspecto cuantitativo como cualitativo, es decir, al *quantum* de la pena como a las condiciones de ejecución.

Por ello, el principio de legalidad recepcionado en nuestra Carta Magna (Art. 18 C.N.) y en los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional resulta extensivo a la ejecución penal o penitenciaria¹⁹⁸, lo que significa que toda pena o medida de seguridad

¹⁹⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco-GARCIA ARAN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 97.

¹⁹⁷ CUELLO CALON, Eugenio, *La Moderna Penología*, Bosch, Barcelona, T. I, p. 10 y 271 citado por GARCIA BASALO, Juan C., *El régimen penitenciario argentino*, Buenos Aires, Librería del Jurista, 1975, p. 15.

¹⁹⁸ FERNÁNDEZ GARCIA, Julio, *Manual de Derecho Penitenciario*, Coordinadores Berdugo Gómez de la Torre - Zúñiga Rodríguez, Universidad de Salamanca-Colex, Madrid, 2001, p. 129.

debe ejecutarse en la forma prescripta por la ley, la cual debe ser anterior al hecho que motiva la condena impuesta.

Al respecto sostiene José Cesano que el artículo 18 de la C.N. no sólo se refiere a que el delito como la pena estuvieran determinados en ley previa al hecho en que se funda la sentencia condenatoria “sino que también fue su propósito que el cumplimiento de esa pena se verificara en el modo exactamente previsto por la ley que daba base al pronunciamiento jurisdiccional que la establecía”¹⁹⁹.

A su vez, la vigencia del principio de legalidad determina que no puedan aplicarse retroactivamente leyes que no impliquen un trato más benigno y otra de las implicancias de dicho principio se refiere a que “no será posible introducir limitaciones de ninguna naturaleza que no sean aquellas que surjan de la letra de la ley”²⁰⁰ vigente al momento del hecho.

Por lo tanto, la *legalidad ejecutiva*, exige que mediante ley se encuentre determinado al momento de comisión del delito cómo se cumplirá la pena y al darse paso al proceso de ejecución éste se rija conforme a lo previsto en la norma.

Consecuentemente debemos preguntarnos ¿cuál es la ley específica que determina cómo se ejecutará la pena privativa de libertad?

3.3.1. ¿Ley Nacional o Ley provincial?.

Para poder adentrarnos al estudio de la ley que debiera regir la ejecución penal debemos tener presente los antecedentes de motivaron la sanción de la primera ley nacional del país en el año 1996.

La intención de establecer un régimen de ejecución de penal único y uniforme en toda la República Argentina se remonta a la presentación del proyecto de Código Penal elaborado por Rodolfo Moreno en el año 1916 que tenía como fin que no se castigue de un modo diferente a las personas que cometen delitos dentro del mismo país. Sin embargo, dicha propuesta no se vio plasmada en el Código Penal de 1921 por lo que si

¹⁹⁹ CESANO, José Daniel, "Legalidad y control jurisdiccional: Construyendo garantías para lograr un "trato humano" en prisión", Pensamiento penal y criminológico. Revista de derecho penal integrado., Año V - N° 8 - 2004, Córdoba, Mediterránea, 2004, p. 67.

²⁰⁰ CESANO, José Daniel, *Contribución al estudio de la libertad condicional. Análisis dogmático y político criminal de acuerdo a la reforma de la ley 25.892*, Córdoba, Editorial Mediterránea, 2008, p.71.

bien en 1922 Moreno presentó otro proyecto que tampoco logró convertirse en ley, ambos instrumentos constituyeron grandes aportes a la materia ya que con el pasar de los años serían retomados y utilizados como fundamento para la confección de un régimen nacional unificado de ejecución penal.

Ahora bien, debido a que ninguno de los proyectos de Moreno tuvo acogida en aquella época las distintas provincias del país dictaron legislaciones diversas entre sí.

Las críticas efectuadas a las distintas formas de regular la ejecución penal motivaron el segundo intento de unificación que se dio con la sanción de la Ley Penitenciaria Nacional (decreto-ley 412/58) que establecía ser complementaria del Código Penal y otorgaba un plazo a las provincias para su adecuación, lo que abrió la puerta al debate, hasta hoy no resuelto, sobre si la ejecución penal es materia de fondo reservada al Congreso de la Nación o si las provincias pueden dictar sus propias leyes al respecto.

Tal como destaca Alderete Lobo, salvo alguna minoría que entendía al derecho penitenciario como una rama del derecho administrativo, con el correr de los años la mayoría de la doctrina se inclinó por la regulación unitaria de la ejecución penal en todo el país, indicando que el régimen de ejecución penal se deriva de la facultad que tiene el Congreso para dictar el Código Penal, pues solo así la Nación habrá determinado las penas que conmina, posibilitando la vigencia de la garantía *nulla poena sine lege*²⁰¹.

Además, la doctrina cuestionaba que la existencia de legislaciones desiguales dentro del mismo país generaba una afectación al principio de igualdad. Soler, por su parte, sostenía que no era razonable que se aplicaran diversos modos de ejecución y Zaffaroni en su primer estudio de la cuestión también siguió esta línea de pensamiento al indicar que dos penas que se ejecutan de manera diferente son, en definitiva, dos penas distintas, y según el artículo 16 de la Constitución Nacional se exige que el delincuente de los mismos derechos tanto en una provincia como en otra.

En definitiva, la necesidad de establecer un régimen de ejecución penal uniforme en todo el país fue motivado por aquellas posturas que sostuvieron que su regulación era

²⁰¹ ALDERETE LOBO, Rubén, “Reforma de la Ley 24.660. EL fin del derecho de ejecución penal en Argentina” en LEDESMA, Ángela, *El debido proceso penal*, 1°ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2017, p. 186.

facultad de Congreso de la Nación en la medida que determinaba la cantidad de sanción y la cualidad de la misma y que la sanción de dicho régimen permitiría resguardar el principio de igualdad y legalidad.

Así, en el año 1996 el Congreso de la Nación dicta la Ley de ejecución de la pena privativa de libertad N°24.660²⁰².

La sanción de una ley nacional fue defendida por autores como Nuñez y, más recientemente, por Marcos Salt y Daniel Cesano, quienes retomaron la idea original de Moreno relativa a un régimen de ejecución penal unificado relacionado a la correcta interpretación del alcance y consecuencias de la vigencia del principio de *legalidad ejecutiva*, por lo que, en la medida que la ley 24.660 posee normas penales materiales, integra el derecho común, o de fondo, el que, por mandato constitucional, corresponde al Congreso de la Nación.

En su redacción original la ley 24.660 establecía en el artículo 229 que era una ley *complementaria* al Código Penal por lo que parecía concretar los postulados señalados anteriormente mediante el establecimiento de un régimen de ejecución penal unificado, sentando a lo largo de su articulado los principios básicos sobre la ejecución de penas, finalidad de la misma, el sistema de progresividad y regulando sobre condiciones de alojamiento dignas y organización de los centros de detención.

Sin embargo, la redacción del artículo 228 establecía que la Nación y las provincias procederían a revisar su legislación existente a efectos de *concordarlas* con las disposiciones previstas en la ley nacional, lo que conllevó a que se reavivaran las discusiones sobre la facultad legislativa en materia de ejecución penal.

Es que, si se trataba de una ley complementaria al Código Penal y, por tanto, aplicable sin más a todo el territorio nacional con su sólo sanción, promulgación y desde la fecha de entrada en vigencia, la prescripción del artículo 228 no parecía razonable.

Si bien parte de la doctrina continuó sosteniendo que era facultad del Congreso de la Nación dictar la ley de ejecución penal, otros autores se inclinaron por la posición de que las provincias conservaban su facultad legislativa pero lo que debían hacer, era dictar

²⁰² Ley de ejecución de la pena privativa de libertad N°24.660. Sancionada: Junio 19 de 1996. Promulgada: Julio 8 de 1996.

normas que se adecuaran a lo previsto en la ley nacional conforme lo disponía el artículo 228.

Así fue, que algunas provincias comenzaron a aplicar ley nacional, como es el caso de la Provincia de Mendoza que no dictó ninguna ley que regulara la ejecución penal (hasta el año 2012) pero sancionó la ley 6.513 donde se disponía la *adhesión* del régimen provincial a la ley nacional y posteriormente reglamentó ciertos de sus lineamientos mediante el dictado de los decretos 1166/98 y 236/10.

A su vez, otras provincias acudieron a "cumplir" con el mandato del artículo 228 y sancionaron sus propias leyes penitenciarias, como ocurrió, por ejemplo, en la provincia de Buenos Aires con la sanción de la ley 12.256 en el año 1999.

Sin embargo, en el año 2000 la ley bonaerense fue reformada por la ley 12.543 introduciendo limitaciones a las salidas transitorias, libertad asistida y otros institutos propios de la ejecución penal para las personas condenadas por determinados delitos, lo que no había sido previsto por la norma nacional, y aunque dicha reforma motivó serios embates, finalmente sus postulados fueron receptados por las leyes *Blumberg* sancionadas en el año 2004 que implicaron modificaciones al Código Penal y sus artículos relativos a los requisitos para la libertad condicional y a la ley 24.660 en lo que se refiere al acceso a las salidas transitorias y libertad asistida, prohibiendo su concesión para personas condenadas por determinados delitos.

En efecto, la ambigüedad de los términos utilizados por la ley nacional, la existencia de pluralidad normativa y la sanción de leyes más restrictivas que la ley 24.660 conllevaron al surgimiento de una nueva postura sobre las facultades legislativas en ejecución penal, reafirmando Zaffaroni, Alagia y Slokar, la necesidad de garantizar el principio de igualdad en la ejecución de las penas en todo el país, pero señalando la imposibilidad de invocar esa manda de "mala fe", de manera que se autorice una igualdad "para peor", concluyendo que el artículo 228 "no deroga ni prohíbe la legislación penitenciaria provincial sino que dispone su revisión, lo que constitucionalmente es admisible si con ello se pretende eliminar de las leyes provinciales las normas que no garanticen en igual o mayor medida los derechos de los presos"²⁰³.

²⁰³ ZAFFARONI, Eugenio R.; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, 2da. Ed., Buenos Aires, Ediar, 2002, p. 176.

Esta última postura se vio materializada en el fallo Verbitsky²⁰⁴ del año 2005 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (integrada en ese momento por Zaffaroni) cuando señaló que la ley 24.660 constituye el piso mínimo de garantías que debe respetarse en todo el territorio nacional, es decir, configura la ley marco o ley referencia que debe ser respetado por las provincias.

Ahora bien, pese a que con el fallo citado se intentó frenar la sanción de leyes provinciales más perjudiciales y regresivas que la ley nacional, cierto es que, para la fecha del dictado de la resolución, los criterios de política criminal más punitivos en materia de ejecución penal ya habían encontrado acogida en la legislatura nacional y habían impactado en el Código Penal y la ley 24.660.

De lo expuesto podemos advertir que las discusiones que se dieron sobre la naturaleza jurídica de la ley de ejecución penal y la poca claridad del legislador sobre este aspecto solo conllevaron a que, hasta el día de la fecha, aún no resulte clara cuál es, en definitiva, la naturaleza jurídica de la ley que debe regir la ejecución penal, a quién le compete su dictado, posibilitando que las provincias continúen legislando en materia de ejecución penal, afectándose producto de tal confusión e incertidumbre, el principio de legalidad.

Esto es lo que ocurrió finalmente en la Provincia de Mendoza con el dictado del Código de ejecución de la pena privativa de la libertad de la Provincia de Mendoza, ley 8.465²⁰⁵ en el año 2012 (impulsada por, el entonces legislador provincial de Mendoza, Luis Petri), ya que en su artículo 271 dispuso la derogación de la ley 6.513 por la que la provincia se adhería a la ley nacional.

En este orden de ideas, lo primero que puede cuestionarse de la ley provincial 8.465 se relaciona con la disposición prevista en el artículo 271 donde se establece que se deja sin efecto la adhesión a la ley nacional (como si fuese posible desadherirse sin más a una ley complementaria al Código Penal y, en definitiva, al propio código) y lo segundo, que a diferencia de la ley bonaerense, al momento de la sanción de la ley 8.465 ya habían transcurrido más de siete años del fallo Verbitsky y de reiterados

²⁰⁴ Corte Suprema de la Nación Argentina, Sentencia No. V. 856. XXXVIII de 3 de mayo de 2005, pág. 63.

²⁰⁵ Código de ejecución de la pena privativa de la libertad de la provincia de Mendoza, ley 8.465, sancionada 12 de Septiembre de 2012, publicada 17 de Octubre de 2012.

pronunciamientos que cuestionaban la ley 12.256, no obstante lo cual la provincia incumplió palmariamente, no sólo con lo expuesto en el fallo citado, sino también con la manda de adecuación aún vigente que preveía el artículo 228 de la ley 24.660 pues estableció un régimen de ejecución penal mucho más riguroso y perjudicial para las personas privadas de libertad que el régimen previsto en la ley nacional (incluso ya modificado por las leyes Blumberg), lo que, por cierto, le ha valido (y le vale) reiterados cuestionamientos y declaraciones de inconstitucionalidad.

En efecto, tales críticas se vieron materializadas en el fallo emitido por Ex Cámara de Apelaciones de la Provincia de Mendoza en el año 2014 en el expediente caratulado “Genovesi Olivera Eber Emanuel p/ejec. Sent.” (criterio luego acogido por ambos Juzgados Penales Colegiados de la Primera Circunscripción) donde se declaró la inconstitucionalidad del artículo 68 de la ley provincial (aunque no de la normativa completa) relativo a la libertad asistida allí prevista en contraposición a la establecida en el artículo 54 de la ley 24.660 pues consideró “como lo hace la mayoría de la jurisprudencia y doctrina que las normas que regulan la ejecución de la pena privativa de la libertad constituyen ley de fondo, y por lo tanto, se encuentran naturalmente incorporadas al Código Penal, puesto que no puede escindirse la pena de la manera en que esta podrá cumplirse”²⁰⁶.

Asimismo, según el mentado fallo, la ley provincial no podría regular sobre los institutos propios de la ejecución de la pena previstos en la ley nacional (incluso si fuese más beneficiosa) pero no existiría limitación para legislar en lo que se refiere al aspecto procesal de la etapa de ejecución penal o procedimiento, organización de los establecimientos, calificaciones de conducta y concepto, en tanto no fueron establecidas por la ley nacional.

El criterio precedentemente descrito también ha motivado la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 21 y 72 de la ley 8465 relativos al régimen de salidas transitorias.

²⁰⁶ Cámara de Apelaciones en lo Criminal de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza, Expte. N°23159/A - 4356/1/C “GENOVESI OLIVERA EBER EMANUEL p/Ejecución de Sentencia”, 22 de octubre de 2014.

A su vez, con base al criterio jurisprudencial señalado se abre la puerta a que puedan efectuarse diversos planteos de inconstitucionalidad cuando se entiende que los artículos de la ley provincial se inmiscuyen en ámbito que correspondería al Congreso Nacional.

3.3.2. Más Dudas que Certezas

Las discrepancias sobre la naturaleza jurídica de la ley de ejecución penal se volvieron a complejizar después de la reforma a la ley nacional en el año 2017 mediante la sanción de la ley 27.375 en la medida que modifica el texto de los artículos 228 y 229, destacando un dato que podría relacionarse con tal desacierto, pues quien fuere el impulsor de la ley 8.465 también fue luego el impulsor de la reforma que sufrió la 24.660 en el año 2017, por lo que esta situación poco coadyuvó a esclarecer el panorama.

Es que justamente, el reformado artículo 228 expresa: "La Nación procederá a readecuar la legislación y las reglamentaciones penitenciarias existentes [...] a efectos de concordarlas con sus disposiciones. De igual forma, se invita a las provincias [...] a readecuar su legislación y reglamentaciones penitenciarias".

Como puede apreciarse, el mandato de adecuación legislativo y reglamentario está exclusivamente dirigido a la Nación pero a las provincias sólo se las invitó a adecuar su normativa en concordancia con lo dispuesto en la ley nacional, es decir, pareciera ser facultativo o discrecional de las provincias.

Por su parte, el nuevo artículo 229 nos aporta mayor confusión pues según su texto: "Esta ley es complementaria del Código Penal en lo que hace a los cómputos de pena y regímenes de libertad condicional y libertad asistida".

Respecto a los cómputos de pena las únicas referencias que contiene la ley 24.660 son aquellas relacionadas con la prisión discontinua (art. 38), las formas de semidetención (art. 43) y los trabajos comunitarios (art. 50) aunque no se estableció expresamente que éstas fueran complementarias al Código, ni se refiere al estímulo educativo desde que su concesión no altera el vencimiento de la pena y tampoco se estableció que fuere materia de fondo, por lo que este punto resulta por demás contradictorio y no se advierten cuáles fueron las razones que justificaron su inclusión .

En cuanto a la libertad condicional dicho instituto está regulado en el Código Penal siendo los artículos 28 a 29 bis de la ley 24.660 meramente administrativos y

procesales, puesto que no se establece allí ningún requisito de fondo que lo regule, por lo que tampoco se advierte ni comprende tal prescripción.

Así, la libertad asistida, pasa a ser el único instituto de la ley 24.660 que integra el Código Penal.

Sobre este punto, Alderete Lobo ha sostenido que incluso si, por hipótesis, se dejase de lado esta manifiesta irracionalidad, no puede sino concluir frente a los principios constitucionales que se hallan en juego, que estas dos disposiciones resultan manifiestamente inconstitucionales²⁰⁷.

En definitiva, si de lo que se trataba aquí, es de indicar cuál es la naturaleza jurídica de la normativa de ejecución penal y a quién le corresponde su dictado o hasta dónde o bajo qué parámetros se puede legislar cierto es que no hay claridad alguna al respecto.

Como vemos, parte de la doctrina especializada en la materia ha sostenido que son de naturaleza penal aquellas disposiciones que autorizan la modificación del aspecto *cualitativo* de la pena, por lo que conforme al reparto constitucional de facultades legislativas delegadas por las provincias a la Nación para legislar en materia de fondo y en materia penal, con más la necesidad de garantizar la vigencia del principio de legalidad material y la igualdad en la aplicación de penas, son, argumentos decisivos para propugnar la necesidad de unificación en materia penitenciaria a través de una sola ley formal emanada del Congreso federal aplicable en todo el país de modo que la sanción de una ley provincial (que regule sobre la cualidad de la pena) presentaría una inconstitucionalidad manifiesta²⁰⁸.

Según esta postura todo lo referido a la cualidad de la pena privativa de libertad constituye materia de fondo reservada al Congreso Nacional por lo que las provincias no

²⁰⁷ ALDERETE LOBO, Rubén, “Reforma de la Ley 24.660. EL fin del derecho de ejecución penal en Argentina” en LEDESMA, Ángela, *El debido proceso penal*, 1°ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2017, p. 187.

²⁰⁸ ALDERETE LOBO, Rubén, “Reforma de la Ley 24.660. EL fin del derecho de ejecución penal en Argentina” en LEDESMA, Ángela, *El debido proceso penal*, 1°ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2017, pp. 186-187.

podrían sancionar sus propias leyes, incluso si éstas fuesen más beneficiosas como también destaca el fallo Genovesi Olivera.

Por otro lado, están aquellos que sostienen que la ley nacional es una ley marco, por lo que las provincias conservan su facultad de legislar en materia de ejecución penal siempre y cuando su normativa se adecúe a la ley nacional, lo que permitiría entonces, la sanción de leyes provinciales más beneficiosas que la ley marco y la regulación de los aspectos procesales o administrativos.

Por último, nos encontramos con el propio texto de la ley que establece que sólo sus disposiciones sobre cómputo de pena, libertad condicional y libertad asistida serán complementarias al Código Penal, por lo que las provincias podrán dictar su propia legislación y sólo son invitadas a adecuarla a la ley nacional más no es un mandato para las mismas.

3.3.3. Ley Nacional pero Ley Provincial

En conclusión, debo señalar que la postura que estimo se adecúa a los lineamientos constitucionales y al ámbito del derecho penal sustancial, es aquella que sostiene que todo lo relativo a la cualidad de la pena y su modo de ejecución debe ser regulado por el Congreso Nacional a efectos de establecer un régimen uniforme en nuestro país, de modo que el Código Penal y sus leyes complementarias regulen no sólo la cuantía de la pena a aplicar sino también lo referido a la cualidad de esa pena por ser materia penal reservada al Congreso de la Nación, resguardándose así el principio de igualdad y garantizando el principio de legalidad.

En efecto, así como el principio de legalidad que describimos en el capítulo I requiere de una ley previa al hecho del proceso que lo determine como prohibido y determine su correspondiente sanción (cuantía) también la fecha del hecho marcará el régimen de ejecución penal que se aplicará a la persona de resultar condenada impidiendo la aplicación retroactiva de limitaciones más perjudiciales, entendiéndose entonces, que la ley que debiera regular la cualidad de la pena a fin de cumplir con el mandato de determinación es aquella ley emitida por el Congreso de la Nación.

Por otro lado, no obstante no corresponder la aplicación retroactiva de las leyes penales más perjudiciales debemos preguntarnos si ¿pueden aplicarse sin más las medidas más perjudiciales a la persona condenada, como ocurre, por ejemplo, con las medidas

regresivas de la ejecución penal implementadas en el año 2004 o del 2017 según cual fuere la fecha del hecho para cada una de ellas?

Al respecto, entiendo que la respuesta debe ser negativa. Las razones que justifican la imposibilidad de aplicación de leyes más perjudiciales en la ejecución penal deben extraerse de los instrumentos internacionales de derechos humanos en cuanto no sólo establecen para los Estados la obligación de garantizar progresivamente los derechos humanos sino también sientan la imposibilidad de aplicar medidas regresivas y obligan a los Estados al respeto de los derechos allí consagrados. Por lo tanto, la sanción de leyes que impliquen, por ejemplo, una vulneración al principio de reinserción social, limitando el acceso a los diferentes derechos del régimen progresivo de la pena, y que le dan contenido a este principio, o aquellas que afecten derechos humanos como el acceso a la educación o el trabajo de las personas privadas de libertad o hagan a condiciones dignas de alojamiento, no debieran aplicarse so perjuicio de vulnerar las normas internacionales que rigen la materia.

En este sentido, no pueden dejar de destacarse las buenas intenciones que tuvo el fallo Verbitsky para intentar que (como venía ocurriendo con el caso de la provincia de Buenos Aires) las provincias no legisasen de manera más perjudicial que la ley 24.660 y, por tanto, que ésta funcione como piso mínimo o ley marco para las legislaciones provinciales por haber advertido que éstas eran más restrictivas de derechos. Sin embargo, ello no fue suficiente para que las provincias acataran la norma nacional y se sentara una postura clara respecto a la naturaleza jurídica de la ejecución penal, lo que implicó que, lejos de resguardar los parámetros establecidos en la ley original, el sistema de ejecución penal sufriera diversas modificaciones regresivas para los derechos de las personas condenadas tanto en el ámbito provincial como luego a nivel nacional.

Ahora bien, más allá de la postura que aquí se sostiene, tampoco se puede soslayar que debido a la ausencia de claridad y consenso sobre la naturaleza jurídica de la ley de ejecución penal y las competencias legislativas y límites al respecto, estas dificultades impactan a la hora de aplicar la ley en el caso en concreto, desde que, en definitiva, existen normas nacionales y normas provinciales que regulan la materia, que han sufrido diversas modificaciones a lo largo del tiempo y que en muchos de sus puntos no presentan coincidencias entre sí.

Ello trae aparejado dos nuevos interrogantes, uno relativo a si ¿le resultan aplicables las normas provinciales dictadas sobre la ejecución penal a las personas que han sido condenadas por la justicia de dicho ámbito? y el segundo interrogante relativo a ¿qué ocurre si una norma provincial otorga más derechos a las personas frente a lo previsto en la ley nacional?

En cuanto al primer interrogante, es decir si resultan aplicables las leyes provinciales a las personas condenadas bajo la órbita de la competencia provincial, conforme al criterio que aquí sostengo, la respuesta debe ser negativa desde que su aplicación sería contraria a la Constitución Nacional en la medida que todo lo atinente a la *cualidad* de la pena debiera ser regido por una ley del Congreso de la Nación, es decir, las provincias no debieran legislar en lo referido a la cómo se cumplirá la pena, en materia de fondo, aunque conservan, por supuesto, sus facultades en lo que hace al aspecto procesal, y de legislar sobre aspectos de la cualidad de la pena estos no debieran ser aplicables.

Sin embargo, cierto es que las provincias han continuado legislando sobre aspectos relativos a la cualidad de la pena y hasta tanto no se sienta postura clara al respecto, se deroguen las leyes provinciales respectivas en lo que hace a los aspectos cualitativos de la ejecución penal (como es el caso de la ley 8.465) o la judicatura determine la no aplicación de las mismas en el caso en concreto, sus postulados se encuentran vigentes y deben ser rebatidos en cada oportunidad en que se pretende aplicar la norma solicitando la inconstitucionalidad de la misma (o eventualmente también podrían ser declarados inconstitucionales mediante el control difuso que realiza la judicatura aunque ello presenta otras dificultades cuyo estudio excederían el marco del presente trabajo).

De modo que la situación actual de vigencia de las leyes provinciales nos lleva al segundo interrogante, referido a si ¿pueden aplicarse o invocarse en un caso en concreto aquellas normas provinciales *vigentes* que regulan sobre aspectos cualitativos de la ejecución penal (como es lo relativo específicamente al régimen progresivo de la pena y el estímulo educativo) pero que, en comparación con la norma nacional, terminan otorgando, mayores derechos a las personas privadas de libertad al no requerir por ej. un periodo determinado de permanencia en periodo de prueba y otorgando mayores meses de estímulo educativo que la ley nacional?

Frente a este segundo interrogante adelanto la postura de que la respuesta debe ser positiva en base a los argumentos que a continuación indico.

En primer lugar, debe destacarse que la normativa provincial se encuentra vigente y su inaplicabilidad depende de varias alternativas, como puede ser de una declaración de inconstitucionalidad de la ley o artículo respectivo planteado por la parte interesada (como ocurrió en el caso Genovesi Olivera por la defensa técnica del/la condenado/a), de la inaplicabilidad producto del desuetudo de esa norma (verbigracia como ocurre en los casos de inconstitucionalidad resueltos por la Corte Suprema de Justicia como el relativo a reclusión por tiempo indeterminado) o de la correspondiente derogación mediante el mecanismo previsto para ello.

Ahora bien, si la defensa técnica de la persona condenada se encuentra con una prescripción normativa que favorece a su defendido/a ciertamente no será esta parte la que planteará la inaplicabilidad de ley y corresponderá, en todo caso, al Ministerio Público Fiscal alegar sobre la inconstitucionalidad de la ley para que ésta no se aplique al caso en concreto por entender que es materia reservada al Congreso de la Nación y que las provincias no pueden legislar incluso si la norma es más beneficiosa. Por el contrario, si no comparte esta postura no habrá contradicción sobre la aplicación de la norma y ésta tendrá todos los efectos propios en el caso en particular (salvo como advertimos, que sea la propia judicatura quien, en ejercicio del control difuso de constitucionalidad se expida sobre el punto lo que sin dudas plantea una situación de conflicto con el derecho de defensa y las bases del sistema adversarial que no podremos abordar aquí).

Sin embargo, vayamos al supuesto de que el Ministerio Público Fiscal (o incluso la judicatura) entienda que todo lo relativo a la cualidad de la pena es materia de fondo reservada al Congreso Nacional y reclamen la inconstitucionalidad de la norma más beneficiosa, el elemento que impide la declaración de inconstitucionalidad se relaciona con las propias dificultades que se presentan sobre la naturaleza de ley de ejecución, y justamente debido a esta situación de duda, de falta de certeza y de contradicciones normativas, que deben regir las reglas de interpretación penal.

En efecto, si el Ministerio Público Fiscal sostiene que corresponde al Congreso de la Nación regular todo lo relativo a la cualidad de la pena y plantea la inconstitucionalidad de la norma (lo cual debería hacer no sólo si no es más beneficiosa sino también en todo lo atinente a la cualidad de la pena), se encuentra con una dificultad normativa ya que la

ley 24.660 reformada por ley 27.375 ha dispuesto que sólo el cómputo de pena, libertad condicional y libertad asistida son institutos complementarios al Código Penal.

En segundo lugar, al no encontrarse clara la naturaleza jurídica de la ley de ejecución penal tanto a nivel doctrinario, jurisprudencial como en relación a las contradicciones normativas señaladas y contraposiciones con los principios constitucionales, esta situación de duda debiera ser resuelta en favor de la persona condenada.

Con relación a ello los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, la CADH, la jurisprudencia de la Corte Interamericana y los códigos procesales provinciales prescriben sobre la necesidad de ante un caso de duda sobre el alcance de la norma utilizar la regla de interpretación pro persona y de valerse de aquel criterio que más derechos otorgue a la persona.

Por lo tanto, la ausencia de claridad sobre la naturaleza jurídica de la norma (hasta tanto no se resuelva el punto en cuestión) posibilitaría que en el caso en concreto pueda aplicarse la norma que mayores derechos conceda a la persona.

3.3.4. Ley Nacional y Mandato de Determinación

Más allá de las dificultades advertidas en el desarrollo del tema en particular debemos tener presente el punto central de este apartado relativo la ley que debiera regir la cualidad de la pena, concluyendo al respecto que resultaría necesario que todo lo atinente a la regulación de la cualidad de la pena emane de una ley de ejecución penal dictada por el Congreso de la Nación y que se cuente régimen nacional unificado en todo el país cuyas normas respeten los derechos de las personas privadas de libertad y no se establezcan medidas regresivas en tal sentido, lo que permitirá garantizar el principio de legalidad ejecutiva y cumplir con el mandato de determinación, como así también permitirá resguardar los principios de igualdad, humanidad, razonabilidad y reinserción social.

En este sentido, se ha sostenido que “la exigencia de determinación rige también para el aspecto de las consecuencias jurídicas” del delito²⁰⁹ por lo que la ausencia de claridad sobre la ley aplicable a la ejecución penal no hace más que socavar la necesidad

²⁰⁹ MAURACH, Reinhart y HEINZ, Zipf, *Derecho penal. Parte general*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 1994, p. 159.

de cumplir con tal mandato y asegurar el respeto por el principio de legalidad como límite al actuar represivo del Estado.

En esencia para el debido resguardo del principio de legalidad en el ámbito de la ejecución penal se requiere de una ley del Congreso de la Nación que establezca con claridad y precisión la cualidad de la pena.

A su vez, no bastará con una ley nacional *per se* sino que el contenido de la ley debe determinar en qué condiciones se cumplirá esa pena privativa de libertad, qué conductas del individuo permitirán el acceso a los distintos derechos reconocidos en la ley de ejecución y, especialmente, qué conductas debe haber llevado adelante la Administración a fin de que se cumpla la finalidad o finalidades propia de esta etapa con su correspondiente consecuencia jurídica en caso de no cumplir con su posición de garante.

Sin embargo, de la simple lectura de la ley nacional (o incluso de las leyes provinciales) puede advertirse que frente a ciertos supuestos cotidianos no se han previsto consecuencias o sanciones para el incumplimiento del Estado. A modo de ejemplo, si nos preguntáramos si ¿podrá reclamársele a la persona condenada el contar con pronóstico favorable de reinserción social si el Estado no brindó los medios y herramientas necesarias? La respuesta parece inclinarse por la negativa aunque la ley no haya determinado expresamente tal consecuencia jurídica, por lo que para responder en tal sentido deberemos valernos de otros principios.

Por otro lado, tampoco puede soslayarse que, además de la falta de claridad y certeza en la determinación de la ley que rige la ejecución penal, la adecuación del principio de legalidad al proceso de ejecución también se encuentra con otras dificultades específicas de este proceso en particular, desde que gran parte de los requisitos que se exigen a las personas condenadas para acceder a los distintos derechos no podrán ser conocidos o encontrarse determinados de antemano, es decir, se trata de una instancia en esencia indeterminada y sujeta a modificaciones o alteraciones que también pueda sufrir la persona a lo largo de la condena. Verbigracia no se encontrará determinado al momento de comisión del delito qué actividades se le reclamarán a la persona de ser condenada para disponer una morigeración de la pena y cuya configuración depende de la administración penitenciaria.

Al respecto sostiene Ferrajoli que la indeterminación de la etapa de ejecución implica la duplicación del trabajo judicial pues:

la pena, después de haber sido determinada por los jueces en relación con el delito cometido, deberá re-determinarse por los órganos encargados de la ejecución en relación con la conducta vital en la cárcel. Se confiere así a estos órganos un poder inmenso e incontrolado: la pena cuantitativamente flexible y cualitativamente diferenciada en sede de ejecución no es menos despótica, en efecto, que las penas arbitrarias premodernas, de las que difiere solamente porque el arbitrio, en lugar de agotarse en el acto de su irrogación, se prorroga durante todo el curso de su aplicación²¹⁰.

Sobre este punto se expuso la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Romero Cacharane” originario de nuestra provincia donde sostuvo:

Que uno de los principios que adquiere especial hábito dentro de las prisiones es el de legalidad, ello por cuanto la manera en que las autoridades penitenciarias le dan contenido concreto al cumplimiento de la pena dispuesta por autoridad judicial y sus sucesivas alteraciones, pueden implicar una modificación sustancial de la condena, y por lo tanto queda a resguardo de aquella garantía. Esta Corte al definir el principio de legalidad, ha señalado que “toda nuestra organización política y civil reposa en la ley. Los derechos y obligaciones de los habitantes así como las penas de cualquier clase que sean, sólo existen en virtud de sanciones legislativas y el Poder Ejecutivo no puede crearlas ni el Poder Judicial aplicarlas si falta la ley que las establezca” (Fallos 191:245 y su cita). No existen razones aceptables para considerar que esta definición del principio de legalidad no abarca también la etapa de ejecución de pena²¹¹.

En efecto, el contenido de la pena y su cualidad en concreto se determinará primero administrativamente y luego judicialmente, desde que será la administración penitenciaria quien configurará (sin intervención de la defensa, contradictorio, oralidad y control del/la juez/a), el contenido del periodo de observación y la propuesta de actividades, siendo dichos objetivos y su cumplimiento los que irán determinando en alguna medida los avances y retrocesos en el régimen penitenciario, por ello la importancia del principio de legalidad y de control judicial.

²¹⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, p. 408.

²¹¹ CSJN, “Romero Cacharane, Hugo S/Ejecución Penal”, 09/03/2004.

A su vez, puede señalarse que también colisionarán con este principio todas aquellas disposiciones cuyos términos resulten vagos, ambiguos, equívocos y permitan la arbitrariedad de las resoluciones, demandando conductas de las personas privadas de libertad que no fueron debidamente determinadas.

Ahora bien, pese a todas las dificultades descritas en el presente apartado ello no implica que no deba pensarse en la adecuación del principio de legalidad y sus implicancias al proceso de ejecución penal a efecto de dotarlo de las garantías penales necesarias para el resguardo de los derechos fundamentales o, mejor dicho, con mayor razón, debido a estas dificultades es que será necesario intentar adecuar este proceso a dichas garantías.

En adición, el proceso de conocimiento en la etapa de ejecución también deberá adecuarse al *ámbito de reserva* en la medida que no podrá reprocharse a la persona condenada aspectos que queden amparados bajo dicha prescripción.

3.4. *Principio de Derecho Penal de Acto en el Proceso de Ejecución*

Como vimos en el capítulo I el derecho penal castiga hechos, comportamientos que estableció como prohibidos en la medida que afectaron o pusieron en peligro un bien jurídico que se pretende proteger y que, por tanto, implican una consecuencia jurídica, es decir la sanción penal.

Desde esta perspectiva, puede sostenerse que la estructura de “acto” que rige el proceso penal también resulta aplicable a la ejecución penal, tanto en lo que refiere a las conductas desplegadas por la Administración penitenciaria respecto al cumplimiento de las finalidades propias del proceso como así también respecto a las conductas de la persona condenada en cuanto a cumplimiento de los objetivos debidamente delimitados y propuestos a éste mediante un debido proceso.

Retomando algunos de los cuestionamientos que acertadamente recibió el principio de reinserción social entendido como requisito para avanzar por el régimen progresivo de la pena o acceder a libertades anticipadas según la reforma, corrección, readaptación o modificación de la personalidad, forma de pensar o arrepentimiento demostrado por la persona condenada debemos indicar los diversos aportes realizados en la materia.

Alderete Lobo explica con respecto a la calificación de concepto de las personas privadas de libertad que sirve de base para evaluar el requisito de “pronóstico” favorable de reinserción social, que dicha calificación se debe formar valorando en forma *objetiva* el modo en que las personas condenadas se ajustaron a las actividades que exceden la mera observancia de la convivencia y disciplina intramuros (trabajo y educación) y se debe considerar siempre a favor de la persona condenada, el desempeño en todas aquellas actividades que no siendo obligatorias, se encuentran aconsejadas en su programa de tratamiento (o plan de actividades) y fueron aceptadas y desarrolladas deliberadamente por la persona condenada²¹².

Por su parte, Diaz Cantón y Pitlevnik agregan que "la evaluación del concepto del condenado a la que debiera acudir el juez para la concesión o no de la libertad condicional conforme lo exige la norma penitenciaria, debe prescindir de toda evaluación del sujeto en función de lo que es"²¹³.

De tal modo, el principio de derecho penal de acto en el proceso de ejecución como proceso de conocimiento impide considerar aspectos propios del derecho penal de autor, es decir relativos a lo que la persona es o como piensa y supone un filtro de culpabilidad relacionándose con tal principio en cuanto impide exigir a la persona condenada el cumplimiento de objetivos que se convierten de imposible realización por obstáculos provocados por circunstancias no imputables a las mismas (traslados, falta de cupo en las actividades, etc.).

Sobre este punto Cesano ha sostenido que en aquellos casos en que la persona condenada ha cumplido los plazos temporales del artículo 13 del Código Penal sin tratamiento (sea porque el proceso penal duró excesivamente o, simplemente, porque el

²¹² ALDERETE LOBO, Rubén A., *La libertad condicional...*, p. 125; CESANO, José Daniel, *Contribución al estudio de la libertad condicional. Análisis dogmático y político criminal de acuerdo a la reforma de la ley 25.892*, Córdoba, 2008, Editorial Mediterránea, pp. 90-92; SALDUNA, Mariana y DE LA FUENTE, Javier E., *Ejecución de la pena privativa de libertad. Comentario a la Ley n°24.66° reformada por la Ley 27.375*, 1° ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editores del Sur, 2019, p.132.

²¹³ DIAZ CANTÓN, Fernando y PITLEVNIK, Leonardo, "Las condiciones para obtener la libertad condicional", *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, Del Puerto, v. 1998-A, pp. 190-191.

Estado no dispone de los medios para materializarlo) no resultaría exigible la calificación de concepto y bastaría con el informe disciplinario emitido por el centro de detención²¹⁴.

Se trata entonces, del conjunto de exigencias que giran alrededor de la exterioridad del comportamiento penalmente relevante en la ejecución de la pena, que, con especial relación al principio de legalidad, supone en primer lugar, cierta delimitación de lo que debe hacer la Administración Penitenciaria para el cumplimiento de los fines respectivos con su correspondiente consecuencia jurídica en caso de no proceder del modo dispuesto, y segundo lugar, relativas al comportamiento de la persona condenada en el cumplimiento de su pena y las actividades o condiciones efectivamente ofrecidas, como únicas medidas sujetas a verificación y comprobación.

Dicho de otro modo, y en particular alusión a los requisitos requeridos de las personas privadas de libertad para acceder por ej. A la libertad condicional y en particular el de “alcanzar la reinserción social” al cual hicimos alusión cuando tratamos el principio de humanidad y reinserción social, encontrándose el Estado en posición de garante de los derechos de las personas privadas de libertad y debiendo dirigir sus acciones al cumplimiento de los objetivos propios de esta etapa, no podría exigirse a la persona condenada el cumplimiento de tal requisito sin que previamente y conforme al principio de exterioridad o de actos se analicen los comportamientos, conductas, hechos, mediante los que el Estado proporcionó condiciones necesarias dignas de alojamiento y aptas para un desarrollo personal adecuado, puesto que en definitiva los “medios de tratamiento”, no son otra cosa que actividades concretas, debiendo responder a la ponderación de elementos objetivos y verificables y no a la modificación de su persona.

En igual sentido, la Corte Suprema en el fallo “Mendez”²¹⁵ indicó la invalidez de proceder a utilizar la idea de reinserción social para resolver en contra de quién se encuentra en privación de libertad, impidiendo “que el Estado ponga la satisfacción – total o parcial- de obligaciones propias en cabeza del interno” (considerando 3°)

²¹⁴ CESANO, José Daniel, *Contribución al estudio de la libertad condicional. Análisis dogmático y político criminal de acuerdo a la reforma de la ley 25.892*, Córdoba, Editorial Mediterránea, 2008, p. 97.

²¹⁵ CSJN, “Méndez, Daniel Roberto s/ recurso de casación”, M. 821. XLIII, Buenos Aires, 1° de noviembre de 2011.

En dicha inteligencia, también corresponde descartar cualquier tipo de requisito o evaluación que se refiera a “acreditar” cambios en la persona condenada, en su forma de pensar, en sus características propias de personalidad o de arrepentimiento o introyección en la víctima, propios de peligrosidad de autor.

Al respecto, debemos destacar que en el año 2017 se sanciona en la provincia de Mendoza la ley 8.971 en la que, conforme surge de varios puntos de su articulado (por ejemplo, en el artículo 19), establece como requisitos para acceder a los distintos institutos del régimen progresivo que la persona condenada “demuestre” arrepentimiento e introyección en el rol de la víctima, lo que a todas luces resulta incompatible con el principio de humanidad, reinserción social, legalidad y del derecho penal de acto.

En este sentido, también puede traerse a colación lo resuelto por la Corte IDH en el caso *Fermín Ramírez vs Guatemala*, pues cuando se invoca el criterio de la peligrosidad (lo que podía conllevar a la sanción a pena de muerte en dicho país), sostuvo:

el problema que plantea la invocación de la peligrosidad no sólo puede ser analizado a la luz de las garantías del debido proceso, dentro del artículo 8 de la Convención. Esa invocación tiene mayor alcance y gravedad. En efecto, constituye claramente una expresión del ejercicio del *ius puniendi* estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía [...] En fin de cuentas, se sancionaría al individuo – con pena de muerte inclusive – no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es [...] En consecuencia, la introducción en el texto penal de la peligrosidad del agente como criterio para la calificación típica de los hechos y la aplicación de ciertas sanciones, es incompatible con el principio de legalidad criminal y, por ende, contrario a la Convención²¹⁶.

Así, las cosas, la plena vigencia del principio de derecho penal de acto viene a resguardar la libertad interior de la persona, su intimidad y formas de pensar y además su libertad exterior a efectos de que pueda realizar todo lo que no estuviere prohibido, como manifestación propia del artículo 19 de la Constitución Nacional.

²¹⁶ Corte IDH en el caso *Fermín Ramírez vs Guatemala*. Sentencia de 20 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Por lo tanto, puede concluirse que el objeto de conocimiento en la instancia de ejecución penal solo puede referirse a aquello que, valga la redundancia, se puede conocer, es decir, comportamientos, conductas, acciones, hechos (tanto de la Administración penitenciaria como de la persona privada de libertad en los términos señalados), y que se configuran como unidades verificables, susceptibles de prueba, para lo cual se requerirá de un procedimiento apropiado a fin de que la información se brinde ante un/a juez/a imparcial, de manera oral, en inmediación con las partes y con posibilidad de contralor y contradictorio, es decir, se pueda verificar, refutar y comprobar.

En efecto no se puede impedir a la persona el acceso al derecho por hechos “que pueda cometer”, por hechos futuros que claramente son indemostrables (no se puede probar el futuro) ni tampoco en base a “pronósticos” que más que unidades verificables configuran opiniones, juicios de valor, y por lo tanto unidades no verificables, refutables ni comprobables.

A su vez, para que se puedan efectivizar las garantías y principios señalados resulta de fundamental importancia la judicialización del proceso de ejecución.

3.5. *El Principio de Judicialización y sus Particulares Implicancias en el Proceso de Ejecución.*

Teniendo en cuenta, entonces, que el proceso de ejecución consiste, en definitiva, en un periodo sujeto a cambios, modificaciones, incluso por el propio paso del tiempo, sosteniendo gran parte de la doctrina en la materia que se trata de una “etapa” indeterminada en su esencia, resulta necesario que se instaure un proceso en el que “se respeten todas las garantías del proceso penal”²¹⁷, siendo la judicialización una “extensión del ámbito de actuación del derecho procesal a la etapa de ejecución de sentencias”²¹⁸.

Consecuentemente, si el principio de legalidad se extiende a la etapa de cumplimiento de pena, esto nos lleva a concluir que se trata de la aplicación de derecho penal material o de fondo y ello exige el control judicial. Es decir la propia vigencia del

²¹⁷ SALT, Marcos, “Los derechos fundamentales de los Reclusos en Argentina”, en Iñiqui RIVERA BEIRAS- Marcos SALT, *Los derechos fundamentales de los Reclusos España y Argentina*, Editores del Puerto, 1999, p. 206.

²¹⁸ ALDERETE LOBO, Rubén A. *Acusatorio y ejecución...*, pág. 131; SALT, Marcos, “Los derechos fundamentales de los Reclusos en Argentina”, en Iñiqui RIVERA BEIRAS- Marcos SALT, *Los derechos fundamentales de los Reclusos España y Argentina*, Editores del Puerto, 1999, p. 262.

principio exige que el mismo no se agote una vez dictada la sentencia condenatoria, sino que debe comprender la fase de ejecución de la pena.

Ahora bien, para poder comprender el significado y el impacto que tuvo la consagración del principio de judicialización en el proceso de ejecución penal, debemos tener presentes las garantías procesales que desarrollamos en el capítulo II y, en especial, el principio de jurisdicción, aunque resultando necesario ahondar en esta instancia en la función de garantía que cumple la jurisdicción, tanto en un aspecto general como específicamente en el proceso de ejecución en particular.

Vimos en el capítulo II que para la imposición de una pena se requiere de la comisión de un hecho unívocamente descrito y denotado como delito por la ley, la existencia de una acusación, prueba que la sustente y una sentencia emitida por un órgano jurisdiccional, independiente e imparcial, establecido con anterioridad al hecho del proceso.

A su vez, en el presente capítulo pudimos indicar como el principio de legalidad también guía el proceso de ejecución en particular, y tiene importantes implicancias, en la medida que la ley penal debe determinar no sólo el monto de pena a aplicar sino también en qué condiciones o con qué intensidad se cumplirá la misma, de qué modo.

De allí la importancia de que la pena sea determinada por el/la juez/a mediante la realización de un proceso que respete tanto las garantías penales como las garantías procesales, y que es lo que Ferrajoli denominó estricta jurisdiccionalidad.

En este sentido, Ferrajoli también ha resaltado la *función de garantía* de los derechos que cumple la jurisdicción, partiendo de la distinción de las funciones públicas en dos dimensiones de la experiencia:

voluntad y conocimiento, poder y saber, disposición y decisión, consenso y verdad, producción y aplicación del derecho, *legis-latio* y *iuris-dictio*", una vinculada a lo que he llamado esfera de lo decidible, la otra a lo que he denominado esfera de lo indecidible. Pertenecen a la esfera discrecional de lo decidible las funciones de gobierno, entre las cuales se pueden incluir tanto las legislativas como aquellas que son, en sentido estricto, gubernativas y las auxiliares de tipo administrativo. Por el contrario, se instituyen para actuar y defender la esfera de la indecidible las que podemos llamar funciones de garantía, en las que se incluye la función judicial [...] Las funciones de gobierno diseñan el espacio de la política, cuyos parámetros de valoración son la eficiencia y la utilidad de los

resultados obtenidos desde el punto de vista de los intereses generales y cuyas fuentes de legitimidad son por ello la representación política y el consenso. Las funciones de garantía corresponden por el contrario al espacio de la jurisdicción y de la administración sometida a la ley, cuyos criterios de valoración y cuyas fuentes de legitimidad son la corrección y el fundamento de las decisiones como presupuestos legales de su ejercicio²¹⁹.

De modo que, la legitimidad democrática de las funciones políticas de gobierno se basa en la representación y en el consenso, pero los fundamentos que justifican la separación con la función judicial se refieren a la naturaleza cognitiva de los presupuestos de jurisdicción y al papel de garantía de los derechos de los/las ciudadanos/as, propio del Estado democrático y de la necesidad de control del Poder Judicial del Poder Político.

Para explicar esta distinción en las funciones públicas y la necesidad de separación entre la función política y la función jurisdiccional, Ferrajoli indica que los fundamentos de legitimidad de la función judicial se refieren, en primer lugar, al carácter cognoscitivo de la jurisdicción (que proviene del principio de legalidad al que se haya vinculada la función judicial), destacando como dato común de la jurisdicción en general (civil, administrativa, penal, etc.) el hecho de que ésta consiste en la verificación de hechos o de situaciones²²⁰, mientras que las leyes, los reglamentos o las decisiones administrativas no son verdaderos ni falsos y su validez depende del cumplimiento de las formas que rigen su confección y su legitimidad política dependerá en la esfera privada de la autonomía de sus autores y, en la esfera pública, de su oportunidad y sintonía con los intereses generales. Las sentencias, por el contrario, serán siempre verificación de una violación, que exigen, por tanto, una motivación y fundamento en argumentos cognitivos respecto de los hechos y cognitivos respecto del derecho, de cuya verdad, aunque sea de forma aproximativa como es, en definitiva, toda verdad empírica, depende tanto su validez o legitimidad jurídica, como también su legitimidad política²²¹.

En segundo lugar, la separación de las funciones políticas y judiciales surge del papel de garantía de los derechos como fundamento de la legitimidad de la jurisdicción, en tanto se sostiene que el nexo entre la verdad y la validez de los actos jurisdiccionales

²¹⁹ FERRAJOLI, Luigi, *Escritos sobre derecho penal. Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi S.R.L., 2013, p. 345.

²²⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Escritos sobre derecho...*, p. 346.

²²¹ FERRAJOLI, Luigi, *Escritos sobre derecho...*, p. 347.

representa uno de los fundamentos de la división de poderes y de la necesaria independencia del Poder Judicial, de modo que la actividad cognitiva solo debe someterse a imperativos conducentes a la búsqueda de la verdad y no debe responder al poder político o el consenso popular.

A su vez, la función jurisdiccional también se refiere al ejercicio del poder judicial y su incidencia sobre los derechos y las libertades de las personas²²².

En efecto, si bien la jurisdicción tiene una clara función cognoscitiva también cumple una función de garantía de los derechos fundamentales de las personas, lo que, en particular, puede verse materializado en la creación de juzgados llamados “de garantías” que intervienen durante la etapa de investigación penal, o cuya función también les compete a los tribunales de juicio durante la tramitación de éste y la emisión de sentencia.

Con respecto a las cuestiones de política criminal y la función judicial de garantizar la eficacia de los derechos y evitar que estos sean vulnerados como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias, el fallo Verbitsky también ha señalado que:

ambas materias se superponen parcialmente cuando una política es lesiva de derechos, lo cual siempre se argumenta en contra de la jurisdicción, alegando que en tales supuestos media una injerencia indebida del Poder Judicial en política, cuando en realidad, lo único que hace el Poder Judicial, en su respectivo ámbito de competencia y con la prudencia debida en cada caso, es tutelar los derechos e invalidar esa política sólo en la medida en que los lesiona. Las políticas tienen un marco constitucional que no pueden exceder, que son las garantías que señala la Constitución y que amparan a todos los habitantes de la Nación; es verdad que los jueces limitan y valoran la política, pero sólo en la medida en que excede ese marco y como parte del deber específico del Poder Judicial. Desconocer esta premisa sería equivalente a neutralizar cualquier eficacia del control de constitucionalidad²²³.

He aquí entonces, el doble papel de la jurisdicción, relativo a la comprobación de las premisas fácticas del caso planteado y la tutela de las libertades y derechos de las personas contra el poder y los intereses de la mayoría.

²²² FERRAJOLI, Luigi, *Escritos sobre derecho...*, p. 349.

²²³ Corte Suprema de la Nación Argentina, Fallo Verbitsky, Sentencia No. V. 856. XXXVIII de 3 de mayo de 2005.

En este sentido toma especial importancia el principio de independencia judicial, no sólo frente a los otros poderes del Estado sino también a la independencia interna de los/as magistrados/as frente a vínculos jerárquicos o burocráticos.

La fuente de legitimidad de la jurisdicción se funda entonces, en el respeto de las garantías y la protección de los derechos fundamentales, donde las garantías jurisdiccionales, y en particular las penales y procesales, a las que hemos hecho alusión en los capítulos I y II, son esencialmente garantías de los derechos de libertad y de inmunidad de la persona contra el arbitrio policial y judicial, y lo mismo puede decirse también del carácter tendencialmente cognitivo del juicio.

Ahora bien, con relación a la vigencia del principio de judicialización en el proceso de ejecución cabe tener presente que originalmente se pensaba en la ejecución de la pena como actividad administrativa por lo que la intervención de la jurisdicción era ínfima.

Sin embargo, dicha postura sufrió importantes modificaciones, en primer lugar, con la sanción de la Ley Nacional de Ejecución Penal N°24.660²²⁴ en el año 1996 que vino a consagrar el control judicial y la función de garantía de la jurisdicción y posteriormente con el impacto del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Romero Cacharane”²²⁵.

En efecto, mediante la sanción de la ley nacional se sienta y reconoce la necesidad de intervención de la autoridad jurisdiccional en el proceso de ejecución con una clara quita de facultades al poder ejecutivo y un mayor control de la justicia de los centros de detención debido a los abusos o arbitrariedades que se denunciaban del actuar político, las violaciones a los derechos humanos que históricamente han ocurrido en el interior de las prisiones y el oscurantismo que lo ha regido.

De tal modo, el mentado principio de control judicial de la pena implicó, por un lado, que el control judicial de la ejecución de penas fuese permanente y, por otro lado,

²²⁴ Ley de Ejecución de la pena privativa de la libertad. Sancionada 19/6/1996. Promulgada 8/7/1996.

²²⁵ CSJN, “Romero Cacharane, Hugo Alberto S/Ejecución Penal”, R. 230. XXXIV, 09 de marzo de 2004.

que tal control fuere puesto en manos de los/las jueces/zas de ejecución u encargados/as de la misma, es decir sea un control jurisdiccional.

Muestra de ello, es el artículo 208 del Capítulo XVII de la ley 24.660 pues prescribe que el control judicial recaerá en los/las jueces/zas de ejecución o competente, quienes verificarán, por lo menos, semestralmente si el tratado de las personas condenadas y la organización de los establecimientos se ajusta a las prescripciones de la ley y reglamentos que se dicten (sin perjuicio de que el Poder Ejecutivo también lleva adelante un control de los ámbitos referidos), que llamaremos control jurisdiccional.

Vemos entonces, que la ley 24.660 prescribe que la ejecución de la pena privativa de la libertad, en sus distintas modalidades, estará sometida al permanente control judicial, siendo la autoridad jurisdiccional quien garantizará el cumplimiento de las normas constitucionales y los tratados internacionales ratificados por la República Argentina y los derechos de las personas condenadas no afectados por la condena o por la ley y que será su competencia resolver las cuestiones que se susciten cuando se considere vulnerado alguno de los derechos de las personas condenadas (Arts. 3 y 4 Ley 24.660).

En este sentido, la ley consagra el principio de judicialización pero poniendo en cabeza de la jurisdicción el contralor del actuar del poder ejecutivo (o poder político) en la medida que es éste quien administra los centros de detención y la pena y también se le reconoce su función de garantía al otorgarle competencia para resolver en todas aquellas situaciones en las que se consideren afectados derechos de las personas privadas de libertad.

En dicha inteligencia, la autoridad jurisdiccional actúa también como autoridad de control del accionar administrativo ej. ante la denegatoria de periodo de prueba, calificación de concepto o en lo que refiere a la imposición de sanciones disciplinarias donde interviene como instancia superior de apelación del actuar de la administración.

Pero, a su vez, conforme a la citada normativa se otorga un mayor protagonismo a la jurisdicción en la medida que será de su competencia resolver (otorgando o rechazando) aquellas cuestiones relativas a la prisión domiciliaria, otras modalidades alternativas, salidas transitorias, semilibertad, libertad condicional (ya prevista en el Código Penal), libertad asistida.

Por lo tanto, el principio de judicialización importa que todas aquellas decisiones de la etapa de ejecución penal que impliquen una modificación de las condiciones cualitativas de cumplimiento de la pena impuesta, conforme las prescripciones de la ley penal (vg.: tipo de establecimiento en el que se alojará el interno o su ubicación en el régimen progresivo una vez calificado por el organismo criminológico, aplicación de sanciones disciplinarias que importen privaciones de derechos, avances y retrocesos en el régimen progresivo, obtención de derechos penitenciarios de egreso anticipado -salidas transitorias, semilibertad, libertad condicional y asistida, alternativas para situaciones especiales-, etc.), deben ser controlados y/o tomadas por el/la juez, dentro de un proceso en el que se respeten las garantías propias del procedimiento penal.

Por su parte, nuestro máximo Tribunal en el fallo “Romero Cacharane”, reforzó diferentes aspectos vinculados a la importancia del control jurisdiccional de la ejecución de la pena y la vigencia efectiva de las garantías individuales de las personas privadas de libertad, sosteniendo que:

los postulados de la ciencia del derecho penal actual tendientes a un control total de la ejecución penal por parte de los órganos jurisdiccionales (conf. Roxin, Claus, Derecho Procesal Penal, ed. Del Puerto, 2002, § 57, A y B, pág. 501 y sgtes.) han sido plenamente recogidos por nuestro ordenamiento jurídico [...] Este principio llamado de “judicialización” significó, por un lado, que la ejecución de la pena privativa de la libertad, y consecuentemente, las decisiones que al respecto tomara la autoridad penitenciaria debían quedar sometidas al control judicial permanente, a la par que implicó que numerosas facultades que eran propias de la administración requieran hoy de la actuación originaria del juez de ejecución. Estas modificaciones respondieron fundamentalmente a la necesidad de garantizar el cumplimiento de las normas constitucionales y los tratados internacionales respecto de los condenados, criterio que no es más que un corolario de aquellos principios que procuran garantizar que “el ingreso a una prisión, en tal calidad [de condenado], no despoje al hombre de la protección de las leyes y, en primer lugar, de la Constitución Nacional [...] Que, a su vez, este control judicial permanente durante la etapa de ejecución tiene como forzoso consecuente que la vigencia de las garantías constitucionales del proceso penal se extienda hasta su agotamiento. En efecto, si la toma de decisión por parte de los jueces no se enmarca en un proceso respetuoso de las garantías constitucionales del derecho penal formal y

material, la "judicialización" se transforma en un concepto vacío de contenido, pues el control judicial deja de ser tal²²⁶.

Se procura con tal principio rector de la ejecución penal una extensión del ámbito de actuación del derecho procesal penal al proceso de ejecución de penal.

Ahora bien, lo que, en definitiva, permite que se cumpla con la función de garantía que tiene la jurisdicción es su competencia como órgano decisor, tanto respecto a las cuestiones de afectación de derechos de las personas privadas de libertad como al intervenir en los casos específicos relativos a la progresividad del régimen y modalidades alternativas.

En este sentido, si bien no se desconocen los efectos positivos que hacia dentro de las prisiones tiene un mayor control externo (o jurisdiccional) y se valora el aporte de la ley nacional a fin de evitar abusos del poder político en la administración y ejecución de penas, la efectiva garantización de los derechos vendrá dada por las facultades que tiene la jurisdicción para decidir y ordenar medidas para el resguardo de los derechos fundamentales.

A su vez, entiendo que la función de contralor judicial establecida por la ley nacional, deberá analizarse en base a los postulados del sistema acusatorio y el rol de las partes en el proceso, sosteniendo, como lo hicimos en el capítulo anterior, que este sistema es el que mayores garantías brinda para el resguardo y protección de los derechos fundamentales.

De tal modo, al adentrarnos en el capítulo siguiente al estudio del rol del/la juez/a de ejecución deberemos indicar, conforme a los parámetros del sistema acusatorio, si el control judicial debiera continuar ejerciéndose por la autoridad jurisdiccional incluso de oficio o si este control judicial debiera ser impulsado o estar a cargo de otro sujeto procesal sin que ello implique desligar a la autoridad jurisdiccional de su función de garantía de los derechos en la medida que conserva su facultad de órgano decisor y de igual modo efectuará un control del accionar del poder ejecutivo a cargo de la administración de los centros de detención como de los sujetos intervinientes en este proceso.

²²⁶ CSJN, "Romero Cacharane, Hugo Alberto S/Ejecución Penal", 09/03/2004.

En definitiva, la importancia del papel de la jurisdicción en la ejecución penal radica en su función de garantía de los derechos de las personas condenadas y resulta central para resguardar los principios fundamentales a los que hicimos alusión durante el presente capítulo.

4. Conclusiones parciales

De lo expuesto puede advertirse que el proceso de conocimiento ejecutivo se identifica con el proceso de conocimiento penal en la medida en que requiere de una ley que determine y regule cómo se cumplirá la pena privativa de libertad y en el que se resguarde el principio de humanidad, de igualdad, de derecho penal de acto y con necesaria vigencia del principio de jurisdicción.

Por lo tanto, en cada instancia que se trate debe propender a la comprobación de la verdad de lo acontecido en la ejecución de esa pena, de hechos, actos, comportamientos desplegados por el Estado respecto a brindar un trato y condiciones dignas, de qué herramientas facilitó para la reinserción social de la persona y solo a *posteriori* qué hizo el/la condenado/a con ellas, con la consecuente aplicación de consecuencias jurídicas que de cada caso se deriven, adecuado a los mentados principios o garantías penales que aquí describimos.

Sin embargo, si bien podemos concluir que las garantías penales pueden y deben ser adecuadas a este proceso en particular y señalamos qué impacto deben tener para que el proceso ejecutivo sea respetuoso de las mismas, se advierte que ciertos postulados de la ejecución penal aún se encuentran en colisión con ellas.

Por otro lado, cabe destacar que el proceso de conocimiento ejecutivo no sólo presupone una adecuación a las garantías penales sino también de las garantías procesales para que, en el procedimiento a aplicar, se encuentre determinada la actuación de los sujetos intervinientes, el aspecto probatorio y resolutivo, so perjuicio de ejecutar penas ilícitas o arbitrarias.

Por tal motivo, analizaremos en última instancia (aunque no menos importante) el procedimiento de ejecución de la provincia a efectos de indicar si éste se condice y adecúa a las garantías procesales que describimos en el capítulo II.

CAPÍTULO IV

El Procedimiento de Ejecución Penal

1. Garantías Procesales y Ejecución Penal

Señalamos en el capítulo anterior la importancia de adecuar las garantías penales al proceso de ejecución como proceso de conocimiento y también adelantamos que este presupone a las debidas garantías procesales, aunque también con su correspondiente adecuación.

Enseña el profesor Julio Maier que el derecho procesal penal no puede ser pensado con independencia del derecho penal. Ambos, más la ejecución penal, son partes integrantes de un sistema, como instrumento de control social y para que el sistema funcione correctamente resulta necesario coordinar los fines e instituciones entre uno y otro, pues el Derecho procesal penal es el instrumento que la ley otorga al Derecho penal para su realización práctica²²⁷.

Al respecto también cabe traer a colación lo dicho por la Corte IDH en el caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá donde sostuvo que las garantías judiciales previstas en el art. 8 de la CADH no sólo se aplican a los recursos judiciales en sentido estricto “sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos²²⁸”.

En efecto, el proceso de conocimiento ejecutivo requiere de la instauración de un procedimiento con determinadas características, requisitos, formas y normas de actuación a los efectos de delimitar el modo en que se confirma la verdad de una determinada premisa fáctica, a quién le corresponde y cómo o bajo qué condiciones se deben

²²⁷ MAIER, Julio B.J., *Derecho procesal penal*, 2º ed., Tomo 1, Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 1999, p. 146.

²²⁸ Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72 123, párrafo 124.

determinar los derechos de las personas privadas de libertad que se encuentran en juego en dicho proceso.

Puede sostenerse entonces que toda demanda relacionada a las condiciones de castigo o modo en que se cumple la pena privativa de libertad deberá ser atendida por un/a juez/a que garantice un proceso acorde al juicio previo y el contradictorio de partes, lo que no será posible sin las garantías de publicidad y oralidad.

En efecto, el mentado principio presupone que la pretensión y derechos de la persona sea determinados mediante la realización de procedimientos acorde a los principios del juicio oral, público, en inmediación de las partes, con posibilidad de contradictorio, y por un juez independiente e imparcial.

2. El Procedimiento de Ejecución en la Provincia de Mendoza

Para comenzar debemos indicar cómo se lleva adelante el procedimiento ejecutivo y la ubicación normativa y funcional que se ha asignado a los sujetos procesales de la ejecución penal a fin de señalar si ello se condice con los lineamientos desarrollados.

Vimos que la finalidad del proceso consiste en que el Estado aplique condiciones de trato dignas y no deteriorantes para las personas privadas de libertad y que aporte herramientas que contribuyan a la reinserción social de las mismas a efectos de ejecutar una pena legítima, por lo que serán dichas obligaciones estatales y su realización (u omisión) las que delimitarán, en definitiva, el objeto de prueba propio de la ejecución penal, de sus incidentes y las consecuencias jurídicas a ellas asociadas.

Esto implica un cambio de paradigma en la materia, un cambio sobre el punto de partida y sobre el objeto central del proceso de ejecución como proceso de conocimiento ya que, hasta ahora, el foco se ponía centralmente en el comportamiento (y pensamientos o personalidad) de las personas privadas de libertad soslayando el conocimiento del cumplimiento de los objetivos concretos que tiene el Estado en este proceso particular.

De modo que, lo que se deberá verificar en esta instancia es cuáles son las condiciones de trato que aplica el Estado en la privación de la libertad, si se condicen con un trato digno, si se provee a las personas privadas de libertad de herramientas en pos de su reinserción social y, por último, cuál ha sido el comportamiento desplegado por la persona frente a ello.

Por lo tanto, las garantías procesales aplicables como así también las garantías penales adecuables a este proceso en particular delimitarán tanto el objeto de conocimiento como también las reglas y condiciones que deben seguir los procedimientos específicos para que se desarrolle tal actividad cognoscitiva, la participación de los sujetos procesales, la elaboración y producción de la prueba correspondiente sobre las premisas fácticas en que se sustente cada petición y la resolución a los planteos efectuados según cual fuere el caso.

Adviértase que para el cumplimiento de los fines de este proceso se han establecido normas de trato digno que el Estado debe brindar y garantizar y se instaura el régimen progresivo de la pena que cuenta con diferentes etapas o instancias (aunque no se trate del único mecanismo) y se establecen modalidades alternativas de cumplimiento de la pena en prisión (ej. prisión domiciliaria) para cumplir con los objetivos de trato digno y que propendan a la reinserción social de la persona.

2.1. *Habeas Corpus, Procedimientos Administrativos y Control Jurisdiccional*

A fin de garantizar la efectivización de los derechos fundamentales en juego resulta imperioso contar con los mecanismos correspondientes.

En este sentido cabe destacar que para cuestionar el agravamiento ilegítimo de las condiciones de detención se cuenta con una herramienta prevista en la Constitución Nacional en su artículo 43 y luego en la Ley 23.098 que es el recurso de habeas corpus.

En el ámbito de la Provincia de Mendoza el C.P.P. también se regula el recurso de Habeas Corpus (con su correspondiente procedimiento) a efectos de verificar los presupuestos fácticos sobre los que se basa, que se produzca prueba que sustente o no la petición y se obtenga una resolución jurisdiccional sobre el caso planteado. Tal procedimiento no se encuentra oralizado en la provincia, quien impulsa el recurso es la persona privada de libertad o alguien en su favor, el/la juez es quien produce prueba, es decir, manda a reunir elementos de prueba que sostengan o no la pretensión de los/las peticionantes y resuelve, de manera escrita sin intervención de la defensa.

Con relación al régimen progresivo (también reconocido en las Reglas Mandela²²⁹) éste cuenta con distintas etapas: a) el Período de observación (a cargo del

²²⁹ Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos Regas Mandela, regla 87.

Organismo Técnico Criminológico), b) Período de tratamiento (organizado en diferentes fases cuyo avance depende de las calificaciones de conducta y concepto, del dictamen del Consejo Correccional y de resolución del Director del Penal), c) Período de prueba (depende de las calificaciones de conducta y concepto, dictamen del Consejo Correccional y resolución del Director del Penal) y comprende luego posibilidad de acceder a salidas transitorias y semilibertad (dispuesto por autoridad jurisdiccional), d) Período de libertad condicional (concesión por autoridad jurisdiccional).

A su vez, entiendo debe adicionarse como instituto del régimen progresivo de la pena la libertad asistida puesto que si bien no se ha previsto textualmente como una etapa del régimen penitenciario comparte similar naturaleza jurídica con la libertad condicional (libertad anticipada sujeta a reglas) y permite además asegurar la progresividad mediante la disminución paulatina del encierro previo al cumplimiento íntegro de la condena (concesión por autoridad jurisdiccional).

De igual modo, las modalidades alternativas dependen de concesión jurisdiccional.

Con respecto a aquellas etapas cuya decisión inicial depende del servicio penitenciario debemos señalar se llevan adelante mediante procedimientos escritos, sin participación del/la condenado/a o su defensa, sin publicidad, sin oralidad, sin contradicción y sin control judicial, por lo que un gran cúmulo de instancias que integran el régimen progresivo de la pena y que, en definitiva, implican un impacto sobre el modo en que se cumple la pena privativa de libertad, se efectúan mediante procedimientos que no responden a los principios del juicio común ni se adecúan a las garantías procesales, por lo que claramente en las condiciones en que se efectúan se encuentran en colisión con los principios y garantías procesales que hemos desarrollado en el capítulo 2.

A modo de ejemplo, la confección del periodo de observación le compete al Organismo Técnico Criminológico (O.T.C.)²³⁰. donde solo se prevé que para la elaboración de la propuesta de actividades correspondiente que se escuche a la persona privada de libertad.

El “periodo de observación” es una etapa que debería ser imprescindible para cualquier pretensión de avance por el régimen progresivo ya que éste tiene un impacto

²³⁰ Ley 24.660, art. 13, art. 245, art. 249; Decreto Reglamentario 1166/98 modificado por Decreto 236/10 art. 1; ley 8.465 arts. 14 y 15.

significativo en la cualidad en que se cumple la pena, de modo que tanto la elaboración del periodo de observación como su resultado (plan de actividades) deben ser delimitados por los principios de humanidad, legalidad, reserva, materialidad y culpabilidad.

Por lo tanto, el “periodo de observación” adecuado a los principios penales consistiría, en concreto, en elaborar un plan de actividades o conductas que se le recomiendan al/la condenado/a para que lleve adelante en la privación de su libertad pero supeditadas indefectiblemente a lo que el Estado puede brindar, es decir, presupone que el Estado pueda brindar las condiciones materiales y fácticas para que la persona pueda cumplir con tal plan como condición para su determinación, pues de lo contrario mal podría exigirse a la persona que lleve adelante actividades que el Estado no brinda, no puede brindar o efectivamente no ha brindado.

En este sentido, la propuesta de actividades no debe basarse en el “ideal” de lo que debe ser la prisión sino que presupone para su elaboración y confección tener en consideración la realidad concreta de esa prisión y las consecuencias para la persona privada de libertad.

Por otra parte, la delimitación del plan de actividades (voluntarias) que se proponen a la persona condenada y, cuyo avance o cumplimiento de objetivos implicará una morigeración paulatina del encierro requiere de un procedimiento adecuado para su elaboración y, en este sentido, la necesaria intervención de la persona condenada junto a su defensa técnica en audiencia a efectos de poder controlar la actividad de la Administración, controvertir y refutar los postulados, proponer perito de parte, o lo que estime corresponder para garantizar tal derecho y en caso de desacuerdo con la Administración llevar adelante el procedimiento incidental de control ante la autoridad jurisdiccional en audiencia oral y pública.

Un procedimiento con las características señaladas permite garantizar su propia confección (desde que, conforme se informara por la Defensoría de Ejecución, en la mayoría de los casos tal propuesta de actividades no ha sido realizada pero luego se llega a una instancia de liberación anticipada donde se pretende analizar un “pronóstico” de reinserción social sobre la base de una propuesta de “tratamiento” que nunca se efectuó) como así también permite establecer el modo adecuado en que debe realizarse para poder ser admitida puesto que no es suficiente que la propuesta se realice sino que sea en el marco de un procedimiento con todas las garantías.

En efecto, si bien aquí se sostiene que la falta de realización del periodo de observación o de ausencia de las condiciones necesarias para que éste pueda cumplirse no podrían recaer en cabeza o actuar en contra de la persona privada de libertad en base al incumplimiento del Estado de su posición de garante y de afectación las garantías penales, ya advertimos, en este sentido, que la normativa de ejecución penal tampoco se ha encargado de prever las consecuencias que implica la omisión del Estado en el cumplimiento de sus obligaciones y la posición de garante que le cabe respecto a la efectivización de los derechos fundamentales, lo cual colisiona con el principio de legalidad y de culpabilidad.

Consecuentemente lo mismo ocurre con las demás instancias del régimen progresivo de la pena que se valen de esa propuesta de actividades para determinar o no el avance de la persona por dicho régimen, máxime cuando por ser el tiempo de detención dinámico así como las condiciones en que se cumple la pena privativa de libertad, puede variar por diversos factores y ello implica o requiere que el Estado deba rendir cuentas de lo efectuado conforme a su posición de garante y su obligación de actuar.

Tal es así que, por ejemplo, puede ocurrir que la persona privada de su libertad haya visto interrumpida su actividad educativa por traslado de penal y no haya sido incorporada en el nuevo complejo penitenciario por sobrepoblación y falta de cupo, por lo que si bien el Estado brindó dicha actividad en algún periodo de la privación de la libertad no pudo sostenerlo y ello exige ponderar tal situación o redeterminar los objetivos oportunamente impuestos para también redefinir el avance de la persona condenada por el régimen progresivo de la pena. De aquí la importancia de la llamada “verificación de tratamiento” que debe realizar el O.T.C.

En esencia, estamos entonces, ante un proceso dinámico, sujeto a modificaciones y alteraciones, por lo que el proceso de conocimiento propio o asociado a la ejecución penal tendrá por objeto determinar en qué condiciones se está cumpliendo esa pena privativa de libertad y en su caso, qué consecuencias debe tener la ausencia de condiciones de alojamiento y trato dignas lo que también termina repercutiendo en el régimen progresivo de la pena.

En definitiva, y como se viene indicando, la finalidad del proceso durante la ejecución de la pena consiste en determinar si el Estado está ejecutando una pena legítima, o sí por el contrario -por la razón que sea- aquella ha devenido en ilegítima.

Por lo tanto, cada situación o etapa debe poder ser cuestionada ante la autoridad jurisdiccional mediante principios rectores o lineamientos epistémicos del proceso que aseguran la calidad de información que se suministra al/la magistrado/a para para decidir y ejercer su función cognoscitiva y luego de garantía de los derechos fundamentales conforme a las reglas del juicio común.

De modo que, el procedimiento de control jurisdiccional de lo actuado por la Administración, y el procedimiento incidental que se implemente, también debe seguir esta lógica.

2.2. *El Procedimiento Incidental del C.P.P. de Mendoza*

El Código Procesal de la Provincia de Mendoza en el Libro Quinto “Ejecución”, en su art. 506 precisa entre las competencias del/la Juez/a de Ejecución “conocer en los incidentes que se susciten durante la ejecución de la pena” pero no ha establecido puntualmente cuáles son estos incidentes.

A su vez, respecto a la evolución del procedimiento incidental deben distinguirse varias etapas pues el antiguo artículo 509 del C.P.P. de Mendoza establecía que los incidentes podían ser planteados por la persona interesada, la defensa técnica de las personas privadas de libertad o por la fiscalía y debían resolverse, previa vista a la contraria en el término de cinco días.

Debido a que la mayoría de los incidentes eran iniciados por petición de las personas privadas de libertad o su defensa técnica luego se correría vista al Ministerio Público Fiscal de lo peticionado y los informes correspondientes era acompañados por escrito, para luego dictaminar la fiscalía también de manera escrita.

Respecto a la intervención de la defensa técnica de la persona privada de libertad por diferencia de criterios en los distintos juzgados de la provincia no todos ellos corrían vista del pedido incoado por su propio/a defendido/a ni de lo informado por los organismos administrativos o de lo dictaminado por la fiscalía para que ejerza justamente la defensa técnica correspondiente.

De modo que el incidente en cuestión era resuelto por el juez o la jueza de ejecución interviniente de manera escrita, sin participación de la defensa y de la persona privada de libertad con la sola remisión de informes y dictámenes también escritos.

Con la sanción de la Ley 8.971 (junio del año 2017), se modifica sustancialmente el modo de resolución de los incidentes en materia de ejecución de penas, estableciendo el nuevo artículo 509:

El incidente deberá tramitarse en audiencia oral y pública, salvo casos de privacidad decretada por el Juez. La víctima deberá ser notificada del incidente para su intervención, quien tendrá voz en la audiencia. No obstante, podrá presentar informe escrito acerca del objeto de la audiencia, en caso de no estar presente en la misma. Siempre podrá ser asistida por un abogado de confianza. Si el Juez decidiera en contra de su opinión, deberá fundar expresamente tal negativa. Las asociaciones de defensa de las víctimas y de intereses específicos en relación con el delito cometido, tendrán el mismo derecho de participar en la audiencia²³¹.

De este modo, se intentan seguir los lineamientos propios del sistema acusatorio y del juicio oral y público, como así también los sentados por la Corte Suprema en el fallo “Verbitsky” donde entre sus puntos centrales se refiere a la oralización de las decisiones trascendentes de la etapa de ejecución²³².

Sobre la importancia de la oralización en la etapa ejecutiva se ha sostenido que ella resulta doblemente auspiciosa²³³. Por un lado, abre la puerta a la extensión de las formas del debido proceso legal a la etapa ejecutivo-penal²³⁴. Por otro, genera las condiciones escénicas favorables para concretar una justicia penal alineada al principio de humanidad de las penas y la dignidad de las personas²³⁵.

²³¹ C.P.P.Mza. art. 509.

²³² CSJN “Recurso de hecho en caso Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus”, resolución de fecha 3 de mayo de 2005.

²³³ BOMBINI, Gabriel, “La oralidad en la etapa de ejecución de la pena: tendencias, reformas, prácticas”, en Revista de ejecución de la pena privativa de la libertad y el encierro. N° 10, Año 2020, p.3.

²³⁴ GARCÍA YOHMA, Diego – MARTÍNEZ, Santiago, “La oralización de las decisiones durante la ejecución de la pena”, publicado en <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/14149.pdf>

²³⁵ HAZAN, Luciano, “La introducción de audiencias preliminares como variable para la humanización del proceso penal”, en Anitua, G. y Tedesco, I. (comps.) La cultura penal. Homenaje al profesor Edmundo Hendler, Buenos Aires, Del Puerto, 2009, pp. 367- 381.

Comparecen a la audiencia entonces, el/la juez/a, un representante del Ministerio Público Fiscal, el/la condenado/a junto a su defensa técnica y eventualmente las víctimas o sus representantes si es que desean participar (en consonancia a la Ley Nacional 27.372 sobre los derechos y garantías de las personas víctimas de delitos donde se debatan incidentes de ejecución que impliquen la posibilidad de egreso transitorio o anticipado de los condenados).

En este aspecto, no puede negarse que la reforma implicó un avance en la materia, permitiendo al/la condenado/a el ejercicio de su derecho a ser oído/a y la participación necesaria de su defensa técnica, el dictado de la resolución en inmediatez con el tribunal.

Sin embargo, advertimos que los avances se quedaron a mitad de camino y aún el procedimiento no se adecúa a las implicancias del juicio oral y público, contradictorio, en inmediación con las partes, con comparecencia de los órganos de prueba para la producción de la misma en el debate o audiencia.

En efecto, la prueba que se utiliza para acreditar los extremos legales de los derechos peticionados por los/as condenados/as es confeccionada por la Administración penitenciaria, previo a la realización de la audiencia, sin control de partes, de manera secreta, para luego ser incorporada por lectura, es decir, no comparece a la audiencia quien confecciona la prueba, por lo que no existe entonces verdadera oralidad, inmediación de las partes con la prueba, la publicidad, se impide el control de la misma y el contradictorio, afectándose así las garantías que brinda el sistema acusatorio y en específico las reglas propias del juicio común.

Por otro lado, como pudo advertirse la normativa procesal no ha determinado cuáles son supuestos incidentales del proceso de ejecución penal no obstante, según la información recabada de la Defensa Pública de Ejecución de Mendoza, sólo aquellas que dependen de la autoridad jurisdiccional, y en especial salidas transitorias, semilibertad, libertad condicional, libertad asistida, estímulo educativo, posible revocatoria de salidas transitorias, prisión domiciliaria o modalidades alternativas, son analizadas y resueltas en audiencia conforme al trámite incidental pero no así los pedidos de habeas corpus, control jurisdicción de recalificación de concepto o de la sanción disciplinaria impuesta por la Administración que aún siguen la lógica del sistema escrito, secreto, inquisitivo.

De este modo, el trámite incidental implementado tampoco se adecua a los principios del juicio en tanto la prueba fundamental (por mandato legal) es confeccionada

por la administración penitenciaria²³⁶(lo que merece serios cuestionamientos que desarrollaremos infra) y se incorpora de manera escrita a la audiencia, sin comparecencia de los órganos de prueba y sin posibilidad de verificación y refutación de la información correspondiente, es decir sin posibilidad de interrogar, contrainterrogar, examinar o contraexaminar a los órganos de prueba, afectándose también la valoración que el órgano decisor pueda realizar de ello.

En efecto tal como se sostiene en la doctrina “Los mismos argumentos que en su momento se utilizaron para instaurar el juicio oral y, actualmente, las audiencias preliminares, son aplicables a esta instancia”²³⁷.

Sobre este punto ya advertía Binder que debemos ser cuidadosos en no caer en falsas oralidades.

En efecto, el proceso de ejecución como proceso de conocimiento exige pensar y adecuar al mismo a sus implicancias en todas las instancias en que se determinen derechos de las personas privadas de libertad. Sin embargo, en la actualidad la realización de los incidentes de ejecución implica para la defensa y la fiscalía que sólo se limitan a argumentar sobre lo escrito previamente, es decir, no hay verdadera oralidad ni contradicción, por lo que en los términos en que éste se desarrolla tampoco se adecúa a las garantías procesales que venimos describiendo y fundamentalmente colisionan con los principios fundamentales de oralidad, publicidad, contradicción e intermediación con las partes.

En base a ello, se insiste en que “no es posible justificar la afectación de derechos fundamentales de los condenados en razón de los problemas estructurales que sufre la actual administración de justicia”²³⁸.

²³⁶ Por ejemplo, según la ley 24.660 art. 17 de la sobre salidas transitorias, art. 54 por libertad asistida, art. 28 por libertad condicional y según Ley 8.465 art. 27 por salidas transitorias, art. 68 por libertad asistida.

²³⁷ GARCÍA YOHMA, Diego – MARTÍNEZ, Santiago, “La oralización de las decisiones durante la ejecución de la pena”, publicado en <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/14149.pdf>., p. 3.

²³⁸ GARCÍA YOHMA, Diego – MARTÍNEZ, Santiago, “La oralización de las decisiones durante la ejecución de la pena”, publicado en <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/14149.pdf>., p. 5.

Por otro lado, debemos señalar cuales son las características de los sujetos procesales que intervienen y su relación con las garantías procesales restantes.

3. Implicancias del Principio de Jurisdiccionalidad

Adelantamos en el capítulo anterior que el principio de jurisdiccionalidad resulta adecuado al proceso de ejecución y configura, a su vez, un principio rector del mismo.

En efecto, se destacó la importante función de garantía que cumple la jurisdicción derivada de su competencia como órgano decisor y de sus especiales características.

Vimos también que, en el ámbito de la ejecución penal el/la juez ejerce una función cognoscitiva y de tutela de los derechos de las personas privadas de libertad, desde que interviene respecto a las cuestiones de condición de detención y trato digno brindado a los/las condenados/as por la administración penitenciaria, como en los casos específicos relativos a la progresividad del régimen y modalidades alternativas que son sometidos a su consideración.

A su vez, destacamos que si bien resultaba atendible y valorable la propuesta de la ley 24.660 (y las leyes procesales dictadas a consecuencia) al asignar la competencia de control judicial al/la juez/a de ejecución convirtiéndolo en un control jurisdiccional, dicha función debe analizarse en base a los postulados del sistema acusatorio y el rol de las partes en el proceso, en tanto entendemos que este sistema es el que mayores garantías brinda para el resguardo y protección de los derechos fundamentales.

De tal modo, deberemos responder al interrogante que planteamos en el capítulo anterior respecto a ¿cuál rol del/la juez de ejecución y si conforme a los parámetros del sistema acusatorio, el control *judicial* debiera continuar ejerciéndose, incluso de oficio, por la autoridad jurisdiccional?

Con respecto a tal pregunta adelanto mi posición en el sentido de que el control judicial debiera ser impulsado o estar a cargo de otro sujeto procesal sin que ello implique desligar a la autoridad jurisdiccional de su función de garantía de los derechos de las personas e indefectiblemente requerirá para ello de una actividad cognoscitiva del accionar del poder ejecutivo a cargo de la administración de los centros de detención y el trato que brinda a las personas privadas de libertad.

Ahora bien, para fundamentar tal postura se deberá indicar el rol de los jueces y las juezas de ejecución y concordarlo o adecuarlo a los principios del sistema acusatorio que venimos desarrollando.

3.1. *El Rol de los Jueces y las Juezas de Ejecución Penal*

Señalamos que el/la juez/a que interviene en el proceso es el juez natural de la causa (establecido con anterioridad al hecho del proceso) y que el órgano decisor debe ser independiente e imparcial, siendo ésta última característica o condición de las más complejas de alcanzar en este proceso en particular.

En el derecho comparado se han instrumentado diversos sistemas para el control de la ejecución penal llamados impropios o indirectos en los que la intervención del juez o tribunal, especializado o no, se diseña principalmente por vía de recurso.

Ahora bien, “siguiendo el modelo instrumentado en 1924 en Brasil Juiz de execução- y continuado en Europa por el sistema italiano -magistrato di sorveglianza- que tuvo luego particular influencia en Francia -juge de l'application des peines- y España -juez de vigilancia penitenciaria-, entre otros”²³⁹, en nuestro país se optó por la instauración de un sistema propio o directo en el que el/la juez/a constituye un órgano específico de la etapa de ejecución penal.

Con relación al rol de dicha figura vimos que la Ley 24.660 vino a instaurar la judicialización de la ejecución y, por tanto, al/la Juez/a de Ejecución con un doble rol, como órgano de control y garante de que se respeten los derechos de las personas privadas de libertad de ejecución penal y las condiciones de trato dignas; y a su vez, como órgano decisor en cuanto a la concesión de los diferentes institutos de la progresividad del régimen, prisión domiciliaria y modalidades alternativas conforme describimos supra.

En este sentido adviértase que “Pese a que una de las principales funciones de estos órganos consiste en la supervisión del cumplimiento de la pena -lo que ha llevado a que, en España, por ejemplo, se lo llame juez de vigilancia penitenciaria- parece claro que sus atribuciones no se limitan exclusivamente a la custodia del establecimiento penitenciario”²⁴⁰, puesto que también se establecieron amplias facultades a los efectos de

²³⁹ ALDERETE LOBO, Rubén A., *Acusatorio y ejecución...*, p. 142.

²⁴⁰ ALDERETE LOBO, Rubén A. *Acusatorio y ejecución...*, p. 146.

intervenir y resolver todas específicas de la ejecución de la pena, por lo que función del/la juez/a consiste tanto en la vigilancia como en hacer cumplir la pena propiamente dicha a través de decisiones que pueden afectar su aspecto cualitativo.

En efecto, el artículo 506 del C.P.P. de Mza. Establece que:

Corresponderá al Juez de Ejecución, siempre que no se tratare de procesos en los que hubiere intervenido un Tribunal de Menores: 1) Controlar que se respeten las garantías constitucionales en el trato otorgado a los condenados y a las personas sometidas a medidas de seguridad. 2) Controlar el cumplimiento, por parte del imputado o condenado, de las instrucciones e imposiciones establecidas en los casos de suspensión de Juicio a prueba, libertad condicional y condena de ejecución condicional. 3) Controlar el cumplimiento efectivo de las sentencias de condena dictadas por los Jueces Correccionales y Cámaras del Crimen, con excepción de la ejecución civil. 4) Controlar la ejecución de las medidas de seguridad impuestas a inimputables mayores de edad. 5) Conocer en los incidentes que se susciten durante la ejecución de la pena, con excepción de los relacionados con el cómputo de las penas, de la revocación de la condena de ejecución condicional o de la libertad condicional por comisión de un nuevo delito; y de la modificación de la sentencia o de la pena impuesta por haber entrado en vigencia una Ley más benigna. 6) Conocer en las peticiones que presentarán los condenados a penas privativas de la libertad, con motivos de beneficios otorgados por la legislación de ejecución penitenciaria. (Concs. Art. 35 bis. CPP Cba.)²⁴¹.

Ahora bien, conforme señalamos anteriormente, aquellas decisiones que se refieran a las consecuencias directas en la sanción penal o a su aspecto cualitativo (como por ejemplo, aquellas relativas al avance y retroceso de las personas condenadas por los distintos periodos o institutos de atenuación de las condiciones de encierro como es el caso de las salidas transitorias, la libertad condicional o prisión domiciliaria) deben ser incluidas como facultades jurisdiccionales de la judicatura, por tratarse de cuestiones que afectan a la pena o a sus condiciones cualitativas, es decir al modo en que la pena se cumple, no pueden ser otra cosa que objeto de una decisión de carácter jurisdiccional²⁴².

Sin embargo, esta diferenciación no implica que el aspecto administrativo esté exento de la aplicación de las garantías del debido proceso a efectos de resguardar los

²⁴¹ C.P.P. de Mendoza, ley 6730, art. 506.

²⁴² ALDERETE LOBO, Rubén A., *Acusatorio y ejecución...*, p. 148.

derechos de las personas privadas de su libertad; es decir ello se debe aplicar de manera independiente de la naturaleza de los actos que afecten aquellos derechos.

En este sentido la Corte de la Nación sostuvo en el ya citado fallo "Romero Cacharane" que la negativa a reconocer garantías del proceso penal con sustento en diferenciar cuestiones administrativas de cuestiones jurídicas responde a una concepción anacrónica de la ejecución de la pena en la que la relación de sujeción especial del condenado con el Estado se da dentro de un ámbito administrativo, lo que conlleva, en la práctica, a restricciones a los derechos fundamentales de los reclusos, al ablandamiento del principio de legalidad y al debilitamiento del control jurisdiccional²⁴³.

A su vez, se dijo que aquellos casos que impliquen una alteración fundamental en el contenido cualitativo o cuantitativo de la pena jamás podrían integrar categorías diferentes, exigiendo siempre un proceso imbuido de todas las garantías²⁴⁴.

En conclusión, se comparte con el citado autor y lo expuesto por nuestra Corte Suprema que, no obstante parte de las facultades del/la juez/a de ejecución son de naturaleza administrativa y que otras son de naturaleza estrictamente jurisdiccional (por ejemplo la libertad condicional, salidas transitorias, libertad asistida o como órgano de control de la actividad de la administración avance y retroceso de períodos o fases, sanciones disciplinarias, calificaciones, etc.) tanto unas como otras exigen que la toma de decisión se desarrolle en el marco de un procedimiento que respete las garantías penales y del proceso penal a las que hemos hecho alusión con anterioridad.

3.2. *¿Debe el/la Juez/a de Ejecución ser Imparcial? ¿Puede serlo?*

En cuanto a las características del/la juez/a de ejecución cabe analizar si éste/a debe presentarse como tercero imparcial y si esto resulta posible en el proceso de ejecución como proceso de conocimiento. Ello guarda especial relevancia con la organización del sistema procesal que se adopte, entendiéndose conforme concluimos en el capítulo II que el sistema acusatorio es el que mayores garantías brinda para lograr reclamada imparcialidad del juzgador y del derecho de defensa.

Frente al primer interrogante, es decir, si el/la juez/a del proceso de ejecución también debe ser un juez/a imparcial, entiendo que debe responderse de manera

²⁴³ Ver considerando 7 del voto conjunto de los jueces MAQUEDA y ZAFFARONI.

²⁴⁴ Ver considerando 7 del voto del juez Carlos S. FAYT.

afirmativa, desde que se requiere que quien deba decidir sobre una pretensión durante el cumplimiento de la pena lo haga despojado/a de cualquier interés en la solución del caso sin tomar una intervención activa, puesto que no debe buscar la verdad *per se*.

Por lo tanto, la garantía no desaparece con la condena y, en la medida en que las decisiones que se adoptan durante su ejecución repercuten de manera directa en el aspecto cualitativo de ella, el órgano decisor debe actuar como tercero ajeno a la controversia²⁴⁵.

Sin embargo, debemos analizar si en los términos en que se encuentra prevista su intervención, puede sostenerse que estamos ante un juez/a que sea o pueda ser imparcial.

Recordemos que, por imperativo legal, el/la juez/a tiene la función de controlar que en el proceso se respeten todas las garantías constitucionales y tratados internacionales ratificados por la República Argentina en el trato otorgado a las personas privadas de libertad, lo que hace, en definitiva, al ejercicio de la función de garantía de la jurisdicción, es decir hace al compromiso de la judicatura con el resguardo de los derechos fundamentales en un Estado de derecho republicano y hacia el interior de las prisiones.

En este sentido se ha propiciado que el control de la ejecución de la pena sea un control jurisdiccional permanente, es decir incluso de oficio, por lo que se trata de un/a juez/a que no se presenta como un sujeto pasivo del proceso sino que realiza inspecciones, produce prueba, etc.

A su vez, tanto en la ley nacional de ejecución penal como en la ley provincial se establece que el/la juez/a de ejecución verificará, por lo menos semestralmente, si el tratamiento de las personas condenadas y la organización de los establecimientos de ejecución se ajustan a las prescripciones de la ley, debiendo resolver todas aquellas cuestiones que se susciten durante la ejecución de la pena como también ha quedado plasmado en el C.P.P. de Mendoza.

Adviértase entonces, que en los términos en que se encuentra regulado el control judicial de la pena, es decir como control jurisdiccional, el/la juez/a actuante no sólo debe controlar que la Administración Penitenciaria no incumpla con las obligaciones de brindar un trato digno, de acceso a derechos fundamentales y de brindar herramientas en pos de la reinserción social afectando derechos fundamentales de las personas privadas de libertad sino que también se encuentra en juego su propia responsabilidad como

²⁴⁵ ALDERETE LOBO, Rubén A., *Acusatorio y ejecución...*, p. 150.

garante de los mismos puesto que se le demanda un control de oficio, de manera permanente, activo.

Ahora bien, ya destacamos que la jurisdicción tiene una clara función cognoscitiva (relativa a la comprobación de las premisas fácticas del caso planteado) y de garantía de los derechos fundamentales de las personas. Sin embargo, el principio de imparcialidad puede verse seriamente comprometido si el control judicial al que alude la ley se entiende exclusivamente como control jurisdiccional, es decir solo bajo su responsabilidad y que debe ejercerse mayormente de oficio.

Si el/la juez/a que tiene facultades de decisión debe asumir un rol activo en la protección y garantización de derechos, investigando, produciendo prueba, realizando inspecciones de oficio y demás, se condiciona al principio el principio de imparcialidad, desde que quien investiga es quien también resuelve.

En efecto, esta doble competencia de la jurisdicción implica que el órgano decisor ya tenga un conocimiento previo del caso que se somete a decisión, lo cual afecta al principio en cuestión.

Adviértase por ejemplo que, si en manda de la obligación de control jurisdiccional, el/la juez/a actuante realiza una inspección de oficio de las condiciones de detención de determinado pabellón y producto de la inspección realizada advierte la falta de medicamentos, hacinamiento penitenciario o dificultades de acceso a la educación, tal situación produce, indefectiblemente, una afectación en particular a derechos individuales de cada una de aquellas personas puesto que, según cual fuere el caso puntual podrá incluso habilitar y sustentar un pedido de prisión domiciliaria por falta de atención médica adecuada, una promoción de fase, acceso a una libertad anticipada o una morigeración del encierro según la mayor o menor intensidad de la afectación causada a las condiciones mínimas de trato digno que el Estado debía brindar y, por lo tanto, ello supondrá también un conocimiento previo del/la juez al caso que luego se someta a su consideración.

De modo que si bien pueda alegarse que la intervención jurisdiccional consiste en un control o función de garantía que hace más bien a la generalidad de las personas privadas de libertad, de cumplirse con la manda legal el/la juez/a debe estar permanentemente ejerciendo el control de condiciones de detención, recabando información sobre lo actuado u omitido por la administración (o incluso sobre sus propias

omisiones de debido control) por lo termina asumiendo un rol de parte y ello afecta la imparcialidad.

A su vez, del conocimiento previo obtenido del control general también devendría en una afectación al principio de imparcialidad del/la juez/a, al intervenir luego en el caso concreto que sea sometido a su consideración y sobre el cual ya tendría conocimientos previos o preconcepciones.

Por lo tanto, esta doble función es la que mayores observaciones merece en cuanto al principio de imparcialidad.

Por otro lado, y en cuanto a la posibilidad de que el proceso de ejecución cuente con jueces y juezas imparciales, debemos reparar en aquellos casos donde se resuelven peticiones concretas o individuales.

Si sólo tenemos en cuenta aquellas cuestiones que la autoridad judicial resuelve con motivo de pretensiones efectuadas por las partes, por ejemplo, cuando el/la juez/a debe resolver sobre el acceso o el rechazo a una libertad condicional, es probable que ya haya tomado intervención previamente, debido a las numerosas incidencias que pueden plantearse al respecto, como puede ser la nulidad de una sanción, la calificación de conducta y concepto, el acceso a salidas transitorias, un habeas corpus por falta de educación o trabajo, etc., o incluso una libertad anterior rechazada por la jurisdicción, por lo que difícilmente puede sostenerse que nos encontramos ante un órgano decisor que sea imparcial²⁴⁶ aunque ello no implica que no puedan aplicarse medidas que permitan contribuir a ello.

En primer lugar, en cuanto a la doble función del/la juez/a de ejecución debo destacar que para subsanar tal afectación al principio de imparcialidad del/la juzgador/a o coadyuvar a disminuirla parte de la doctrina especializada en la materia propone que el control de la ejecución de la pena sea puesto en cabeza de otro sujeto procesal, también dentro del ámbito del Poder Judicial, de modo que no sea estrictamente un control jurisdiccional, donde el/a juez/a actúe de oficio, produzca prueba o se inmiscuya o involucre de algún modo en el proceso cognoscitivo sino más bien sea un control judicial.

²⁴⁶ ALDERETE LOBO, Rubén A., *Acusatorio y ejecución...*, p.152.

Con relación a ello adelanto mi postura en el sentido que dicha propuesta, es decir el control judicial como responsabilidad principal de otro sujeto procesal permitiría evitar que el/la juez/a deba tomar una intervención activa y actúe como parte en el control de la ejecución de la pena privativa de libertad, y se encuentre lo más despojado posible, del conocimiento previo del caso o situación sometida a consideración o de cualquier interés en la resolución del mismo.

En segundo lugar, en cuanto a la posibilidad de tener conocimientos previos del caso concreto que se somete a consideración, podemos traer a colación la reforma implementada al artículo 48 del C.P.P. mediante la ley 9040 que (a costa de la especialidad en la materia) establece que los/las jueces/zas de garantías también tienen competencia en el ámbito de ejecución lo que permitiría una mayor rotación de jueces y juezas y, por tanto, mayor imparcialidad a la hora de analizar las peticiones.

Sin embargo, no se puede soslayar que con la Acordada N°29.010 de la Suprema Corte de Justicia se establece que los/as jueces/zas “en turno de ejecución” estarán encargados/as de llevar adelante el control de las condiciones de detención y serán también quienes resolverán los trámites incidentales y propios de la ejecución, por lo que se instaura nuevamente esta doble función en cabeza del/la mismo/a juez/a y en el mismo momento.

Por lo tanto, si bien la garantía de imparcialidad del/ la juez/a resulta por demás compleja y no se trata de una garantía trasladable sin más, visto el proceso de ejecución como proceso de conocimiento, con sus puntos en común ya descritos, igualmente debe pensarse en la instauración del/la juez/a de ejecución como tercero imparcial y realizar las adecuaciones correspondientes para lograr tal fin.

En este sentido, estimo que la intervención del Ministerio Público Fiscal en esta instancia permite coadyuvar a garantizar la imparcialidad del órgano juzgador.

Ahora bien, dependerá también de las funciones y responsabilidades que se le asignen el mayor o menor impacto que su participación tendrá en la configuración de un proceso respetuoso de las garantías fundamentales, lo que será analizado en el punto siguiente.

4. El Principio Acusatorio en un Procedimiento sin Acusación. Separación entre la Acusación y el Órgano decisor

Este apartado nos lleva a preguntarnos con mayor detalle, ¿cuáles son las razones que justifican la adecuación del proceso de ejecución a los principios del sistema acusatorio en tanto técnicamente se trata de un proceso donde no existe acusación propiamente dicha?

A su vez, deberemos indicar cómo resulta adecuado el proceso de ejecución a una de las principales características del sistema acusatorio que es la separación de roles entre el órgano acusador y órgano decisor.

4.1. Adecuación del Proceso de Ejecución al Sistema Acusatorio

Para responder al primer interrogante debemos destacar que si bien no estamos ante un proceso acusatorio como puede ser el proceso de conocimiento penal ordinario cierto es que, conforme concluimos en los capítulos precedentes, el sistema acusatorio es el sistema que mayores garantías brindaría para el resguardo de los derechos de las personas y para la mejor resolución del caso.

Al respecto, cabe sostener que el sistema acusatorio también ha sido considerado como una exigencia constitucional, entre otras cosas, sobre la base de lo normado por el artículo 116 de la Constitución Nacional²⁴⁷, y que como ya señalamos tiene entre sus características principales la separación de roles, donde el Ministerio Público es quien ejerce la representación del Estado en el ejercicio de la acción penal pública (es su titular) y el/la juez/a el/la encargado/a de resolver el caso.

Ahora bien, Alderete Lobo señala que en el proceso de ejecución el ministerio público fiscal ostenta una función diferente a la que posee en el proceso de conocimiento en la medida que en éste último tiene el objetivo de impulsar la acción penal pública y lograr la aplicación de la ley penal a través del éxito de las investigaciones para concluir el proceso con el dictado de una sentencia, por lo que existe una clara separación de funciones entre el órgano requirente, impulsor de la acción, titular de la misma, y el encargado de resolver, a consecuencia de la implementación del sistema acusatorio en

²⁴⁷ ALDERETE LOBO, Rubén A., *Acusatorio y ejecución...*, p.163.

cuanto a la división de funciones entre quien impulsa la acción y quien decide²⁴⁸, posibilitando la imparcialidad del órgano decisor²⁴⁹.

Sin embargo, esta separación de roles no aparece tan clara en el proceso de ejecución o al menos trasladable sin más a éste, por lo que resulta necesario indicar cuáles son las funciones asignadas al Ministerio Público Fiscal en términos normativos para adentrarse luego a los razones que justifican su inclusión en este procedimiento y en función de ello cuáles debieran ser sus facultades o competencias, teniendo en cuenta fundamentalmente que, conforme concluimos en los apartados precedentes el/la juez/a de ejecución también ser un juez/a imparcial y la necesidad de tomar medidas que tiendan a garantizar tal principio.

4.2. *El Ministerio Público Fiscal en la Provincia de Mendoza*

En cuanto al Ministerio Público Fiscal en la Provincia de Mendoza, vemos que la Ley Orgánica del Ministerio Público N°8.008 ha regulado las funciones de dicho sujeto procesal.

En su artículo 27 establece sus funciones generales entre las que se encuentra el deber de:

Velar por la defensa de los derechos humanos en los establecimientos carcelarios, judiciales, de policía y de internación psiquiátrica, a fin de que los reclusos e internados sean tratados con el respeto debido a su persona y tengan oportuna asistencia jurídica, médica, hospitalaria y las demás que resulten necesarias para el cumplimiento de dicho objeto, promoviendo las acciones correspondientes cuando se verifique violación²⁵⁰.

Además, el citado artículo establece la función de la fiscalía de concurrir a los lugares de detención y asistir a las visitas que a los mismos efectúen los órganos jurisdiccionales.

²⁴⁸ ALDERETE LOBO, Rubén A., *Acusatorio y ejecución...*, p.155.

²⁴⁹ DIAZ CANTON, Fernando, “El cuestionamiento a la Legitimidad del recurso del Acusador contra la sentencia con miras a agravar la situación del imputado. Otro aporte a la discusión”, en *Nueva Doctrina Penal 2001/A*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001, p.145.

²⁵⁰ Ley orgánica del Ministerio Público de la Provincia de Mendoza, Ley N°8.008, art. 27.

En cuanto a su rol específico en los incidentes de ejecución penal no se ha determinado el alcance del mismo. Sin embargo, su intervención se encuentra prevista en el artículo 509 del C.P.P. de Mendoza (como también se ha previsto en otros códigos procesales provinciales) lo que exige que se analice con mayor profundidad las razones de su inclusión y las facultades conferidas.

Con relación a su organización interna, la participación en los incidentes de ejecución se encuentra a cargo de dos ayudantes fiscales, quienes a su vez dependen de los lineamientos impartidos por la Fiscalía Penal de Menores, y éstos de la Fiscal en Jefe con competencia en ejecución.

No existe, por lo tanto, una Unidad Fiscal con competencia exclusiva en el ámbito de ejecución penal.

4.3. *Intervención del Ministerio Público Fiscal en el Proceso de Ejecución.*

Si bien la doctrina acepta sin mayores cuestionamientos la inclusión del Ministerio Público Fiscal en la instancia de ejecución existen diferencias sobre si éste actúa simplemente como representante del interés del Estado en relación al modo o cualidad en que se cumple la pena o si lo hace como titular de la acción ejecutiva de la misma y, a su vez, existen discrepancias sobre cuál es su función en este proceso en particular.

Alderete Lobo señala que el Ministerio Público fiscal no es el titular de la pena en el sentido que puede disponer de ella por lo que, no obstante pueda asignársele la función de contralor, es quien representa al Estado en la orientación que debe dársele al cumplimiento de la pena en cada caso concreto, actuando como límite de la potestad jurisdiccional de disponer medidas más rigurosas para quien cumple pena privativa de libertad, por lo que su posición debe tener cierta vinculación para el órgano decisor, permitiéndose así garantizar la imparcialidad del mismo, como exigencia del sistema acusatorio.

Por otro lado, Andrés Harfuch señala que la importancia del Ministerio Público Fiscal se deriva de que en la materia existen dos posibles sistemas de control de la ejecución que ubica como modelos en pugna. Al primero de ellos -el del juez de ejecución-lo denomina el paradigma de "El buen inspector de cárceles" y está constituido por un juez que tiene un tinte tutelar inquisitivo que resuelve en su despacho aún de oficio sin partes que confronten hechos, sin audiencia, sin prueba y que periódicamente tiene

que ir a la cárcel a inspeccionar en qué condiciones están los condenados detenidos en ellas y el segundo, lo denomina "Espacio de litigio" que presume la exigencia de jurisdicción como garantía de imparcialidad y un ministerio público que posea "la carga de la pena" lo que significa producir prueba, sostener la pretensión derivada del título ejecutivo de la pena con amplia contradicción por parte de la defensa , es decir se ubica al Ministerio Público como titular de la ejecución penal.

Ahora bien, como señala Luis Guillamondegui, no resulta difícil advertir que las regulaciones de la ejecución penal, en los modelos acusatorios contemporáneos, obviaron ser consecuentes con el procedimiento reglado en las primeras etapas del proceso penal y, con acierto, el autor marca que se espera que una reforma coherente en el futuro establezca que el ministerio fiscal se desempeñe como ejecutor inmediato de la sanción privativa de libertad, quedando la jurisdicción para resolver aquellas cuestiones que llegaren a su consideración las partes intervinientes aunque se ocupa de dejar claro que ello no debe confundirse con asignar la decisión al ministerio público, sino que siempre ello estará a cargo del órgano jurisdiccional.

Por otro lado, señala Alderete Lobo en cuanto al objeto de conocimiento en el proceso de ejecución que en él lo que es objeto de decisión son los incidentes de ejecución en los que se debate el control o la modificación cualitativa de las condiciones en que se cumple la pena²⁵¹ y el órgano que conduce e implementa materialmente el cumplimiento de la sanción es la agencia penitenciaria²⁵².

En el ámbito de la ejecución penal, la función de conducir y modular la pena durante su ejecución es repartida entre la administración penitenciaria y el poder judicial por lo que el citado autor entiende que:

No es posible que la pretensión acerca del modo en que la pena debe ejecutarse provenga de la misma administración actúa, por un lado, como encargada de la supervisión directa del condenado y, por el otro, como órgano pericial auxiliar a cargo de producir la prueba cuya valoración servirá de base para la solución del caso. Ese órgano estatal o bien será el sindicado como potencial responsable de la violación de un

²⁵¹ ALDERETE LOBO, Rubén A., *Acusatorio y ejecución...*, p. 157.

²⁵² Artículo 10 - Ley 24.660. - La conducción, desarrollo y supervisión de las actividades que conforman el régimen penitenciario serán de competencia y responsabilidad administrativa, en tanto no estén específicamente asignadas a la autoridad judicial.

derecho fundamental que el condenado reclama, o bien el encargado de presentar los resultados del tratamiento penitenciario suministrado en miras a la evaluación de la mayor o menor posibilidad de reinserción social²⁵³

Y, en definitiva, tampoco la pretensión puede provenir del juez/a que a su vez debe resolver la controversia.

De tal modo, el Ministerio Público Fiscal también es quien puede y debe opinar sobre el modo en que se cumple en la pena privativa de libertad²⁵⁴, por lo que si la fiscalía entiende que la pena debe cumplirse de manera menos gravosa el/la juez/a no podría ir contra ello.

En este sentido también se ha sostenido que las razones que justifican la inclusión del ministerio público fiscal en esta instancia se refieren a que al integrarse con magistrados versados en derecho se le acercará también al tribunal una valoración jurídica de lo planteado y permitirá controvertir a la administración como así también las pretensiones de la defensa, contribuyendo a dotar de imparcialidad del/la juzgador/a, máxime teniendo en cuenta que conforme a las características que el/la juez/a presenta en esta etapa y que describimos en el punto anterior, éste último puede ya estar contaminado previo a resolver la pretensión²⁵⁵, evitándose que se posicione como un sujeto que contradiga al/la condenado/a o a la administración, que sea parcial o que tenga una intervención activa en la resolución del incidente, siendo la pasividad del/la juez/a y el comportamiento activo de la parte acusadora los presupuestos de la defensa en juicio²⁵⁶.

Por lo tanto, la participación del Ministerio Público Fiscal en este proceso, y en específico con respecto a la intervención en los incidentes en particular, se relaciona y justifica directamente con las funciones generales del Ministerio Público Fiscal como representante del interés del Estado en la persecución penal, sanción y, en definitiva, modo, alcance o condiciones en que se cumple la privativa de libertad, lo que permite

²⁵³ ALDERETE LOBO, Rubén A., *Acusatorio y ejecución...*, p.160.

²⁵⁴ ALDERETE LOBO, Rubén A. *Acusatorio y ejecución...*, pp. 170-171.

²⁵⁵ ALDERETE LOBO, Rubén A., *Acusatorio y ejecución...*, p.160.

²⁵⁶ PEREYRA, Pablo E, "Modelo acusatorio y persecución penal estatal. Sobre los aciertos y desaciertos en la disputa por la relevancia de las conclusiones d Ministerio Público Fiscal", en *Nueva Doctrina Penal 2002/A*, Bs. As., Editores del Puerto, 2002, p. 189.

excluir al/la juez/a de la controversia que pueda surgir con la defensa para posicionarlo como imparcial frente a la misma.

4.4. *El Ministerio Público Fiscal como Encargado del Control Judicial*

Ahora bien, como advertimos en los apartados precedentes en la medida que el/la juez/a de ejecución mantenga la función de control exclusiva estaremos en presencia de un/a juez/a que no es imparcial (al menos conforme al doble rol asignado por la ley y las correspondientes acordadas), por lo que la intervención del ministerio público fiscal no debiera circunscribirse únicamente a la participación en los incidentes correspondientes sino que debería comprender el control de las condiciones de detención y lo relativo a la legalidad de la pena que se está ejecutando asumiendo un rol activo, de carácter permanente, permitiendo evitar que el/la juez/a asuma el rol de parte y se comprometa el principio de imparcialidad.

De este modo, el/la juez/a no busca la verdad, no produce prueba, sino que es un sujeto que resuelve ante la discrepancia de las partes, sobre las afirmaciones y refutaciones, pruebas y contrapruebas, argumentos y contra-argumentos, todo lo cual constituye el llamado contradictorio de las partes frente al cual el/la juez/a interviene como un sujeto imparcial.

Para cumplir con tales funciones resultaría conveniente que, tal como ocurre en otras provincias del país, la justicia provincial mendocina disponga la creación de una fiscalía dedicada exclusivamente al ámbito de la ejecución penal.

Siguiendo dicha línea Maier diseñó un proceso de ejecución de penas que plasmó en el código procesal penal para la provincia de Chubut del año 2000, en el cual el ministerio público fiscal era el encargado y responsable de controlar el cumplimiento adecuado del régimen penitenciario a fin de ser consecuente con el resto del procedimiento y con la función establecida para los/las jueces/zas, al evitar, también en la ejecución penal, que ellos operen de oficio o directamente, frente al/la condenado/a, como defensores del interés que representa la pena estatal (resguardo de imparcialidad). La judicatura, de esta manera, conservan pura su función principal de decidir conflictos cuya titularidad o protagonismo pertenece a otros²⁵⁷.

²⁵⁷ Exposición de motivos del Proyecto de Código Procesal Penal para la Provincia de Chubut, p. 27.

En igual sentido, el reciente Proyecto de Ley de ejecución penal Modelo para Latinoamérica confeccionado por Rubén Alderete Lobo y Gustavo I. Plat del INEJEP (Institutos de Estudios Jurídicos de Ejecución Penal de la Universidad de Palermo de Buenos Aires, Argentina) donde se asigna al Ministerio Público Fiscal la función de control del modo en que se ejecuta y cumple la pena privativa de libertad.

Por lo tanto, si bien señalamos que no resulta posible trasladar todo el sistema de garantías del proceso penal a esta etapa, el proceso de adecuación al sistema acusatorio resulta necesario a fin de contribuir a la imparcialidad del/la juez/a y el derecho de defensa por lo que el control judicial debería recaer en el Ministerio Público Fiscal.

En efecto, entiendo que dicha medida podría coadyuvar a dotar de imparcialidad al/la juez/a de ejecución, en tanto el órgano encargado de controlar las condiciones de detención sea el Ministerio Público Fiscal.

En definitiva, se puede sostener que el proceso de ejecución debe organizarse y desarrollarse de manera similar al proceso penal y en especial a los principios del sistema acusatorio.

Por lo tanto, se propone como forma de garantizar un procedimiento de ejecución acorde a las implicancias del sistema acusatorio dotar de responsabilidad, facultades y posibilidad de actuación del ministerio público fiscal como órgano encargado de controlar el modo en que se cumple la pena privativa de libertad, es decir, la cualidad de la misma, la legalidad de esa pena en su modo de ejecución, verificar si las personas pueden solicitar derechos propios del régimen progresivo de la pena y por tanto, peticionar incluso por ellos²⁵⁸, o intervenir denunciando condiciones de detención que no se adecúan a las normas y estándares vigentes a efectos de que el/la juez/a subsane tal situación y evitando que éste asuma un rol de parte y pueda afectarse su imparcialidad.

5. El Principio de la Carga de la Prueba o de Verificación

Consecuentemente debemos analizar el principio de la carga de la prueba o de verificación en el procedimiento de ejecución, destacando que nos encontramos aquí ante uno de los postulados que, junto con el de la imparcialidad del/la juez/a, mayor dificultad

²⁵⁸ ALDERETE LOBO, Rubén A., *Acusatorio y ejecución...*, pp. 195-196.

acarrea en su adecuación desde que, la carga de la prueba de la acusación tiene como correlato la vigencia y el respeto del estado jurídico de inocencia y si nos encontramos ante la etapa de ejecución es precisamente porque dicho estado ha sido destruido mediante sentencia firme.

Ahora bien, como vimos, esto no impide que el proceso de ejecución, y en especial, en la tramitación de los incidentes respectivos (en su gran mayoría incoados hasta ahora por las personas privadas de libertad), pueda adecuarse a los lineamientos del sistema acusatorio aunque llegemos a este punto mediante otros argumentos.

En efecto, conforme sostuvimos en el apartado precedente, el Ministerio Público Fiscal es un sujeto esencial en el proceso de ejecución, ya sea como titular de la pena o representante del Estado en los incidentes propiamente dichos, sino que también se le asigna aquí una función especial que es ser el encargado del control del modo o condiciones en que se cumple la pena privativa de libertad, por lo que requiere y presupone un rol activo en el proceso a fin de contribuir a garantizar la imparcialidad del órgano juzgador.

En definitiva, la función de contralor irá acompañada de la petición y prueba correspondiente al órgano juzgador para que en caso de advertir una situación contraria a los fines del proceso de ejecución sea subsanada por el mismo.

A su vez, si el caso es sometido a consideración por la defensa técnica de la persona condenada (quien claramente no tiene la carga de la prueba aunque pueda aportar la que tenga o pueda producir prueba que sustente su hipótesis) y el ministerio público fiscal no concuerda deberá también aportar la prueba necesaria para sustentar su hipótesis.

Por lo tanto, no podría sostenerse seriamente que debido a que se trata de un pedido incoado por la persona condenada se haya invertido la carga de la prueba y se le exija acreditar los extremos de sus pedidos o que ello exima a la fiscalía de sus propias funciones en miras a los fines del proceso como representante el Estado y de controlar que la pena se ejecute legítimamente.

Adviértase que el punto de partida en cuanto a la carga de la prueba en cabeza del Estado se encuentra justamente en que éste se encuentra en posición de garante de los derechos de las personas privadas de libertad y ello conlleva como correlato las consecuentes obligaciones de actuar para cumplir con tales objetivos.

De modo que, corresponde al Estado acreditar si cumplió con los fines establecidos en este proceso, es decir si brindó un trato digno y no deteriorante para las personas privadas de libertad, si resguardó sus derechos, si tomó medidas para promoverlos o garantizarlos y si brindó herramientas o condiciones para contribuir a su reinserción social.

En dicha inteligencia, la falta de acreditación de las obligaciones estatales traerá como consecuencia una presunción en su contra y a favor de la persona condenada sometida a su custodia.

En ese sentido, cabe tener presente lo dicho por Corte IDH en el caso “Espinoza Gonzáles Vs. Perú” donde señaló que:

En casos donde las víctimas alegan haber sido torturados estando bajo la custodia del Estado, éste es responsable, en su condición de garante de los derechos consagrados en la Convención, de la observancia del derecho a la integridad personal de todo individuo que se halla bajo su custodia. Asimismo, la jurisprudencia de la Corte ha señalado que siempre que una persona es privada de la libertad en un estado de salud normal y posteriormente aparece con afectaciones a su salud, *corresponde al Estado proveer* una explicación satisfactoria y convincente de esa situación. En consecuencia, existe una presunción por la cual el Estado es responsable por las lesiones que exhibe una persona que ha estado bajo la custodia de agentes estatales. En dicho supuesto, recae en el Estado la obligación de proveer una explicación satisfactoria y convincente de lo sucedido y desvirtuar las alegaciones sobre su responsabilidad, mediante elementos probatorios adecuados²⁵⁹.

Del mismo modo sostuvo la Corte IDH en el caso “Isaza Uribe y otros Vs. Colombia” que:

en casos en que una persona que ha estado bajo custodia de agentes estatales exhibe lesiones, se ha considerado que siempre que una persona es privada de la libertad en un estado de salud normal y posteriormente aparece con afectaciones a su salud, corresponde al Estado proveer una explicación satisfactoria y convincente de esa situación y desvirtuar las alegaciones sobre su responsabilidad, mediante elementos probatorios adecuados. La Corte ha considerado que la falta de tal explicación conlleva la presunción de responsabilidad estatal por tales lesiones. 89 Este Tribunal considera que esa presunción es aplicable, a fortiori, a situaciones en las cuales una persona desaparece bajo custodia

²⁵⁹ Corte IDH. Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289.

del Estado, en las que opera una responsabilidad objetiva de éste respecto de la vida, integridad y seguridad de la persona²⁶⁰.

De modo que si el Estado tiene un compromiso o una obligación que cumplir podría decirse que es el “deudor” y la persona privada de libertad quien se posiciona como “acreedor” y por tanto puede exigir que el Estado cumpla con su obligación de modo que es el Estado quien deberá, ante un reclamo de la persona condenada, demostrar que ha efectuado o realizado la conducta o prestación a la que se encuentra obligado.

En aduno de lo expuesto, pueden tenerse presente otros argumentos que también avalan esta postura relativa a que pesa sobre el Estado la carga de la prueba del cumplimiento de los fines del proceso de ejecución penal y cuáles son las consecuencias de no acreditarse tales extremos, por ejemplo, ante pedidos de liberación anticipada de la persona condenada.

En efecto, se encuentra plenamente vigente la regla de interpretación *pro persona* desarrollada por los tratados de derechos humanos²⁶¹ y la jurisprudencia respectiva, como también las reglas de interpretación que rigen la materia penal y que se derivan de la misma.

En cuanto al criterio de interpretación *pro persona* se ha sostenido que este implica que en materia de protección de los derechos humanos se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos²⁶², es decir se debe optar por aquella norma o interpretación que más derechos conceda o reconozca a la persona.

Este principio puede verse plasmado por ej. en el artículo 2 del C.P.P. Mendoza (como en diversos códigos del país), donde se establece que deben interpretarse restrictivamente aquellas disposiciones legales que coarten la libertad o que limiten el ejercicio de un poder o derecho y que siempre que se resuelva sobre la libertad de la persona imputada se debe estar en caso de duda a lo más favorable a aquella.

²⁶⁰ Corte IDH. Caso Isaza Uribe y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2018. Serie C No. 363.

²⁶¹ CADH, art. 29; PIDCP, art. 5; entre otros.

²⁶² PINTO, M. “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en ABREGÚ, M. y COURTIS, C. (Comp.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*. Editores del Puerto-CELS, Buenos Aires, 1997, p.163.

Al respecto, debemos señalar en el ámbito local este principio ha sido mayormente desarrollado con relación al estado jurídico de inocencia y las implicancias que tiene durante todo el proceso penal.

Ahora bien, debido a que el proceso de ejecución justamente comienza por haber recaído sentencia condenatoria firme y haberse destruido el estado jurídico de inocencia del que gozaba la persona, resulta razonable que la doctrina y la jurisprudencia no se hayan abocado en profundidad al estudio de este tema puntual, puesto que *a priori*, podría decirse que el principio en cuestión no se encontraría vigente o no sería trasladable al proceso de ejecución.

Sin embargo, entiendo que la regla de interpretación *pro persona* tiene una implicancia directa en el proceso de ejecución penal.

El impacto de la regla en cuestión puede advertirse con mayor claridad en aquellos casos donde se tratan incidentes de libertades anticipadas lo que ha llevado a que se la denomine criterio de interpretación *pro libertatis* puesto que en caso de duda de si la persona puede acceder a la libertad anticipada, o no, esta duda debe resolverse en favor de la concesión del derecho.

Por lo tanto, si, por ejemplo, el Estado pretende que la persona no acceda a determinado instituto y que la pena se continúe ejecutando de un determinado modo, quien debe destruir esta duda en favor de la persona es el Estado y no la persona condenada, de modo que es carga del Estado demostrar que la persona no cumple con los requisitos necesarios para su concesión o, en su defecto, el derecho no podrá ser limitado o restringido.

En base a los argumentos señalados podemos concluir entonces, que es carga del Estado acreditar el cumplimiento de los fines del proceso de ejecución y la falta de tal acreditación implicará una presunción en su contra y favor de la persona condenada y de sus derechos.

Así las cosas, debemos pasar a indicar cuáles son los órganos de prueba de los que se vale el Estado en este proceso en particular para acreditar el cumplimiento de los objetivos y finalidades que deben regir en la ejecución legítima de una pena, para luego analizar si ello se condice con los lineamientos constitucionales y convencionales que venimos desarrollando en el presente.

5.1. *Órganos de Prueba*

En cuanto a los órganos de prueba en esta instancia debemos tener presente que tanto la ley 24.660 como la Ley 8.465 han regulado quienes serán los sujetos procesales que producirán prueba (Consejo Correccional y Organismo Técnico Criminológico), qué condiciones deben cumplir para funcionar legítimamente, y en qué casos deben intervenir para el análisis de los diferentes derechos del régimen progresivo de la pena solicitados por el/la condenado/a.

De modo que lo primero que debemos destacar es que ha sido propia normativa nacional como provincial la que ha establecido que el servicio penitenciario y sus organismos sean quienes deben confeccionar la prueba con la que se evaluará la concesión de los derechos del régimen progresivo, libertades anticipadas y modalidades alternativas.

Por lo tanto, nos encontramos con prueba establecida por la ley que no podría ser suplida por otros medios, por lo que (más allá de los cuestionamientos que se harán a este tipo de prueba) resulta claro que la carga de la prueba sigue estando en cabeza del Estado aunque siempre tendría la persona privada de libertad la posibilidad de aportar la prueba de descargo que estime pertinente.

Ahora bien, entiendo que los órganos de prueba en el proceso de ejecución merecen dos cuestionamientos que se relacionan, el primero con su ubicación institucional y el segundo, con el modo de elaboración y producción de la información debido a la falta de claridad respecto a su naturaleza y cómo se incorporan a la audiencia.

En cuanto al primer cuestionamiento, es decir el relativo a su ubicación institucional, cabe señalar que los órganos de prueba referidos pertenecen o son parte institucionalmente del Servicio Penitenciario por lo que se encuentran dentro de la órbita del Poder Ejecutivo.

Si retomamos las ideas del maestro Ferrajoli debemos destacar que estamos frente a órganos de prueba que por su ubicación institucional como parte del poder ejecutivo o del poder político responden, consecuentemente, a los fundamentos de legitimidad política y a los intereses de la mayoría, por lo que desde el punto de vista de su ubicación funcional e institucional se condiciona la calidad de la información que se aporta al proceso de ejecución por falta de objetividad y por perseguir fines más alineados a los intereses de la sociedad libre, que a los de las personas privadas de la libertad.

Para que la información que se provea al tribunal sea de calidad, objetiva, adecuada, debe ser confeccionada por órganos que no estén sujetos a los lineamientos de política criminal que implementa el Poder Ejecutivo, por lo que, entiendo los órganos de prueba que elaboren y provean de información debieran ser órganos dependientes del Poder Judicial.

En efecto, no puede soslayarse que la administración penitenciaria que actualmente funciona como órgano de prueba también es objeto de prueba, en la medida que debe acreditar que ejecuta una pena legítima, que brinda un trato digno o no deteriorante y que brinda herramientas que contribuyan a que la persona disminuya su vulnerabilidad al sistema penal, lo cual, además de contradictorio, disminuye *per se* la calidad o confiabilidad de la información que se brinda a las partes ajenas a su producción y por último al órgano decisor.

Sobre este punto, José Perez Arias entiende que “el informe pericial previo no puede ser reemplazado por los informes técnicos carcelarios, debiendo su formulación ser compatible con los lineamientos procesales que rigen este medio de prueba, lo que incluye la posibilidad de intervención de las partes mediante proposición de peritos”²⁶³, es decir destaca la importancia de que los informes respectivos no sean elaborados por la administración penitenciaria y, a su vez, que la prueba que se produzca debe seguir los lineamientos o requisitos básicos que rigen y regulan cada prueba en particular, lo cual entendemos acertado.

Ahora bien, luego señala el autor citado supra que, hasta la creación de los equipos interdisciplinarios previstos por la ley de ejecución (es decir los que a su criterio correspondería intervengan), quién debiera confeccionar los informes debiera ser el Cuerpo Médico Forense²⁶⁴.

Con relación a la propuesta esbozada entiendo que cabe realizar ciertas consideraciones.

²⁶³ PEREZ ARIAS, José, “Libertad condicional. Presupuesto de procedencia a partir de la Ley 25.892”, En Delgado Sergio (Dir.) Icaro, Revista de Ejecución de la pena privativa de libertad y el encierro, año 1, n° 1, Buenos Aires, Fabián Di Placido, 2006, p. 36.

²⁶⁴ PEREZ ARIAS, José, “Libertad condicional. Presupuesto de procedencia a partir de la Ley 25.892”, En Delgado Sergio (Dir.) Icaro, Revista de Ejecución de la pena privativa de libertad y el encierro, año 1, n° 1, Buenos Aires, Fabián Di Placido, 2006, p. 36.

Adviértase que sólo la ley nacional (no así la ley provincial 8.465) ha establecido la creación de equipos interdisciplinarios a cargo de la judicatura y que, al igual que Pérez Arias, parte de la doctrina ha justificado la creación de tales equipos debido a que por tratarse de informes técnicos se dificultaría el efectivo control de razonabilidad en sede judicial en tanto si bien el/la juez/a puede apartarse de los informes de los organismos administrativos por ser infundados o contradictorios no cuenta con herramientas suficientes para introducirse en las valoraciones llevadas a cabo por los organismos técnicos o periciales y tal dificultad podría facilitarse con la efectiva implementación de los equipos técnicos e interdisciplinarios de los juzgados de ejecución²⁶⁵, es decir según tales posturas se han creado fin de, en algún punto, puedan funcionar como prueba pericial judicial.

Sin embargo, estimo que, conforme los lineamientos planteados en el presente trabajo, tampoco resultaría adecuado que dichos órganos de prueba dependan de la autoridad jurisdiccional, sino que lo más adecuado sería que dependan de otros sujetos procesales que toman, en este proceso, mayor relevancia, participación y responsabilidad para la consecución de los fines del mismo bajo los lineamientos del proceso de conocimiento.

En efecto, en un sistema donde exista igualdad de armas entre la defensa y fiscalía ambos podrían producir su propia prueba y el órgano decisor resolver en base a la misma.

Para el caso de que el planteo provenga de parte de la persona privada de libertad veremos que si ésta aduce que el Estado no cumple con el trato digno, por ejemplo cuando se interpone un recurso de habeas corpus por ausencia de condiciones de dignas de detención, habitación sin luz o ventilación o pretende acceder a un derecho del régimen progresivo, resultaría contrario a los principios que señalamos que sea la propia persona privada de libertad quien tenga que aportar prueba de ello, desde que claramente se encuentra bajo el poder casi absoluto del Estado y le corresponde a éste acreditar que cumple con sus obligaciones y la finalidad del proceso. Sin embargo, ello no obstaría a que la persona privada de libertad y su defensa conserven y hagan uso de su facultad de aportar prueba que estimen pertinente y útil para sustentar su petición contando con los órganos de prueba de parte correspondientes.

²⁶⁵ SALDUNA, Mariana y DE LA FUENTE, Javier E., *Ejecución de la pena...*, p. 104.

Por otro lado, si el ministerio público fiscal cuestiona la falta de incorporación de la persona en actividad educativa y por ello su dictamen resulta negativo, la fiscalía debe primero dar cuenta y acreditar con sus propios medios de prueba que la administración penitenciaria pautó dicho objetivo oportuna y debidamente, que brindó las condiciones necesarias para su realización, que dio las herramientas suficientes a la persona privada de libertad (máxime si es quién, en los términos del presente trabajo, debiera encontrarse a cargo del control de las condiciones de detención y del cumplimiento de los fines establecidos en el ámbito de ejecución de penas) y solo luego si la persona condenada las rechazó. Esto implicaría entonces, que la prueba sea producida, por regla, por parte del Ministerio Público Fiscal.

Ahora bien, la realidad nos muestra que la pretendida igualdad de armas aún dista mucho de concretarse y este dato no puede ser soslayado. Por ejemplo, si bien el Ministerio Público Fiscal tiene sus propios órganos de prueba como es el Cuerpo Médico Forense o la Policía Judicial, en el ámbito del Ministerio Público de la Defensa no se cuenta con sus propios órganos de prueba e incluso tiene menor presupuesto asignado por ley que el ministerio fiscal.

Asimismo, también se debe ser sumamente cautelosos y cautelosas con la propuesta de que sea la fiscalía quien produzca por ley la prueba de la que se debe valer el órgano decisor puesto que si bien nos encontraríamos ante prueba de parte que quizás sea más adecuada no necesariamente será objetiva puesto que, en los términos actuales, las funciones del Ministerio Público Fiscal en este proceso no se encuentran debidamente delimitadas y el compromiso de la fiscalía con el modo en que se ejecuta una pena y la necesidad del correspondiente control a efectos de indicar si este modo de ejecución resulta legítimo, no aparece como prioridad o guía en su actuación.

Por lo tanto, la reforma o propuesta que se propugne no puede pensarse o implementarse de modo aislado, es decir sólo asignando la carga de la prueba al ministerio público y mediante sus órganos de prueba, sin que se efectúe una modificación integral de las funciones y responsabilidades de los sujetos procesales intervinientes en este proceso.

En dicha inteligencia la propuesta tampoco puede soslayar las condiciones en que se encuentra la defensa puesto que si se pretende asegurar el cumplimiento y respeto de

las garantías fundamentales ello no será posible sin la necesaria igualdad de armas entre acusación y defensa lo que aún no se encuentra plenamente garantizado.

En razón de lo señalado estimo que, al menos de modo paliativo y temporal, la creación de una oficina judicial administrativa, funcionalmente separada de la jurisdicción, y también del Ministerio Público Fiscal, podría ser una alternativa para ir superando, de momento, los serios cuestionamientos que le valen a los organismos dependientes del poder ejecutivo y la “prueba” que éstos elaboran como así también teniendo en cuenta que la pretendida igualdad de armas entre acusación y defensa aún dista de materializarse, de modo que podría ser tal oficina la encargada de producir y recolectar la prueba pertinente y útil para la resolución del caso.

Por otra parte, y adentrándonos al segundo de los cuestionamientos que merecen los órganos de prueba en el proceso de ejecución, es decir en cuanto al modo de elaboración y producción de la información, entiendo que lo que dificulta, o más bien imposibilita, el verdadero control y debido contradictorio es justamente la forma de producción actual de dicha información.

Ya señalamos que tanto la ley provincial como la nacional determinan que el Consejo Correccional como el O.T.C. son los órganos de prueba que por mandato legal deben informar o dictaminar en los supuestos de salidas transitorias, libertad condicional, asistida, prisión domiciliaria, entre otros. Sin embargo, puede advertirse que ni las leyes de fondo ni las de forma han previsto expresamente el modo de incorporación estos dictámenes e informes administrativos, solo instaurándose la presencia necesaria en audiencia oral del/la juez/A, el representante del Ministerio Público Fiscal y el/la condenado/a y su defensa técnica, con la necesaria notificación a las víctimas, como tampoco se ha determinado específicamente la naturaleza jurídica de los mismos, es decir si se trata de prueba pericial, informativa u otra a fin de controlar la misma debidamente.

Con respecto a la naturaleza de la prueba que aportan el Consejo Correccional y el O.T.C., vemos que a lo largo del articulado se utilizan los términos *informes* o *peritos* indistintamente.

En el artículo 13 del Código Penal se expresa previo *informe* de la dirección del establecimiento e *informe de peritos* y el artículo 28 establece previo los *informes* fundados del Organismo Técnico Criminológico y del Consejo Correccional del establecimiento.

De modo que, por su organización y configuración el Consejo Correccional pareciera ser más un órgano de prueba meramente informativo²⁶⁶, conforme su integración y requisitos²⁶⁷; aunque cierto es, que también se le pide que dictamine sobre el acceso de la persona condenada a los diferentes derechos establecidos. Esta opinión parece ser entonces, más bien un juicio de valor, no vinculante, no verificable ni refutable, a más de las críticas efectuadas respecto a la calidad de la información que brindan por su ubicación institucional.

Por lo tanto, sería más apropiado que el Consejo Correccional solo remitiera prueba meramente descriptiva, y en los casos que le fuere requerida, reservando los juicios de valor de ella a las partes, y por supuesto a la jurisdicción, como última instancia de razonamiento de esa información.

Sin embargo, ciertamente que, si bajo los términos en que se encuentra formulado, se les requirió a los organismos administrativos que emitan una opinión o un juicio de valor, resulta razonable que la doctrina y la jurisprudencia, a fin de evitar mayores cuestionamientos, hayan señalado que sus conclusiones no son vinculantes para la judicatura como lo hizo la Corte Suprema en el fallo “Verbitsky” donde entre sus puntos centrales reparó también en el carácter no vinculante de los informes criminológicos²⁶⁸.

No obstante, adviértase que el lineamiento o postura señalada respecto a que los informes o dictámenes no serían vinculantes no soluciona el problema de fondo que venimos describiendo puesto que, de igual manera, la información que se provee sigue siendo de mala o cuestionable calidad, y los organismos continúan utilizando o recayendo en opiniones o valoraciones que no son susceptibles de conocimiento, verificables, controlables o controvertibles, condicionando en mayor o menor medida la decisión de la judicatura al respecto en tanto la conclusión del informe no dejará de ser negativa aunque

²⁶⁶ Ley 8.465, art. 238.- En los establecimientos de ejecución de la pena funcionará el Consejo Correccional encargado de efectuar el seguimiento continuo del tratamiento del interno y la evaluación de su resultado, a fin de adoptar decisiones en los casos de su competencia o de asesorar a las autoridades pertinentes.

²⁶⁷ Ley 8.465, art. 240.

²⁶⁸ CSJN, “Recurso de hecho en caso Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus”, resolución de fecha 3 de mayo de 2005.

las partes aleguen sobre ello y pidan al juez o jueza que se aparte o incluso tampoco dejará de serlo en caso de la judicatura lo haga finalmente.

A su vez, si nos adentramos a las particularidades de la información que aporta el O.T.C. podría decirse que estamos ante prueba de naturaleza pericial²⁶⁹ por lo que, más allá de los cuestionamientos efectuados por su ubicación institucional que llevarían a la eliminación de su intervención como órganos de prueba en el proceso de ejecución como proceso de conocimiento, por tratarse de prueba pericial también debiera someterse a las reglas propias de este tipo de prueba y producirse conforme las reglas del juicio oral y público.

Sobre la prueba pericial en el juicio oral se sostiene que supone, por una parte, que el/la perito elabore un informe pericial escrito en el que registre sus procedimientos, observaciones y conclusiones y, por la otra, la necesaria comparecencia del perito a juicio a prestar declaración²⁷⁰ para que efectivamente pueda ser considerada prueba.

Tradicionalmente se entendía que la prueba pericial estaba constituida por el informe escrito y la comparecencia del/la perito era un aspecto secundario o eventual, lo que era propio de los resabios inquisitivos sin juicio oral. En ese escenario la prueba que efectivamente era valorada por el tribunal para decidir los casos, era aquella que constaba en el expediente, en donde precisamente ya se había incorporado el informe escrito de la pericia. Así, la comparecencia del/la perito con posterioridad era casi una formalidad. Sin embargo, esto cambia en los sistemas acusatorios²⁷¹.

Por lo que, en principio, solo es prueba -no únicamente la pericial- aquella que es presentada a Juicio en un formato que respete los principios de inmediación, contradicción y publicidad. A la luz de esta concepción es claro que la prueba a presentar en el juicio debiera ser el perito (la persona que cumple la función de perito) para prestar declaración sobre las operaciones realizadas y expresar los fundamentos de las opiniones y conclusiones a las que ha arriba en el caso concreto pues sin eso no es posible

²⁶⁹ Ley 8465, art. 246.- El Organismo Técnico Criminológico estará constituido por profesionales con título habilitante que acrediten, además, su especialización o versación en criminología y en disciplinas afines.

²⁷⁰ DUCE, Mauricio, *La prueba pericial en los sistemas procesales penales acusatorios en América Latina*, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Didot, 2013, p. 100.

²⁷¹ DUCE, Mauricio, *La prueba pericial*, p. 100.

controvertir las mismas. El informe escrito, en cambio, no constituye prueba y no puede sustituir la comparecencia del perito a juicio.

El principio básico, entonces, que rige a la prueba pericial (también la testimonial) en un sistema acusatorio es el de comparecencia. La prueba que el tribunal valorará debe ser la declaración emitida en juicio por la respectiva persona, por lo que, si el/la perito no comparece a juicio y no se somete a las preguntas de examen y contraexamen, no tenemos prueba pericial²⁷².

A su vez, en el proceso ordinario para que la prueba pericial pueda ingresar a juicio se cuenta con una etapa previa donde se analiza la relevancia y pertinencia de la prueba, de necesidad del conocimiento experto, de idoneidad del/la perito a intervenir y de confiabilidad del peritaje²⁷³, es decir se cuenta con una instancia donde controlar o controvertir el propio ingreso de la misma al juicio.

De modo que no resulta suficiente para cumplir con el respeto de las garantías procesales fundamentales que se modifiquen las funciones de los sujetos procesales y se determine quiénes debieran ser los órganos de prueba en este proceso, sino que también se debe contar con un procedimiento que siga las reglas del juicio oral y público.

Sin embargo, nada de ello ocurre en el proceso de ejecución puesto que incluso en el trámite incidental del art. 509 donde participan la fiscalía, la persona condenada y su defensa y el órgano decisor, los informes o “dictámenes” de los que se valen las partes (y que son elaborados por los organismos administrativos) son incorporados por simple lectura y las partes se limitan a argumentar sobre las conclusiones escritas, de modo que, técnicamente, no nos encontramos ante prueba pericial.

No existe aquí una etapa previa donde se sigan las reglas de admisión de la prueba en juicio ya que tales informes se confeccionan en todos los casos previstos por la ley, es decir que no se podría prescindir de ellos aunque no fuesen útiles y pertinentes para el caso y no hay un examen sobre la necesidad de contar con el conocimiento experto, ni sobre la idoneidad del/la perito o la confiabilidad del peritaje.

Por otro lado, esta falta de posibilidad de control de lo actuado por la Administración permite que ingresen en consideración aspectos que no se relacionan con

²⁷² DUCE, Mauricio, *La prueba pericial*, p. 101.

²⁷³ DUCE, Mauricio, *La prueba pericial...*, p. 57 y stes.

el principio de legalidad, de reserva, de derecho penal de acto y de culpabilidad, que se utilicen criterios correccionalistas de la persona o *juicios de valor* que sólo opinables no pueden ser verificados, refutados ni luego comprobados por la autoridad judicial.

Por lo tanto, si los incidentes se llevan adelante sin comparecencia de los órganos de prueba nos encontramos ante un procedimiento que no respeta las garantías procesales descriptas, que impide el control de los presupuestos sobre los que se basa, impide la verificabilidad y refutación de sus postulados, impide el control y contradictorio de las partes, la inmediación de éstas con la prueba y del tribunal y no resulta adecuado a las reglas de comprobación, por lo que se encuentra en violación con las normas constitucionales y convencionales aplicables al proceso de ejecución.

5.2. *Principio de Verificabilidad*

Actuando el Ministerio Público Fiscal como representante del Estado en el modo y control en que la pena debe cumplirse es quién, en su manda de objetividad y en su función de contralor y productor de prueba, debe sostener las premisas fácticas que hagan a su teoría del caso a fin de dilucidar si la administración penitenciaria ha cumplido con las obligaciones que emergen de su posición de garante y luego al comportamiento desplegado por las personas condenadas, es decir someterá determinadas premisas fácticas a prueba y contradictorio a efectos de que la judicatura emita una resolución que confirme o rechace su hipótesis.

Consecuentemente, aquí toma especial relevancia el principio de materialidad de la acción o derecho penal de acto, desde que el proceso de conocimiento sólo puede girar en torno a la verificación de las proposiciones fácticas en tanto permiten atribuirles valor de verdad o falsedad.

Por lo tanto, si los fines del proceso consisten en la aplicación de trato digno y contribución al ideal resocializador, lo sometido a verificabilidad serán los comportamientos, conductas, hechos de la administración para la consecución de los mismos. Y sólo después de ello, se reparará en la conducta del/a condenado/a.

De tal modo, el régimen cognoscitivo de la pena no debe construirse sobre la base de las características personales del/a agente sino circunscribirlo a las conductas desplegadas por este en función del trato brindado por el Estado, descartando cualquier pretensión moralizante o correccionalista de la persona.

Consecuentemente la verificabilidad también se opone a los criterios de probabilidad, pronóstico o riesgo de que la persona condenada cometa hechos delictivos en el futuro, por lo que son aquellas condiciones de trato las que, previamente pautadas e incluso valoradas por estudios interdisciplinarios, tienen el objetivo de satisfacer su características personal y ser de utilidad en el proceso tendiente a su desarrollo personal en libertad, considerando la noción de “reforma” o “readaptación” sujeta a la interpretación de un trato humano, lo menos deteriorante y que trata de reducir la vulnerabilidad penal de la persona²⁷⁴.

De igual manera resultan inadmisibles aquellos criterios que exijan a la persona condenada que “demuestre” arrepentimiento o introyección en rol de la víctima. Estos elementos hacen al ámbito de intimidad.

Por lo tanto, la verdad en el proceso de ejecución penal supone una actividad de verificabilidad del trato y es sobre ello que debe otorgarse valor de verdad, atendiendo a la capacidad del Estado, las condiciones reales de la prisión y las posibilidades concretas de un tratamiento cierto, y como estándar mínimo, no deteriorante²⁷⁵.

Así entendido, el juicio de conocimiento de la ejecución debe llevarse adelante mediante pautas que permitan evaluar y controlar con objetividad la actividad del Estado, las condiciones carcelarias y los métodos punitivos que relacionan y circunscriben la posición y disposición de la persona condenada durante la ejecución penal²⁷⁶.

La forma de verificación de los objetivos de la pena supone necesariamente el resguardo del debido proceso, de las reglas del juicio común y las implicancias del mismo, lo que no ocurre como vimos, ni en el trámite incidental tal cual se encuentra previsto en la legislación actual ni en el modo de resolución del control jurisdiccional como tampoco

²⁷⁴ ZAFFARONI, E.R., *Los objetivos del sistema penitenciario y las normas constitucionales*, en *El derecho penal hoy. Homenaje al profesor David Baigún*, Del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 127.

²⁷⁵ BARATTA, A., *Resocialización o control social. Por un concepto crítico de la reintegración social del condenado*, en *Criminología y sistema penal, Compilación in memoriam*, Bde F, Buenos Aires-Montevideo, 2006, pág. 376-394; Zaffaroni, E.R., *Los objetivos del sistema penitenciario y las normas constitucionales*, en *El derecho penal hoy, Libro Homenaje al Dr. David Baigún*, Del Puerto, 2005, pp. 115-129.

²⁷⁶ ZAFFARONI, E. R. (dirección) y VACANI, P. (coordinación), *El registro temporal en las distintas posiciones en el campo*, en *La medida del castigo. El deber de compensación por penas ilegales*, Ediar, Buenos Aires, 2012, p. 105-122.

en los mecanismos respectivos para determinar los derechos propios de la ejecución penal.

Es que, tal como sostiene Vacani, si algo caracteriza a los sistemas penitenciarios es la evidente disparidad entre el ejercicio programado de poder —relativo a normas de trato o restricciones de derechos— y la capacidad operativa para garantizar un trato resocializador. No obstante, el reproche por su cumplimiento solo resulta juzgable a los condenados durante el proceso de la ejecución penal²⁷⁷.

Por lo tanto, el debido proceso en la ejecución penal requiere de condiciones de verificación que cumplan la función de regular el proceso de información en base a lo actuado por el Estado y luego por la persona condenada.

Por último, y afectos de consagrar un debido proceso de ejecución penal, resulta indispensable analizar el derecho de defensa y sus implicancias.

6. Principio del Contradictorio, o de la Defensa, o de Refutación en la Ejecución Penal

La defensa técnica constituye un sujeto esencial y fundamental del proceso de ejecución penal.

Sin embargo, debemos recordar que según el sistema procesal que se trate ha sido la importancia o relevancia que ha tenido y se le ha asignado al derecho de defensa, siendo el sistema acusatorio el que mayores garantías brinda para el derecho de defensa.

En este sentido el principio constitucional y convencional señala que la persona imputada o sospechada de delito puede y debe ser tutelado en sus intereses durante la tramitación del proceso penal, y la defensa en juicio es un derecho fundamental para hacer valer sus pretensiones dentro del mismo, conforme a las leyes que reglamentan ese ejercicio.

Por ello, los códigos procesales provinciales conminan con sanción de nulidad absoluta la inobservancia de las normas relativas a la intervención, asistencia y representación del imputado, si se vulnera la garantía de la defensa en juicio.

²⁷⁷ VACANI, Pablo, *La indeterminación de la pena en el proceso de ejecución penal: nuevas herramientas teóricas y jurisprudenciales*, Buenos Aires, Ad-hoc, 2017, p. 102

Ahora bien, pese a que la Constitución habla de la inviolabilidad de la defensa en juicio, el concepto no se refiere sólo al debate, sino que se refiere a los actos de procedimientos previos, a los actos procesales, a los del juicio propiamente dicho también debe ser extensible al proceso de ejecución penal.

Sobre este punto se ha expedido la Corte IDH en el caso Barreto Leiva Vs. Venezuela donde señala que:

el derecho a la defensa debe necesariamente poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso, incluyendo, en su caso, la etapa de ejecución de la pena. Sostener lo opuesto implicaría supeditar las garantías convencionales que protegen el derecho a la defensa, entre ellas el artículo 8.2.b, a que el investigado encuentre en determinada fase procesal, dejando abierta la posibilidad de que con anterioridad se afecte un ámbito de sus derechos a través de actos de autoridad que desconoce o a los que no puede controlar u oponerse con eficacia, lo cual es evidentemente contrario a la Convención²⁷⁸.

En efecto, la persona condenada no sólo tiene derecho a ser oída, sino que también tiene derecho a ser defendida en el proceso respectivo, para lo que resulta fundamental la intervención de la defensa técnica.

A su vez, tal garantía se relaciona con la condición de igualdad, desde que un aspecto significativo de la normativa supranacional que integra el nuevo sistema constitucional exige que la defensa de la persona imputada (y condenada) se desarrolle en condiciones de “plena igualdad” con la acusación, lo que se grafica con la alocución “paridad de armas”, lo que ocurrirá cuando aquél tenga, no sólo en teoría sino también en la práctica, las mismas posibilidades (reales) que el acusador para influir en las decisiones del órgano decisor.

Respecto al derecho de defensa e igualdad de armas puede especificarse que producto del Acuerdo Amistoso arribado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso 12.532 “Internos Penitenciarias de Mendoza” el 27 de agosto de 2007 se acordó la creación de una Defensoría de Ejecución Penal. Según el informe 84/11 de la Comisión Interamericana y conforme lo aportado por el Estado ello se vio materializado en la configuración de la Defensoría encargada específicamente de los

²⁷⁸ Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206.

asuntos de ejecución penal, de conformidad a lo previsto en el apartado del título V de la ley 8008 del Ministerio Público de la Provincia de Mendoza (publicada en el Boletín Oficial en 2009) aunque no fue hasta el año 2011 que se asignó una Defensora Oficial, permaneciendo en tal número hasta el día de la fecha.

Por otra parte, cabe destacar que en el año 2016 se sanciona la ley 8.928 del Ministerio Público de la Defensa y Pupilar que deroga el título v de la ley 8.008 y establece su propia organización, donde si bien no se ha establecido diferenciación entre defensorías actualmente la Defensoría para los asuntos de ejecución penal permanece con las funciones asignadas originalmente y se encuentra a cargo de la asistencia de todos los condenados de la primera circunscripción judicial desde el 2011 en adelante.

A su vez, la ley 8.929 ha dispuesto la posibilidad de solicitar intervención de peritos pero no se cuenta en su estructura orgánica con un equipo propio de la defensa pública como ocurre por ejemplo en otras provincias como Neuquén o en la defensa en el ámbito federal.

De igual modo, aunque en referencia a los casos de personas condenadas por delitos para la integridad sexual la ley 24.660 en su reforma del año 2013 ha establecido la posibilidad de proponer peritos.

Ciertamente, dicha posibilidad debiera darse también en todos los supuestos a fin de que exista igualdad de armas y posibilidades, máxime cuando la prueba que se acompaña en los institutos de progresividad del régimen, liberaciones anticipadas y medidas alternativas es confeccionada por mandato legal por la administración penitenciaria.

Al respecto señala Bombini que “es relevante que se admita en forma amplia la producción probatoria, pudiendo incorporarse testimonios, documental, peritos y todo tipo de elementos que puedan coadyuvar a soportar las hipótesis de las partes y a conformar la convicción judicial”²⁷⁹.

²⁷⁹ BOMBINI, Gabriel, “La oralidad en la etapa de ejecución de la pena: tendencias, reformas, prácticas”, en Revista de ejecución de la pena privativa de la libertad y el encierro, N° 10, Año 2020.

Por su parte, si bien el artículo 509 ha previsto la intervención necesaria de la defensa técnica en el trámite incidental en las demás instancias, fundamentalmente las que dependen de la administración, no tienen prevista su participación.

Debe entenderse entonces, que el proceso de ejecución como proceso de conocimiento exige pensar y adecuar el mismo a las implicancias de este último en todas las instancias en que se determinen derechos de las personas privadas de libertad.

Por otro lado, un punto central que impide, a su vez, el debido ejercicio del derecho de defensa y la posibilidad de refutación de lo actuado por la Administración es que, incluso en la etapa incidental que se realiza de manera oral, la prueba sobre la que se basan las partes no sólo es prueba elaborada por organismos que merecen serios cuestionamientos por estar sujetos a los lineamientos de política criminal que implementa el Poder Ejecutivo, por su falta de calidad y objetividad sino que, además, sus informes son incorporados por simple lectura, sin comparecencia de los órganos de prueba, sin posibilidad de contralor, contradicción, verificabilidad y refutación de los postulados fácticos.

En definitiva, en los términos actuales los incidentes de ejecución se llevan adelante mediante un procedimiento que no respeta las garantías procesales descriptas, que impide el control de los presupuestos sobre los que se basa, impide la verificabilidad y refutación de sus postulados, impide el control y contradictorio de las partes, la inmediación de éstas con la prueba y del tribunal y no resulta adecuado a las reglas de comprobación, por lo que se encuentra en violación con las normas constitucionales y convencionales aplicables al proceso de ejecución como proceso de conocimiento.

Conclusión

De lo expuesto puede concluirse que el proceso de ejecución como proceso de conocimiento debe adecuarse a las garantías penales y procesales que lo rigen.

Con respecto a las garantías penales indicamos cómo el derecho de ejecución debe plasmar las implicancias del principio de humanidad, legalidad, reserva, materialidad de la acción y culpabilidad puesto que los derechos y garantías funcionan como una limitación del ius puniendi estatal y deben guiar su actuación, en la medida que el Estado no sólo se encuentra obligado a respetar los derechos humanos, sino que también está obligado a llevar adelante diversas medidas que propendan a garantizarlos.

En este sentido, delimitamos que, desde la perspectiva de la ejecución como proceso, este tiene objetivos y fines delimitados por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y las leyes en la materia, los que consisten básicamente en aplicar un trato digno o no deteriorante y brindar herramientas a la persona en pos de su reinserción social.

Luego indicamos las implicancias de las garantías procesales y la necesidad de que éstas impacten en el proceso de ejecución.

En efecto, se sostuvo que en cada instancia que se trate se debiera propender a la comprobación de la verdad de lo acontecido en la ejecución de esa pena, de hechos, actos, comportamientos desplegados por el Estado respecto a brindar un trato y condiciones dignas de detención y herramientas provistas para la reinserción social de la persona privada de libertad y solo a *posteriori* que hizo el/la condenado/a con ellas con la consecuente aplicación de consecuencias jurídicas que de cada caso se deriven, lo que no será posible sin la vigencia del principio de jurisdicción.

Por lo tanto, advertimos que el cumplimiento de los fines propios de este proceso se encuentra en cabeza del Estado, quien debe llevar adelante todas las medidas, acciones, comportamientos y conductas necesarias para el cumplimiento de las obligaciones que surgen de su posición de garante.

Para ello, resulta fundamental que el proceso cuente con mecanismos o procedimientos que contribuyan a garantizar el debido proceso en la instancia de ejecución. Este debido proceso no es otro que aquel que siga las reglas del juicio oral y público, las implicancias del sistema acusatorio, donde se encuentra desdoblado el órgano encargado de acusar y producir prueba y el órgano decisor, con la necesaria participación e intervención de la defensa y la persona condenada, que deben encontrarse en paridad de armas con el acusador para poder controlar y controvertir sus postulados.

Así las cosas, destacamos que el procedimiento debe llevarse adelante de manera oral, pública, concentrada, continua, en inmediación con las partes, con comparecencia de los órganos de prueba y la producción de la prueba en la audiencia a efectos de que puedan ser controlados y controvertidos, y el/la juez/a pueda resolver adecuadamente, siendo independiente e imparcial.

A tal efecto, indicamos que resulta fundamental el rol del Ministerio Público Fiscal en este proceso en particular a efectos de contribuir a garantizar el principio de imparcialidad del órgano decisor y en ejercer el control activo de la ejecución de la pena, produciendo prueba sobre el cumplimiento de los objetivos impuestos al Estado en la ejecución de una pena legítima y sólo luego, de lo actuado por la persona condenada.

Por otro lado, señalamos la importancia del derecho de defensa y del contradictorio y la igualdad de armas entre defensa y acusación.

Sin embargo, al momento de analizar la efectiva vigencia y adecuación de las garantías penales y procesales al proceso de ejecución penal se encontraron falencias en cuanto a la aplicación del principio de humanidad mediante la instauración de condenas sin fecha de cumplimiento ni posibilidad de liberación anticipada, inclusión de requisitos para acceso a los diferentes institutos de la ejecución penal que vulneran la garantía de reserva y materialidad de la acción al exigir al/la condenado/a que demuestre arrepentimiento o introyección en el rol de la víctima, se efectúan consideraciones sobre la peligrosidad, pronóstico o riesgo ante la liberación anticipada y que no tienen en miras, o como base, lo que el Estado hizo en pos del cumplimiento de los objetivos para ejecutar una legítimamente sino que sólo reparan sobre la persona condenada, sus características de personalidad, posición frente al delito y en definitiva, pronósticos de peligrosidad futura.

Indicamos también serias dificultades respecto a la ley que debe regir la ejecución de la pena y a quién corresponde su dictado, lo que colisiona, en definitiva, con el principio de legalidad, desde que no existe claridad en cuál es la ley aplicable.

Con relación a ello advertimos que tampoco se han determinado debidamente las consecuencias del accionar del Estado contra dichos principios o la omisión en el cumplimiento de sus objetivos, afectando además de la garantía de legalidad la de culpabilidad, en tanto permiten que se le reclame a la persona condenada algo que no tuvo o no tiene posibilidad de modificar o revertir.

En cuanto a las garantías procesales, pudimos indicar que en los términos en que se lleva adelante el proceso de ejecución en muchos de sus postulados aún no se ajusta a los lineamientos establecidos para un debido proceso por lo que debería ser reformulado, redefinido o readecuado a fin de constituirse en una verdadera garantía de derechos constitucional y convencionalmente consagrados.

Así, advertimos que los mecanismos de determinación administrativa y judicial de la cualidad en que se cumple la pena que no son considerados técnicamente incidentes conforme al artículo 509 por lo que aún son llevados adelante mediante procedimientos secretos, escritos, sin intervención de la defensa o del juez o de la jueza interviniente.

Por otra parte, destacamos que la figura del/la juez/a de ejecución y el doble rol o funciones asignadas, es decir como órgano decisor en los casos sometidos a su consideración y como órgano de control judicial exclusivo, activo y permanente del modo en que se cumple la pena este control que se le requiere; puede comprometer el principio de imparcialidad.

Con relación a ello destacamos que la intervención del Ministerio Público Fiscal sólo se encuentra prevista en los trámites incidentales del artículo 509 pero no se le ha asignado con claridad, certeza y suficiente determinación la función específica de ser encargado del control judicial de la pena, del modo en que ésta se cumple, de las condiciones en que se ejecuta la pena y si tal ejecución resulta legítima o acorde a la ley y a los tratados internacionales de derechos humanos.

A su vez, el Ministerio Público Fiscal no recurre a sus órganos de prueba y, por tanto, no produce su propia prueba, sino que se vale de la prueba aportada por la administración penitenciaria.

En efecto, al intentar adecuar al proceso de ejecución a las reglas del sistema acusatorio, observamos que no obstante la carga de la prueba de los fines y objetivos del proceso debiera estar a cargo del Estado aún se le exige a la persona privada que acredite sus pretensiones o incluso el cumplimiento de requisitos que no fueron posibilitados por la administración previamente; y la falta de prueba funciona en contra de la pretensión y de los derechos de la persona condenada.

Destacamos también que, en los términos en que se desarrolla actualmente, en el proceso de ejecución lo que dificulta o más bien imposibilita el verdadero control, es la forma de producción de la información y a cargo de qué organismos específicos se encuentra, es decir organismos dependientes del poder político.

Es que, para que la información que se provea al tribunal sea de calidad, objetiva, adecuada, debiera ser confeccionada por órganos que no estén sujetos a los lineamientos de política criminal que implementa el Poder Ejecutivo, por lo que, los órganos de prueba que elaboren y provean de información debieran ser órganos del Estado, pero dependientes del Poder Judicial y no quienes están interviniendo.

Además, con relación al procedimiento incidental previsto por el artículo 509 del C.P.P. de Mendoza donde se analizan fundamentalmente los pedidos de salidas transitorias, semilibertades, modalidades alternativas a la prisión o libertades anticipadas en base a la información aportada por los organismos administrativos, indicamos que sólo concurren a la audiencia la fiscalía, la persona condenada, su defensa técnica y el/la juez/a, donde las partes se limitan a argumentar sobre informes escritos aportados por la administración, sin comparecencia de los órganos de prueba y posibilidad de contralor y contradictorio, frente a un órgano judicial que si bien imparcial por exigencia, conforme la organización de su competencia puede verse contaminado previamente a la resolución del caso.

Al no comparecer los órganos de prueba a la audiencia no se siguen los lineamientos del juicio oral y público y las reglas relativas a la producción de prueba. No existe posibilidad de control, verificación y refutación de lo actuado por la administración y ello permite que ingresen en consideración aspectos que no se relacionan con el principio de legalidad, de reserva, de derecho penal de acto y de culpabilidad y que se utilicen criterios correccionalistas de la persona o juicios de valor que sólo opinables no pueden ser verificados, refutados ni luego comprobados por la autoridad judicial.

De modo que al llevarse adelante los incidentes sin comparecencia de los órganos de prueba a la audiencia nos encontramos ante un procedimiento que no respeta las garantías procesales descritas, que impide el control de los presupuestos sobre los que se basa, impide la verificabilidad y refutación de sus postulados, impide el control y contradictorio de las partes, la intermediación de éstas con la prueba y del tribunal y no resulta adecuado a las reglas de comprobación, por lo que se encuentra en violación con las normas constitucionales y convencionales aplicables al proceso de ejecución.

Asimismo, al no reparar el objeto de la prueba en hechos verificables y refutables, se cae en consideraciones o juicios de valor que también colisionan con las garantías penales de legalidad, reserva, materialidad de la acción y procesales en cuanto a la posibilidad del contralor y contradictorio y del derecho de defensa.

Sobre este último punto indicamos que aún nos encontramos ante un sistema que no garantiza plenamente el derecho de defensa y la debida igualdad de armas y la necesidad de dotar al proceso y a la defensa técnica de las condiciones necesarias para su efectiva materialización.

En efecto, en las condiciones actuales, el proceso de ejecución como proceso de conocimiento y sus respectivos procedimientos se encuentran en clara violación de las garantías penales y procesales que deben regirlo, por lo que el mismo debiera ser reformularse o adecuado a las mismas a fin de no continuar vulnerando los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad.

No debemos olvidar que se encuentran en juego derechos humanos que el Estado tiene el deber de resguardar y de tomar medidas para garantizarlos y respetarlos y que tal incumplimiento además de acarrear una afectación de los mismos (con los que ello implica para la persona que lo sufre) también puede acarrear responsabilidad del Estado a nivel internacional de no efectuar las modificaciones necesarias.

Por ello espero que el presente trabajo pueda servir de aporte a todos/as aquellos/as que se interesan y comprometen con la ejecución penal y con los derechos de las personas privadas de libertad, para que se pueda contar con un proceso respetuoso de los derechos y garantías fundamentales y que como parte del Estado de derecho, y desde el lugar que ocupamos, contribuyamos al logro de este objetivo.

Abramos la historia y veremos que las leyes, que son o debieran ser pactos entre hombres libres, no han sido generalmente más que el instrumento de las pasiones de unos pocos, o han nacido de una fortuita y pasajera necesidad; no han sido dictadas por un frío observador de la naturaleza humana, que concentrase en un punto las acciones de multitud de hombres y las considerase desde este punto de vista: *la máxima felicidad repartida entre el mayor número*. Felices aquellas poquísimas naciones que no esperaron a que el lento movimiento de las combinaciones y vicisitudes humanas hiciese suceder a los males extremados una situación nueva encaminada hacia el bien, sino que aceleraron con buenas leyes las etapas intermedias y merece la gratitud de los hombres aquel filósofo que desde su oscuro y despreciado gabinete tuvo el valor de echar sobre la multitud las primeras semillas infructuosas durante mucho tiempo de las verdades útiles²⁸⁰.

²⁸⁰ BECCARIA, Cesare, *De los delitos...*, p. 18.

Bibliografía

ALDERETE LOBO, Rubén A., *Acusatorio y ejecución penal*, 1º ed. Revisada, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editores del Sur, 2018.

ALDERETE LOBO, Rubén, *La libertad condicional*, 1º edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2016.

ALDERETE LOBO, Rubén, “Reforma de la Ley 24.660. EL fin del derecho de ejecución penal en Argentina” en LEDESMA, Ángela, *El debido proceso penal*, 1ºed., Buenos Aires, Hammurabi, 2017.

AROCENA, Gustavo A., *Principios básicos de la ejecución de la pena privativa de la libertad*, 1º edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2014.

BARATTA, A., *Resocialización o control social. Por un concepto crítico de la reintegración social del condenado*, en Criminología y sistema penal, Compilación in memoriam, Bde F, Buenos Aires-Montevideo, 2006.

BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas* (título original *Dei delitti e delle pene*), trad. de De Las Casas, Barcelona, 1997.

BINDER, Alberto, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Hermenéutica del proceso penal, 1ºed., Buenos Aires, Ad-hoc, 2013.

BINDER, Alberto, *Elogio de la audiencia oral y otros ensayos*, colección “Conceptos fundamentales del sistema acusatorio”, México, Nuevo León, 2014.

BOMBINI, Gabriel, “La oralidad en la etapa de ejecución de la pena: tendencias, reformas, prácticas”, en Revista de ejecución de la pena privativa de la libertad y el encierro. N° 10, Año 2020.

BOVINO, Alberto, “El ministerio público en el proceso de reforma de la justicia penal de América Latina”, en *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Buenos Aires, Del Puerto, 1998.

CAFFERATA NORES, José I, *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, 3ra ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.

CAFFERATA NORES, José Ignacio, *Proceso penal y derechos humanos: la influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, 2a ed. 1a reimp., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Del Puerto, 2011.

CARBONE, Carlos, *Principios y problemas del proceso penal adversarial*, 1ª ed Revisada, Santa fe, Rubinzal-Culzoni, 2019.

CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, *Prisión perpetua y de larga duración. Régimen Jurídico de la prisión permanente revisable*, Valencia, Tirant lo blanch, 2015.

CESANO, José Daniel, "Legalidad y control jurisdiccional: Construyendo garantías para lograr un "trato humano" en prisión", *Pensamiento penal y criminológico. Revista de derecho penal integrado.*, Año V - Nº 8 - 2004, Córdoba, Mediterránea, 2004.

CESANO, José Daniel, *Contribución al estudio de la libertad condicional. Análisis dogmático y político criminal de acuerdo a la reforma de la ley 25.892*, Córdoba, Editorial Mediterránea, 2008.

CUELLO CALON, Eugenio, *La Moderna Penología*, Bosch, Barcelona, T. I, p. 10 y 271 citado por GARCIA BASALO, Juan C., *El régimen penitenciario argentino*, Buenos Aires, Librería del Jurista, 1975.

DIAZ CANTON, Fernando, "El cuestionamiento a la Legitimidad del recurso del Acusador contra la sentencia con miras a agravar la situación del imputado. Otro aporte a la discusión", en *Nueva Doctrina Penal 2001/A*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001.

DIAZ CANTÓN, Fernando y PITLEVNIK, Leonardo, "Las condiciones para obtener la libertad condicional", *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, Del Puerto, v. 1998.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; CANCIO MELIÁ, Manuel (eds.), *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad. Seminario con Günther Jakobs en la UAM, Madrid*, Civitas Ediciones, 2008.

FERNÁNDEZ GARCIA, Julio, *Manual de Derecho Penitenciario*, Coordinadores Berdugo Gómez de la Torre - Zúñiga Rodríguez, Universidad de Salamanca-Colex, Madrid, 2001.

FERRAJOLI, Luigi, *Escritos sobre derecho penal. Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi S.R.L., 2013.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*, 1ª edición italiana (1995), traducción de Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, 8ª edición, España, Trotta, 2006.

FEUERBACH, Paul J. A. R., *Tratado de derecho penal*, trad. de Zaffaroni y Hagemeyer, Buenos Aires, Hammurabi, 1989.

FLEMING, Abel y LÓPEZ VIÑALS, Pablo, *Las penas*, 1º ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009.

GARCÍA YOHMA, Diego – MARTÍNEZ, Santiago, “La oralización de las decisiones durante la ejecución de la pena”, publicado en <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/14149.pdf>.

GUILLAMONDEGUI, Luis Raúl, "La oralización de incidentes de ejecución pena", en *Iter Criminis, Revista de Ciencias Penales*, nro. II, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2009.

GUZMÁN, Nicolás, *La verdad en el proceso penal*, Editorial Didot, Buenos Aires, 2018.

HARFUCH, Andrés, *La vigencia del principio acusatorio en la etapa de ejecución de la pena* (observaciones críticas al Fallo Romero Cacharane de la CSJN), en *Ejecución de penas privativas de libertad*, Zulita FELLINI (directora), Hammurabi, 2014.

HAZAN, Luciano, “La introducción de audiencias preliminares como variable para la humanización del proceso penal”, en Anitua, G. y Tedesco, I. (comps.) *La cultura penal. Homenaje al profesor Edmundo Hendler*, Buenos Aires, Del Puerto, 2009.

IBAÑEZ, Perfecto Andrés, *Tercero en discordia. Jurisdicción y Juez del Estado Constitucional*, Editorial Trotta, Madrid, 2015.

JAKOBS, Günther, *La pena estatal: significado y finalidad*, Madrid, Civitas Ediciones, 2006.

JAUCHEN, Eduardo M., *Estrategias de litigación penal oral*, 1ra. Ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2020.

JAUCHEN, Eduardo, *Tratado de la prueba penal en el sistema acusatorio adversarial*, 1º ed. Revisada, Santa Fe, Rubinzal- Culzoni, 2020.

JULIANO, Mario Alberto y AVILA, Fernando, *Contra la prisión perpetua: una versión histórica y comparada de las penas de perpetuidad*, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Del Puerto, 2012.

MAÑALICH, Juan Pablo, “Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva. Una defensa de la teoría de la retribución de Ernst Beling”, Universidad de Chile, BARCELONA, abril de 2015, en *Revista indret*.

MAIER, Julio B., *Derecho procesal penal, Tomo I, Fundamentos*, 2° ed., Editores del Puerto S.R.L, Buenos Aires, 2004.

MAURACH, Reinhart y HEINZ, Zipf, *Derecho penal. Parte general*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 1994.

MUÑOZ CONDE, Francisco-GARCIA ARAN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

NAUCKE, Wolfgang, *Derecho penal*, trad. por Brond, Buenos Aires, Astrea, 2006.

PEREZ ARIAS, José, “Libertad condicional. Presupuesto de procedencia a partir de la Ley 25.892”, En Delgado Sergio (Dir.) Icaro, *Revista de Ejecución de la pena privativa de libertad y el encierro*, año 1, n° 1, Buenos Aires, Fabián Di Placido, 2006.

PÉREZ BARBERÁ (2014), «Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena», *InDret* 4/2014, disponible en: <http://www.indret.com/pdf/1081.pdf>.

PEREYRA, Pablo E, "Modelo acusatorio y persecución penal estatal. Sobre los aciertos y desaciertos en la disputa por la relevancia de las conclusiones d Ministerio Público Fiscal", en *Nueva Doctrina Penal 2002/A*, Bs. As., Editores del Puerto, 2002.

PINTO, M. “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en ABREGÚ, M. y COURTIS, C. (Comp.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*. Editores del Puerto-CELS, Buenos Aires, 1997.

RIGHI, Esteban, *Derecho Penal: parte general*, 3ª ed, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal*, t.I, trad. Por Luzón Peña y otros, Madrid, Civitas, 1997.

SALDUNA, Mariana y DE LA FUENTE, Javier E., *Ejecución de la pena privativa de libertad. Comentario a la Ley n°24.66° reformada por la Ley 27.375*, 1° ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editores del Sur, 2019.

SALT, Marcos, “Los derechos fundamentales de los Reclusos en Argentina”, en Iñiqui RIVERA BEIRAS- Marcos SALT, *Los derechos fundamentales de los Reclusos España y Argentina*, Editores del Puerto, 1999.

SARRÉ, Miguel y MANRIQUE, Gerardo, *SISTEMA DE JUSTICIA DE EJECUCIÓN PENAL Sujetos procesales en torno a la prisión en México*, Ciudad de México, Tirant Lo Blanch, 2018-

STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte General I*, trad. Por Cancio Meliá y Sancinetti, Buenos Aires, Hammurabi, 2005

TARUFFO, Michele, "Consideraciones sobre prueba y motivación" ponencia realizada por el autor en el 9 Seminario sobre derecho y jurisprudencia, organizado por la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, del Colegio de Registradores de España, los días 21 y 22 de junio de 2007 (puede consultarse el texto de esta ponencia en www.feje.org.es).

TARUFFO, Michele, *Verdad, justicia y derecho*, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2020.

VACANI, Pablo, *La indeterminación de la pena en el proceso de ejecución penal: nuevas herramientas teóricas y jurisprudenciales*, Buenos Aires, Ad-hoc, 2017.

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, tomo II, 3º Ed., 2º Reimpresión, Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba SRL, 1986.

ZAFFARONI, E.R., *Los objetivos del sistema penitenciario y las normas constitucionales*, en *El derecho penal hoy. Homenaje al profesor David Baigún*, Del Puerto, Buenos Aires, 1995.

ZAFFARONI, Eugenio R.; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, 2da. Ed., Buenos Aires, Ediar, 2002.

ZAFFARONI, E. R. (dirección) y VACANI, P. (coordinación), *El registro temporal en las distintas posiciones en el campo*, en *La medida del castigo. El deber de compensación por penas ilegales*, Ediar, Buenos Aires, 2012.