

POSICIÓN DE GARANTÍA DEL ESTADO. LA PENA ILÍCITA. PRUEBA Y ESTRATEGIAS DE LITIGACIÓN.

*Sergio Paulo Pereyra*¹

*María Daniela Petroff*²

*Sebastián López Sicardi*³

Resumen. La finalidad de quienes hemos elaborado el presente trabajo, como se podrá apreciar a lo largo de su desarrollo, es brindar herramientas de litigación que sirvan tanto para la etapa de conocimiento del proceso penal, como la etapa de ejecución de la pena, en la medida que se presenten sobre las personas asistidas, circunstancias que tornen a la pena de prisión impuesta (o medida de coerción) en una pena ilícita.

A lo largo del artículo verán referencias a normativa nacional e internacional, también fallos y dictámenes internacionales, nacionales y locales de nuestra provincia (somos oriundos de la Provincia del Chaco), que reconocen la posición de garantía del Estado.

Serán éstos, algunos parámetros y lineamientos que consideramos útiles para invocar a lo largo de la estrategia defensiva en todas las etapas del proceso penal.

Palabras Clave. Ejecución penal, posición de garantía del Estado, derecho penitenciario, derechos humanos.

Abstract. The purpose of this work is to provide litigation tools that serve both for the stage of knowledge of the criminal process, and the stage of execution of the sentence, insofar as it occurs on the assisted persons, circumstances that make the penalty Imposed imprisonment (or measure of coercion) in an unlawful sentence.

¹ Abogado, especialista en Ejecución Penal y Derecho Penitenciario (UB-UCI), ex asesor legal de Secretaría de Derechos Humanos de la provincia del Chaco (2015-2020). Ex Miembro del Comité de Prevención contra la Tortura, Chaco (2018-2019)

² Abogada, funcionaria judicial, integrante de Asociación Pensamiento Penal (Chaco) y del Área de Políticas Penitenciarias a Nivel Nacional

³ Abogado, matriculado en la Provincia del Chaco, Miembro de Pensamiento Penal (Chaco), asesor legal externo del Ministerio de Justicia y Seguridad de la Provincia del Chaco y Colaborador del Ministerio Público Fiscal

Throughout the article you will see references to national and international regulations, also international, national and local rulings and opinions of our province (we are from the Province of Chaco), which recognize the guarantee position of the State.

Some parameters and guidelines that we consider useful to invoke throughout the defensive strategy in all stages of the criminal process will be used.

Keywords. Criminal enforcement, state guarantee position, prison law, human rights.

Índice

1. POSICIÓN DE GARANTÍA DEL ESTADO.	3
I. Su regulación en el ámbito nacional e internacional.	3
a. La Ley de ejecución de la pena privativa de libertad (24.660).	4
b. Jurisprudencia: la posición de garantía del Estado respecto de las personas privadas de libertad.	6
II. Situaciones de violencia intra-muros y posición de garantía. Derecho a la vida y Derecho a una vida digna.	7
III. El problema de las personas condenadas alojadas en comisarías.	9
2. PROPUESTAS DE COMPENSACIÓN.	10
I. El porqué de nuestra propuesta.....	11
II. Facultades del juez de ejecución penal ante un trato punitivo ilegal.	16
3. JURISPRUDENCIA LOCAL QUE HABILITA LA APLICACIÓN DE MECANISMOS DE COMPENSACIÓN.	17
I. Aplicación del mecanismo de compensación frente a irregularidades administrativas.	18
II. Cuantificación y cualificación del trato punitivo hacia identidades femeninas y LGBTTTIQ+.	21
4. POSICIÓN DE GARANTÍA EN TIEMPOS DE COVID-19 Y PENA ILÍCITA.	22
I. Salidas Transitorias y regímenes de visitas. Hacia una perspectiva post pandemia.	22
II. Resoluciones que reanudaron salidas transitorias y fijaron compensación por horas no usufructuadas.	24
III. Propuesta de compensación por salidas transitorias no usufructuadas a raíz del contexto de pandemia.	26
IV. Estímulo Educativo y Pandemia. Consideraciones particulares a tener en cuenta.	26

5. OTRAS POSIBLES HERRAMIENTAS ANTE LA DETECCIÓN DE UNA PENA DEVENIDA EN ILÍCITA:	27
I. Derecho al mejor derecho.....	27
II. El derecho administrativo y la posición de garantía.	28
6. REFLEXIONES FINALES.	29
BIBLIOGRAFÍA Y MATERIAL CONSULTADO:	30

1. POSICIÓN DE GARANTÍA DEL ESTADO.

I. Su regulación en el ámbito nacional e internacional.

Partimos de una afirmación irrefutable: El Estado tiene el deber convencional y constitucional de asegurar a las personas privadas de su libertad un trato punitivo lícito.

Este trato punitivo lícito es el que deriva del artículo 18 C.N.:

“(...) Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. 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...” (el recorte nos pertenece).

Del artículo en cuestión se desprenden los parámetros para distinguir una pena lícita de una pena ilícita.

Será lícita aquella pena legal, debidamente aplicada por el juez, de acuerdo al delito y a las circunstancias particulares del caso, siempre y cuando su efectivo cumplimiento no conlleve a un arrebatación de más derechos que los inherentes a la privación de la libertad ambulatoria.

Contrario sensu, será ilícita la pena cuando a la persona privada de su libertad se le quiten más derechos que los inherentes a su libertad ambulatoria. En el momento que, una pena de prisión arrebatara más derechos, la misma se convierte en una pena cruel, inhumana y/o degradante, las cuales, siguiendo los términos de la CN (...) *hará(n) responsable al juez que la autorice (...)*

Pero la responsabilidad del Estado respecto de las personas privadas de su libertad, no es solo una cuestión regulada por nuestra constitución nacional.

El **sistema internacional de derechos humanos** instituye un estándar de protección de derechos de las personas privadas de su libertad, debiendo los Estados garantizar que las mismas, reciban un trato respetuoso de la dignidad inherente al ser humano, y a que no sean sometidas a tortura ni a otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

En este sentido, la **Convención Americana de Derechos Humanos** en su **artículo 5** en referencia al "Derecho a la Integridad Personal" determina: "(...)

"(...) 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 humano. (...)

(...) 6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados".

Por su parte, **el art. 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, establece que

"...toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano".

Estas regulaciones establecen la obligación por parte del Estado de respetar los derechos humanos de las personas privadas de su libertad y asegurar que el cumplimiento de su encarcelamiento, no se vea agravado por las condiciones en que la misma es llevada adelante.

a. La Ley de ejecución de la pena privativa de libertad (24.660).

La normativa nacional en materia de derechos de las personas privadas de su libertad, es la ley 24.660, que fue sancionada en el año 1996 y ha sufrido 5 modificaciones en su cuerpo legal a lo largo de los últimos años.

Esta ley regula la última etapa del proceso penal, cuando la persona ha sido condenada y enviada a prisión. La misma establece todos los aspectos de la vida en prisión, es decir, las reglas a las cuales debe ajustarse la ejecución de la pena, en todas sus modalidades.

El legislador ha seguido el rumbo trazado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) debido a que la ley, en su artículo 1º, establece a la **resocialización como el principio rector de la pena privativa de la libertad**.

La resocialización es un concepto que nuestro país ha receptado con jerarquía constitucional (art. 18 CN), consistiendo el mismo en la obligación estatal, asumida internacionalmente, de proporcionar todos los medios necesarios para que las personas puedan, dentro del marco de privación de la libertad, incorporar todas las herramientas que le permitan un egreso pacífico al medio libre.

Asimismo, en su artículo 9º establece **la prohibición absoluta de tratos crueles, inhumanos o degradantes**, reiterando lo establecido en nuestro bloque de constitucionalidad.

Esta prohibición no solo consiste en un deber de abstención del Estado (de evitar torturas o tratos crueles) sino, más bien, nace de ella **un deber especial de garantizar la vida e integridad** de las personas bajo su custodia, lo que demanda la adopción de **acciones positivas concretas**.

Ya lo ha expresado así la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

“La responsabilidad del Estado en lo que respecta a la integridad de las personas bajo su custodia no se limita a la obligación negativa de abstenerse de torturar o maltratar a dichas personas. Siendo la prisión un lugar donde el Estado tiene control total sobre la vida de los reclusos, sus obligaciones hacia estos incluyen, entre otras, las medidas de seguridad y control necesarias para preservar la vida e integridad de las personas privadas de libertad” (Com. IDH, Informe Anual 2009, Capítulo IV, Cuba, OEA/Ser. L/II, Doc.51).

También debemos mencionar a **las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela)**, éstas se han convertido, como lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Verbitsky" (Fallo 328:1146), **en el estándar de trato digno que exige el artículo 18 de la Constitución Nacional**.

Estas pautas han sido reformuladas en el año 2015 y fueron tenidas en cuenta por el Superior Tribunal de Justicia del Chaco en numerosas oportunidades (ver Sentencias N° 305/16, N° 183/18, N° 01/19, N° 03/19, 161/20, 238/20 entre otras).

b. Jurisprudencia: la posición de garantía del Estado respecto de las personas privadas de libertad.

Tanto a nivel nacional como internacional se han dictado diversos pronunciamientos que advierten las circunstancias indignas en que se ejecutan las penas privativas de la libertad, las cuales deberían ser compatibles con la normativa internacional de los derechos humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que “*el Estado como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos*” (caso Neira Alegría y otros vs. Perú, del 19/01/1995).

Asimismo, en referencia a la cuestión de las condiciones de detención y evaluando otros instrumentos internacionales, así como la jurisprudencia de otras instituciones de protección de derechos humanos ha declarado que:

“frente a las personas privadas de libertad, el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un control o dominio total sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. En este particular contexto de subordinación del detenido frente al Estado, este último tiene una responsabilidad especial de asegurar a aquellas personas bajo su control las condiciones que les permitan retener un grado de dignidad consistente con sus derechos humanos inherentes e inderogables” (Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago, Sentencia de 11 de marzo de 2005, Fondo, Reparaciones y Costas).

En el mismo sentido, se ha dicho:

“el deber del Estado de salvaguardar la salud y el bienestar de los reclusos y garantizar que la manera y el método de privación de libertad no exceda el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención. La falta de cumplimiento con ello puede resultar en una violación de la prohibición absoluta contra tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes” (Caso Boyce y otros vs. Barbados Sentencia de 20 de noviembre de 2007, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

Los actos que pueden llegar a constituir tratos crueles, inhumanos o degradantes presentan una multiplicidad de circunstancias que pueden presentarse, incluso, de forma combinada.

Así lo ha entendido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en diferentes cuestiones: *falta de infraestructuras adecuadas, hacinamiento, falta de ventilación y luz natural, celdas insalubres, carencia de camas (durmiendo en el suelo o en hamacas), sin atención médica adecuada ni agua potable, sin clasificación por categorías (niños y adultos, procesados y condenados etc.), sin servicios sanitarios adecuados (teniendo que realizar las necesidades en recipientes o bolsas), sin condiciones mínimas de privacidad en los dormitorios, con alimentación escasa y de mala calidad, con pocas oportunidades de ejercitarse, sin programas educativos o deportivos, o con posibilidades muy limitadas de desarrollar dichas actividades, con restricciones indebidas al régimen de visitas.* (Caso García Astor y Ramírez Rojas v. Perú del 25/11/2005; Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) v. Venezuela del 05/07/2006; López Álvarez v. Honduras del 01/02/2006; Caso del Penal Miguel Castro Castro v. Perú del 25/11/2026; Caso Boyce y otros vs. Barbados Sentencia de 20 de noviembre de 2007, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Verbitsky", reconociendo el efecto aflictivo y deteriorante para toda persona institucionalizada significado por la privación de la libertad apuntó que no resulta tolerable la agregación de otras medidas indebidas de agravamiento (cfr. Fallo: 328:1146).

II. Situaciones de violencia intra-muros y posición de garantía. Derecho a la vida y Derecho a una vida digna.

Nos interesa en este punto destacar la trascendencia de un reciente fallo dictado por la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal de fecha 05/02/2021, al resolver el recurso de casación interpuesto en la causa caratulada "Sotelo Aranda, José s/ recurso de casación".

Queremos dejar en claro, antes de continuar, que no romantizamos las actitudes de los internos, la disminución de la violencia intra-muros es un debate que excede los fines de este trabajo. Pero si queremos hacer hincapié, en que existe una responsabilidad del Estado como garante, y en particular, concreta, de las autoridades penitenciarias que conocen, están presentes y permiten estos episodios en los cuales está en juego muchas veces la vida de las personas privadas de su libertad. Insistimos, el Estado, en función de los mandatos convencionales y constitucionales, tiene el deber de proteger y garantizar

los derechos de las personas bajo su custodia, fundamentalmente, el derecho a la vida, y aún más: a una vida digna.

El caso en cuestión, trata de una situación que a menudo sucede en las cárceles de nuestro país, las conocidas grescas, que no son otra cosa que peleas (generalmente con puñales u otros elementos contundentes o punzo-cortantes) entre internos.

En particular, Sotelo Aranda, se vio envuelto en una de estas peleas con otro interno, ambos contaban con elementos punzo-cortantes. De dicho evento resultó la muerte de su contrincante y de allí su acusación por homicidio.

Es dable a destacar, que consta en las filmaciones del hecho, la presencia de autoridades penitenciarias, que "...observaban de manera imperturbable y con total pasividad lo que estaba sucediendo, sin siquiera evidenciar alguna actitud o acto tendiente a ayudar o impedir el hecho, lo que demuestra la imposibilidad de Sotelo de recibir ayuda o escapar hacia otro sitio..."

Consideramos inadmisibles la permisión de estos hechos sanguinarios y brutales dentro de una cárcel.

El Dr. Gustavo M. Hornos, en su voto, con mucho acierto, señaló: "destacar que el homicidio que fue objeto de investigación y juzgamiento en autos se produjo **dentro de una unidad carcelaria**; institución en la que el Estado decide privar a determinadas personas de su libertad ambulatoria por la comisión previa de algún ilícito de los contenidos en el Código Penal y/o en sus normas complementarias...". "...**A partir de este escenario, el Estado se posiciona como garante de los derechos básicos de las personas a las que somete a este régimen, siendo el derecho a la vida aquel más fundamental a proteger** (cfr. C.I.D.H., Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, del 31/12/2011 y de conformidad con la Recomendación 1/2013 del Sistema de Coordinación y Seguimiento de Control Judicial de Unidades Carcelarias)" "...Es 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 aquéllos **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 de todos los derechos humanos, lo que no es posible aceptar** (C.I.D.H., "Instituto de Reeducción del Menor v. Paraguay", sent. del

2 de septiembre de 2004 –Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas-, párr. 153).” “En resumen, el derecho a la integridad física, psíquica y moral de toda persona, y la obligación estatal de que las personas privadas de libertad sean tratadas con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, implica la prevención razonable de situaciones que podrían resultar lesivas de los derechos protegidos (C.I.D.H., “Baldeón García v. Perú”, sent. del 6 de abril de 2006 –Fondo, Reparaciones y Costas-, párr. 118; y voto del suscripto en causa FSM 33271/2014/TO1/CFC1, “GRAGEDA, Gilberto Rolando y otra s/recurso de casación”, reg. N° 774/20, rta. el 9/6/20 por esta Sala IV de la C.F.C.P.). “...” En otras palabras, como el Estado resulta garante de la vida de las personas detenidas en establecimientos penitenciarios, deviene insoslayable que los hechos bajo juzgamiento pueden implicar responsabilidad penal para aquellos funcionarios públicos que debieron velar por los derechos de quien resultó víctima del suceso estudiado. Todo lo que obliga a la administración de justicia a ahondar en la investigación que permita esclarecer tal circunstancia.

Estos fallos, como ya se ha dicho en párrafos anteriores, **denotan el contraste** que hay entre la regulación que rige para nuestro país en materia de ejecución de la pena de prisión (nacional e internacional), y la realidad penitenciaria.

III. El problema de las personas condenadas alojadas en comisarías

En nuestro país existen grandes cantidades de personas condenadas que se hallan alojadas en comisarías, con todas las consecuencias jurídicas y prácticas adversas que esta circunstancia acarrea, tales como, carencia de un trato resocializador, ausencia de un programa de tratamiento individualizado, falta de confección de historia criminológica que fije los objetivos que debería cumplir para su avance en el régimen progresivo de la pena.

Una de las causas de este fenómeno, obedece a que los establecimientos del servicio penitenciario están casi siempre al límite de su capacidad, con carencia de cupos para nuevos alojamientos.

Por ello, hasta que se logre la posibilidad del ingreso a la órbita del Servicio penitenciario, la persona ya ha estado cumpliendo la pena privativa de libertad en aquella comisaría. Los días pasan, y los plazos corren de igual manera en un espacio físico u otro.

Pero lo que lamentablemente sucede, es que las personas privadas de su libertad en comisarías, vivencian un tiempo estancado, que se advierte al momento de solicitar

distintos institutos del régimen de ejecución penal, tales como salidas transitorias y libertades condicionales o asistidas, los que son denegados. Y esto se debe a que, cuando finalmente se logra conseguir cupo en el Servicio Penitenciario y son trasladadas a aquella esfera, los plazos previstos en la ley para el acceso a estos derechos se encuentran vencidos.

En ese contexto, la autoridad administrativa, al momento de emitir opinión respecto a si propician o no el instituto, como literalmente no conocen a la persona, no lo trataron, ni entrevistaron personalmente jamás, no se valora, ni se tiene en cuenta que se ha excedido el plazo temporal para el acceso a algún beneficio y, simplemente **se limitan a concluir que no propician la incorporación al instituto**, dejando en manos de la autoridad judicial la decisión de conceder o no el instituto, que en la mayoría de los casos ratifican la conclusión del Consejo Correccional.

Sostenemos, que estos extremos deben ser tenidos en cuenta tanto por el servicio penitenciario, como por los juzgados de ejecución penal, debiendo compensarse ese modo irregular de privación de libertad, por cuanto la intersección entre tiempo y espacio define el cumplimiento de una pena cualitativamente diversa a la prevista normativamente.

2. PROPUESTAS DE COMPENSACIÓN.

La idea central de éste trabajo es plantear que la realidad penitenciaria de nuestro país (aquellas restricciones a derechos que no son inherentes a la privación de la libertad) se encuentra en un enorme contraste con el “deber ser” (lo regulado constitucional y convencionalmente) de la aplicación de una pena privativa de libertad o medida de coerción, y encontrándose el Estado en una posición de garantía respecto de las personas bajo su guarda, el mismo debe dar una respuesta a aquellas penas de prisión (o medidas de coerción) que se transformaron en ilícitas.

La respuesta, debe consistir en una compensación/reparación del daño causado, y debe ser así porque la pena que impone una sentencia condenatoria no prevé, en principio, el sinnúmero de privaciones de derechos que, finalmente, la persona condenada termina por padecer.

La sentencia ordena un tiempo lineal, cronológico, medido en años, meses, semanas y días, por el cual a una persona se la privará de su libertad ambulatoria. No prevé en principio, que esa persona sufra otras privaciones de derechos, o vejaciones,

tratos crueles, inhumanos, o degradantes. De hecho, aquellos están prohibidos expresamente constitucional y convencionalmente. Y es por ello que, ante la presencia de algún evento que torne a la pena de prisión en una pena ilícita, generando una privación de derechos mayor, aquél “plus” de privación de derechos, debe ser compensado, y el modo de compensarlo, debe ser cuantificando el daño causado, en beneficios temporales de su pena de prisión o flexibilización en la exigencia de los requisitos para acceder a los institutos de egresos transitorios o condicionales. Cada compensación del daño causado, deberá evaluarse en el caso concreto.

I. El porqué de nuestra propuesta

Sabido es que la pena de prisión, según el deber ser, consiste en privar de la libertad ambulatoria, de locomoción, a las personas en una institución total -en términos sociológicos- que es la cárcel, donde éstas conviven con quienes ejercen su guarda y custodia, con un equilibrio que con frecuencia es precario y sus desequilibrios suelen ser muy graves.

El problema es sistémico y estructural, por el simple hecho que la privación de libertad es antinatural, llegando a ser caracterizada por el profesor Eugenio Raúl Zaffaroni, como pena de tortura, convirtiéndose las cárceles en un depósito de seres humanos deteriorados por la prisionización.

La prisión fracasa en su intento por producir una reforma positiva en la persona y, muy por el contrario, tiene un efecto reproductor de la criminalidad.

Pareciera ser, que aquel requisito del tratamiento penitenciario respetuoso de la dignidad y la vida humana (trato humano) es inexistente.

Es el Estado, quien tiene la obligación y la responsabilidad de garantizar la vigencia y realización de los derechos humanos de las personas que están bajo su guarda, custodia, seguridad, asistencia y tratamiento, cumpliendo pena privativa de la libertad, cuyo principio rector esencial es la **reinserción social**, que se materializa a través de un régimen progresivo.

Sin embargo, la crisis que envuelve la situación carcelaria genera numerosos obstáculos para la concreción de aquella finalidad. Por ello, como parte del Estado, los operadores judiciales tienen el compromiso ético de acercar la brecha entre la pena legal (aquella impuesta por juez competente en razón del delito y las circunstancias particulares del caso) y la real (la que termina degradando a la persona, privándola de más derechos

que su libertad de locomoción) que posibilite una apertura de la cortina de hierro trazada entre la Constitución y las prisiones de este país.

Nos preguntamos qué respuesta se debe edificar desde el pensamiento y acción socio-jurídico a esa dicotomía, esa bifurcación entre **deber ser** normativo, jurídico, y el **ser**, la realidad que atraviesan los lugares de privación de libertad: las condiciones de vida en las cárceles, comisarías y centros transitorios de detención, entre otros espacios. Siendo imperioso en este sentido el desarrollo por parte de la doctrina penal de un cambio hermenéutico, un método jurídico diferente que reconozca este estado de situación alarmante que vivencian las personas tras los muros y rejas, y se haga cargo de establecer un sistema a fines de definir, probar y valorar las consecuencias del trato arbitrario o ilegal.

Es ineludible una nueva construcción teórica de la ejecución de la pena o medidas de coerción, nutrida constitucional y convencionalmente y, basada en *la cárcel real*. Lugares de detención que presentan problemas endémicos vinculados con el hacinamiento, las malas condiciones edilicias, el gobierno por medio de la violencia. Estamos ante un escenario que tenemos la obligación de visibilizar, partiendo desde una perspectiva realista -y crítica de ella-, y desde allí, fraguar la regulación jurídica adecuada.

Una regulación cuasi-jurídica es la que existe, y se encuentra hasta ahora basada en un pensamiento de reglamentarias, caracterizado por racionalidades burocráticas y decisiones basadas en una *cárcel ideal*, que no existe, que no capta el deterioro carcelario ni las reales condiciones en que se ejecuta esa pena o medidas de coerción en un contexto adverso, desalentador, que impone el ocio forzado, con muy limitado acceso a cursos de formación profesional, educación, atención médica u odontológica, falta de trabajo remunerado, falta de confección en tiempo oportuno del programa de tratamiento individualizado y elaboración de objetivos, o en algunos casos carencia de realización del mismo o fijación de objetivos impracticables; todo lo relatado, en definitiva, genera niveles de mayor vulnerabilidad.

Es así que se elabora una teoría de la ejecución penal desarrollada desde un método jurídico que, tenga en cuenta no solo los aspectos positivos (requisitos que la PPL debe cumplir para obtener los derechos del régimen progresivo carcelario), sino también los aspectos negativos (degradación y vulneración de derechos; falta de tratamiento interdisciplinario e individualizado o restricciones a su acceso) y brinde herramientas de litigación que coadyuven a probar los casos -a tener caso- y atribuir consecuencias jurídicas comprendidas desde el marco convencional y constitucional.

Dentro del sistema de ejecución de la pena, el Estado tiene la función primordial de **garantizar la operativización de los derechos de las personas privadas de su libertad** y evitar que éstos sean vulnerados, sin embargo, cuando la evidencia muestra el fracaso en su cometido, **debe reparar el daño**, compensar el plus de sufrimiento y redefinir la cantidad de tiempo de privación de la libertad transcurrido en condiciones antijurídicas.

Las malas condiciones materiales de detención, la falta o deficiente alimentación, la falta de acceso al agua potable, la desvinculación familiar y social, la imposibilidad de acceder a la educación y al trabajo, carencia de espacios de privacidad e intimidad, ausencia de posibilidades de acceso a la justicia, la falta de asistencia sanitaria y falta de tratamiento interdisciplinario e individualizado o restricciones a su acceso evidencian la existencia de pena ilícita.

Estas condiciones materiales del encierro **producen un cambio cualitativo de la pena**, que provoca severas restricciones a los derechos de las personas privadas de libertad y, en ocasiones, su entidad implica un trato cruel, inhumano o degradante.

No podemos seguir negando la realidad, brindando soluciones parcializadas, fragmentando anti-estratégicamente los esfuerzos para hacer valer los axiomas de nuestra Constitución Nacional, los postulados de tratados internacionales de derechos humanos y de las leyes que rigen la ejecución de la pena -y su sentido esencial-.

Debemos **pensar en clave de reparación, compensación y traducción mensurable** del recargo indebido de sufrimiento que implica padecer aquella privación de libertad ilícita, respecto de aquella que fuera autorizada en términos legales. Este método jurídico es el que viene desarrollando el profesor Pablo Andrés Vacani, a fines de brindar herramientas que fijen un sistema que estipule la manera de probar, representar y cuantificar la pena ilícita como pena durante el proceso de coerción o de ejecución penal, **definiendo el tiempo de prisión en forma no lineal, sino cualitativamente**, es decir, teniendo en cuenta las distorsiones que la pena sufre en términos arbitrarios durante la trayectoria temporal.

La **CSJN**, ha entendido que éste es el camino, y ha expresado en el fallo Solis que: *“las condiciones de encierro exigen “moderar los efectos de la condena sobre sujetos que en determinados períodos habrían visto agravadas sus condiciones de encierro”* (CSJN 308:1298, también en Lago 310:1026).

El proceso de ejecución penal es dinámico, el tiempo de prisión no se traduce solamente en privación de la libertad ambulatoria, también se manifiesta afectando otros

derechos individuales, lo que confirma que el tiempo de prisión es más amplio que la noción abstracta que remite al tiempo cronológico, **casi podría definirse como un abismo atemporal.**

Por ello, se debe valorar el tiempo existencial, es decir aquél que define **la forma en que se cumple esa pena o medida de coerción**, que impacta de manera directa en la modulación punitiva, y no solo fijar un límite al poder punitivo a través de su medida en la sentencia, sino que también **durante su ejecución** pueda ser objeto de redefinición, cuando se verifiquen desproporcionadas.

Ha dicho nuestro máximo tribunal:

"Que esta Corte, como cabeza suprema del Poder Judicial de la Nación, no puede permanecer indiferente a situaciones que por su gravedad, pueden llevar a que el modo en que se hacen efectivas las detenciones durante el proceso o la ejecución de las penas, revista el verdadero carácter de una condena accesoria que no corresponda a las aplicadas en las sentencias que emanan de este Poder Judicial, ni a la pena establecida por ley para el delito de que se trata" (Fallo:310:2412 in re "Badín").

En "Nuñez, Fermin Angel", la Corte sostuvo que **la eficacia del sistema de corrección está condicionada a su racionalidad**, de manera que, si la conducta de la persona privada de libertad no fue buena, *"ello no podría serle imputado con certeza sin correr el riesgo de atribuirle, en su perjuicio, las consecuencias de las decisiones ajenas"*. (CSJN 312:892).

En lo que respecta a la provincia del Chaco, la CSJN en el **Expte. N° 99/2017/RH1, caratulado: "Legario, Miguel Ángel y otros s/ homicidio agravado y robo a mano armada"**, expresó al máximo tribunal chaqueño que: *"la sentencia de mérito que obra a fs. 2/63 expone el deterioro de las condiciones de encierro y seguridad de los internos alojados en la Alcaldía de la ciudad de Resistencia, Chaco. Que si bien no corresponde. un pronunciamiento de esta Corte sobre la materia, a fin de no permanecer indiferente ante la situación descrita por el Juez de la causa corresponde acompañar copia de la sentencia al superior local a fin de que tome conocimiento de lo allí referid o, extreme los recaudos y defina un curso de acción para que la situación de encierro cumpla con los estándares mínimos internacionales en la materia."* El resaltado nos pertenece.

Luego, en Fallo 327:388 in re "Romero Cacharane", sostendría en voto de la mayoría:

a) *"Que uno de los principios que adquiere especial hálito 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 la autoridad judicial y sus sucesivas alteraciones, **pueden implicar una modificación sustancial de la condena**, y por lo tanto queda a resguardo de aquella garantía" (voto de la mayoría).*

b) *"Que el principio fundamental de la ley de ejecución penal, en cuanto establece su judicialidad, requiere una interpretación amplia a la hora de extender el principio de legalidad y la garantía de la jurisdicción a la etapa de ejecución" (idem, considerando 5° voto del Dr. Vázquez).*

Por todo ello, se torna una cuestión fundamental que exista un control jurisdiccional sobre la ejecución de la pena por parte de los jueces a fines de procurar la consecución de los fines de la ley de ejecución de la pena privativa de la libertad. En este sentido en este último precedente citado, la Corte afirmó "el control judicial amplio y eficiente" al manifestar "...este control judicial permanente durante la etapa de ejecución tiene como forzoso consecuente que **la vigencia de las garantías constitucionales en el 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 tal".

En este sentido, ha sido la propia ley 24.660 en sus artículos 3 y 4, la que ha incorporado en forma explícita el principio de control judicial, preceptos mediante los cuales se establece que la ejecución de la pena privativa de la libertad, en sus distintas modalidades, estará sometida al permanente control judicial. Con lo cual, parece fundamental señalar que el paradigma aún hoy en boga **que los jueces no podrían intervenir** en determinadas cuestiones penitenciarias por exceder su jurisdicción ni ejercer un control completo sobre el funcionamiento del servicio penitenciario, **debe ser superado si se pretende la instauración de un derecho de ejecución penal respetuoso de las normas constitucionales**.

Los Jueces, como parte esencial del Estado, deben asumir la responsabilidad que la Constitución Nacional en su artículo 18 les impone cuando establece: "...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..." debiendo cumplir las normas sobre las que rige su posición de garante, reconociendo y aplicando consecuencias jurídicas para

evitar la equiparación de una pena ilícita en otra lícita, sujeta a los principios que lo rigen correspondiente a un castigo legal, cuando devino arbitrario.

Resulta así pertinente, recordar que *“a diferencia de la evaluación de políticas, cuestión claramente no judicial, corresponde sin duda alguna al Poder Judicial de la Nación garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias”* (V. 856. XXXVIII; “Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus”, 03/05/2005, Fallos: 328:1146).

En el fallo “Gramajo”, la CSJN dijo: *“Que la pena y cualquier otra consecuencia jurídico penal del delito no puede ser cruel, en el sentido que no debe ser desproporcionada respecto del contenido injusto del hecho. Toda medida penal que se traduzca en una privación de derechos debe guardar proporcionalidad con la magnitud del contenido ilícito del hecho o sea con la gravedad de la lesión al bien jurídico concretamente afectado por el hecho”* (consid 19). *“Que, por lo demás, el objetivo de reinserción social de la pena privativa de libertad que indica la Convención Americana sobre Derechos Humanos es predicado, justamente, respecto de una "pena", que para ser tal habrá de estar necesariamente limitada por el principio de culpabilidad. Dicha finalidad, por otra parte, se limita a imponer al Estado el deber de estructurar la ejecución penitenciaria de dicha sanción de tal modo que, dentro de lo posible, colabore activamente a superar los posibles déficits de socialización del condenado y que, cuando menos, no provoque un efecto contrario al deseado. Realizar un esfuerzo serio en este sentido constituye, por lo demás, un imperativo tanto de la razón práctica como de la solidaridad humana con el autor del delito. Pero desde ningún punto de vista puede entenderse que tales fines pueden lograrse con prescindencia del principio de culpabilidad y **de la prohibición de exceso**”* (consid. 36 voto Petracchi).

II. Facultades del juez de ejecución penal ante un trato punitivo ilegal.

Los magistrados del fuero de ejecución penal son quienes ejercen el control jurisdiccional de la pena privativa de libertad.

En la provincia del Chaco, la norma contempla diferentes alternativas posibles conforme las competencias asignadas a Jueces de Ejecución Penal. Así lo establecen. los artículos 3° incisos a) y f) y 4° 3er. y 4to. párrafo y; el artículo 25° 4to. y 5to. párrafo de la Ley N° 926-A (ex ley 4425/97).

En síntesis, el juez de ejecución penal, tiene las siguientes facultades

- Posibilidad de adelantar los plazos temporales para el acceso a libertades condicionales (que en caso de condenas temporales se otorgaría antes de los 2/3 de cumplimiento de pena);
- Posibilidad de adelantar los plazos temporales para el acceso a libertades asistidas (antes de los 6 o 3 meses del agotamiento de pena);
- Concesión de modalidades alternativas a la pena de prisión tradicional (Prisiones Domiciliarias).

3. JURISPRUDENCIA LOCAL QUE HABILITA LA APLICACIÓN DE MECANISMOS DE COMPENSACIÓN.

El STJ del Chaco, mediante Sentencia N° 238/20 de fecha 25 de noviembre de 2020, en autos caratulados: *"INTERNOS DE PABELLÓN N° 9 DE LA ALCAIDÍA DE RESISTENCIA S/ HÁBEAS CORPUS"*, ante el pedido de la Defensoría General Adjunta en cuanto a que *"3) Se dispongan mecanismos de compensación por la forma en que se está cumpliendo la pena y los beneficios no gozados Sostiene que si bien la suspensión de las visitas y las demás restricciones tienen como causa legítima la situación de pandemia actual, se debe buscar la manera de compensar dichas restricciones, en tanto que las penas se están cumpliendo de un modo mucho más gravoso que el originalmente previsto al momento de su imposición. Plantea como opciones la prisión domiciliaria para los internos que gozan de un alto nivel de confianza y salidas laborales o adelantamiento de libertad condicional o asistida en los casos de quienes no gozaron salidas transitorias"*. Surgiendo de los considerandos del voto de la mayoría, *"De dichas consideraciones podemos concluir que la cuestión en análisis, que es de competencia exclusiva de los jueces de ejecución penal, se encuentra también en permanente estudio y tratamiento, no correspondiendo a esta instancia intervenir en el marco de las facultades inherentes al tribunal de ejecución. Lo antedicho resulta también de aplicación al mecanismo de compensación solicitado en el Punto 3 del petitorio de la Sra. Defensora General Adjunta, en tanto lo requerido debe ser examinado por la magistratura respectiva, atendiendo a cada situación en particular, siendo inadecuada una respuesta genérica al respecto.*

Asimismo, en Sentencia N° 161/20 de fecha 11 de septiembre de 2020, en autos caratulados: "INTERNOS DE PABELLÓN N° 9 DE LA ALCAIDÍA DE RESISTENCIA S/ HÁBEAS CORPUS" del voto en disidencia de la Dra. Grillo surge "5. Por último, en cuanto a la reanudación de los trámites tendientes a la obtención de beneficios, el informe de la Defensora General Adjunta indica que *"Respecto de la reanudación de las visitas y las salidas transitorias, ...Asimismo, se les informó que los defensores oficiales realizaran los planteos pertinentes a fin de que los jueces de ejecución analicen la posibilidad de compensar los beneficios no gozados"*.

Por ello entendemos que las y los jueces no pueden hacer oídos sordos y quedarse de brazos cruzados ante este contexto, alegando que ellos no poseen la facultad de efectuar compensaciones, sino que deben resolver los planteos valorando en la dimensión cualitativa del tiempo cronológico, las condiciones carcelarias y las condiciones más restrictivas del trato en la situación de emergencia sanitaria.

I. Aplicación del mecanismo de compensación frente a irregularidades administrativas.

El Juzgado de Ejecución penal de la II circunscripción de la provincia del Chaco, mediante Resolución de fecha 04/11/2019 en autos caratulados: "SUAREZ DIEGO FACUNDO EXEQUIEL S/EJECUCIÓN DE PENA EFECTIVA - CON PRESO", Exp. N° 37/19-2, al resolver un Planteo de Nulidad del Acta de Consejo Correccional, impetrado por el Defensor del interno. En dicha oportunidad, se hizo lugar al mismo, dejando sin efecto la opinión negativa del organismo administrativo de ponderación evaluativo, y como consecuencia el dictamen fiscal, se incorporó al interno al tercer periodo del régimen de progresividad de la pena -Periodo de Prueba- y se concedieron Salidas Transitorias bajo palabra de honor, ello a efectos de compensar las irregularidades incurridas por falta de tratamiento penitenciario adecuado (omitiendo diseñar y brindar ese conjunto de actividades terapéutico asistenciales dirigidas directamente a colaborar en el proceso de resocialización de los internos).

Surge de los considerandos de la referida, en lo que aquí interesa que "Se advierte que el motivo esgrimido por el accionante en el escrito respectivo refiere que su asistido no tuvo tratamiento penitenciario al haber ingresado al Complejo Penitenciario, en este sentido, ese incumplimiento, inactividad u omisión por parte del Servicio Penitenciario

que reclama el defensor, a mi criterio es una cuestión que debe ser valorada y resuelta, considerando que se cuestionan conductas u omisiones de la Administración Penitenciaria, quien es la autoridad directa de aplicación (Servicio Penitenciario Provincial) la que, conforme ley, conduce, desarrolla y supervisa las actividades que conforman el régimen penitenciario... Observando el presente Legajo advierto que el interno se encuentra detenido de manera ininterrumpida desde el 21/10/2017, fue condenado mediante Sentencia N° 103 de fecha 11/12/2018 a la pena de tres (03) años y cuatro (04) meses de prisión, es decir se observa que el interno transcurrió más de un año procesado y hace ocho meses se encuentra a disposición de este Juzgado, habiéndose solicitado al Complejo Penitenciario II, se dé cumplimiento a lo dispuesto en el art. 13 de la ley 24.660, a fines de su evaluación en el régimen progresivo que prevé la ley de ejecución penal, circunstancia que no fue observada por el Servicio Penitenciario por cuanto surge de su Historia Criminológica glosada en autos que la fecha de aprobación del programa de tratamiento individual se produjo el día 16/09/2019, a lo que debe agregarse que incluso que el defensor oportunamente solicitó, la incorporación al Régimen Anticipado de Ejecución de pena. De constancias de su Legajo surge que a fs. 67 mediante providencia de fecha 11/07/2019 se inicia el trámite de salidas transitorias, solicitando los informes pertinentes tanto a la Unidad de Detención como al Servicio Social del Poder Judicial, encontrándose actualmente pendiente de resolverse la concesión o no del instituto mencionado, teniendo como base el Acta del Consejo Correccional N° 281 que concluye sugiriendo no propiciar el mismo y para ello tiene en cuenta que el interno no reúne los requisitos establecidos en el art. 34 inc. a) "Encontrarse en periodo de prueba" e inc. e) "Merecer del Servicio Criminológico y del Consejo Correccional..." del Decreto 396/99 Anexo de la ley 24.660. En estas condiciones, advierto que en el caso de autos, precisamente por la corta duración de la pena impuesta, la irregularidad administrativa que luce verificada (falta de elaboración del Programa de Tratamiento Individualizado en tiempo oportuno) deja a este Juzgado de Ejecución con poco tiempo, con escaso margen de acción para decidir en situaciones puntuales como las presentes, confrontándose indebidamente en la lógica y la burocracia del Servicio Penitenciario, sin aparente solución posible... Por ello, de no atenderse con urgencia y lógica el reclamo y la situación, debería el interno y la judicatura misma esperar nuevos dictámenes trimestrales del cuerpo profesional de la unidad para en todo caso decidir su incorporación al periodo de prueba y los institutos correspondientes. Ello a todas luces es injusto a partir de la situación particular constatada en autos, siendo necesario proveer

una solución alternativa... Y es la doctrina la que viene a dar buenos cánones para resolver en la materia. Se señala "...que mientras la conducta posterior del sujeto debe reputarse neutra, cualquier defecto o error del Estado en la búsqueda de los fines procesales respeto de las propias reglas que lo controlan, hará incorrecto y reprochable su proceder y deberá asumir los costos de tal incorrección. El acierto parece evidente: si el estado lleva al sujeto a disputar la confrontación en su terreno y con sus reglas (proceso) lo menos que puede exigírsele es que cumpla con las pautas que impuso [...]" (Conf. Ercolini J. en "La conducta procesal en la determinación de la pena [...]" Citado en "Culpabilidad y pena [...]" SLOKAR Alejandro, en "La indeterminación de la pena en el proceso de ejecución penal. Nuevas herramientas teóricas y jurisprudenciales. Pag. 39. Ed. Ad Hoc. Buenos Aires 2019) ... Pautas esas que justamente demostró la actuación del Servicio Penitenciario al no confeccionar en tiempo oportuno, el programa de tratamiento individualizado y fijación de objetivos. Y ello es, como mínimo, ciertamente grave y no puede hoy ser saldado en contra del condenado... Precisamente la moderna doctrina que enseña la materia de ejecución penal invita a distinguir muy bien el elemento "tiempo físico o formal de la pena expresada en sentencia" del elemento "tiempo existencial personal en el cumplimiento de la sanción", atendiendo esta última temática al grado de intensidad de la sanción en el ser humano que soporta la pena, y a las consideraciones que sobre ello se puedan establecer. El interno de autos ha cumplido a la fecha con el "tiempo físico o formal" que patentiza la pena en su materialidad, pero ha soportado un tiempo "existencial" de indebida intensidad por las deficientes prácticas del órgano administrativo que es responsable de su resocialización... Es ese interno quien no puede ser perjudicado por la mala aplicación de la Ley y los derechos que por la misma se le otorgan, por lo que las irregularidades expuestas ameritan ser "compensadas" en la emergencia, atento la indebida intensidad irrogada por exclusiva responsabilidad de la administración, máxime frente a un interno que no registra sanciones de ningún tipo, posee buena relación con los demás internos, acata con normalidad las órdenes impartidas por personal penitenciario, es respetuoso y participa de las tareas de limpieza del sector y actividades en conjunto con los demás internos, encontrándose cumpliendo acabadamente cuanto le ha postulado el Servicio Penitenciario Provincial hasta el día de hoy. Todo lo cual debe ser considerado frente al escaso tiempo restante para que se encuentre en condiciones temporales de acceder al instituto de libertad condicional, no ya el beneficio de salidas transitorias, el cual se cumplió en fecha 21/06/2019...''.

II. Cuantificación y cualificación del trato punitivo hacia identidades femeninas y LGBTTTIQ+

Desde un enfoque diferencial e interseccional en las respuestas del Estado, en caso de violarse las reglas y estándares para esta población privada de su libertad (por ejemplo: Las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para mujeres delincuentes *-Reglas de Bangkok-*, Aprobadas por la Asamblea General, 65° Período de Sesiones, A/RES/65/229, 16/03/2011).

Las mujeres en situación de privación de libertad son un grupo especialmente vulnerable por múltiples razones. Muchas de ellas tienen un pasado marcado por la violencia de género, la explotación sexual, el uso o tráfico de drogas y la pobreza.

La discriminación que sufren las mujeres en todos los niveles y estratos de la sociedad se refleja, e incluso se agrava, en los establecimientos penitenciarios.

Por esta razón, las políticas penitenciarias relacionadas con las mujeres deberían basarse en las **“Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes”**, mejor conocidas como Reglas de Bangkok, sancionadas el 21/12/2010 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU), tienen como objetivo **instar a que responsables de políticas, legisladores, operadores del sistema de justicia penal y personal penitenciario, elaboren sugerencias para mejorar las condiciones y necesidades de las mujeres privadas de libertad.**

Estas 70 reglas parten de la premisa que varones y mujeres no deben recibir un “trato igual”, sino por el contrario, debe asegurarse un trato diferente, bajo leyes y políticas sensibles al género de las personas.

En la misma línea, *Los Principios de Yogyakarta* (especialmente principios 9° y 10°), refieren: *“Toda persona privada de su libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. La orientación sexual y la identidad de género son fundamentales para la dignidad de toda persona.”* *“Todas las personas tienen el derecho a no ser sometidas a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, incluso por razones relacionadas con la orientación sexual o la identidad de género.*

4. POSICIÓN DE GARANTÍA EN TIEMPOS DE COVID-19 Y PENA ILÍCITA.

I. Salidas Transitorias y regímenes de visitas. Hacia una perspectiva post pandemia.

Con la llegada de la pandemia a nuestro país, al padecimiento cotidiano y de inseguridad de la vida en prisión, se les sumó un nuevo riesgo a las personas privadas de libertad: el temor al contagio y la incertidumbre por la enfermedad.

Como es de público conocimiento, debido al contexto de pandemia, se han limitado y restringido diversas actividades a toda la población, entre ellas, a la población penitenciaria.

Se interrumpieron y prohibieron diversas actividades en las cárceles, con las consecuencias que ello implica. Las visitas familiares y de todo tipo (tan imperiosas en este ámbito, por su contención afectiva y material, -ya que muchas veces, las visitas son una oportunidad para que los familiares brinden alimentos a las PPL-), las salidas transitorias y excepcionales, el dictado de clases en primaria y secundaria, el culto, las actividades deportivas y las actividades laborales en los talleres, etc.

En este contexto de tensión e incertidumbre, dentro de las cárceles hubo dos rutinas cuya limitación impactó significativamente en la población, entre sus familiares y amigos: la suspensión de las visitas de familiares y allegados (afectando el mantenimiento de dichos vínculos, sobre los que la pena no debe trascender) y la interrupción de las salidas transitorias (perturbando el principio de progresividad de la pena, que implica un derecho fundamental en aras de la reinserción social).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció, en el precedente “López y otros vs. Argentina”, 2019, que *“101. (...) las visitas a las personas privadas de libertad por parte de sus familiares constituyen un elemento fundamental del derecho a la protección de la familia tanto de la persona privada de libertad como de sus familiares, no solo por representar una oportunidad de contacto con el mundo exterior, sino porque el apoyo de los familiares hacia las personas privadas de libertad durante la ejecución de su condena es fundamental en muchos aspectos, que van desde lo afectivo y emocional hasta el apoyo económico. Por lo tanto, los Estados, como garantes de los derechos de las personas sujetas a su custodia, tienen la obligación de adoptar las*

medidas más convenientes para facilitar y hacer efectivo el contacto entre las personas privadas de libertad y sus familiares”.

Si bien la suspensión de las salidas transitorias del mismo modo que las visitas podría considerarse que tiene una causa “lícita”, en tanto se dispone para contener una pandemia. Sin embargo, en la prisión el Estado no asegura suficientemente ningún modo de compensar esas restricciones. Además, no proveyó a toda la población de elementos tecnológicos que permitan salvaguardar adecuadamente los lazos familiares y de amistad, ni cumple íntegramente con sus obligaciones en relación a la provisión de comida y de elementos de uso personal (que muchas veces suplen los mismos familiares, y que llevan a las visitas).

Tampoco se garantizan condiciones de alojamiento seguras, con distanciamiento social adecuado (la sobrepoblación y el estado de las cárceles no lo permiten), ni se toman todas las medidas de salubridad requeridas. En esas circunstancias, las restricciones impuestas en la prisión —que podían tener un origen lícito atento al contexto de emergencia declarada—, por el modo en que se ejecutaron o cumplieron, se transformaron en restricciones ilícitas.

Del libro digital titulado: ***“EL ENCIERRO DENTRO DEL ENCIERRO” La pandemia contada desde la cárcel correntina, producción de Jaha Porã, edición de octubre de 2020***, que conjuga una multiplicidad de voces de personas privadas de su libertad provenientes de diferentes penales de Corrientes en el contexto de aislamiento social obligatorio por la pandemia del covid-19, se lee ‘Para las personas privadas de su libertad, la incertidumbre y el desasosiego son moneda corriente, pero se intensificaron con la ruptura del mínimo nexo que mantenían con el afuera: las visitas de sus familias o amigos y las encomiendas que les enviaban con yerba y otras cosas con las que no cuentan en el penal. Esto sumado al miedo y la impotencia de saber que afuera la situación también está difícil para los suyos. Hubo un corte abrupto con el exterior: **“El dejar de recibir visitas es como volver a perder nuestras familias (...) es como empezar de nuevo tu condena”. Volver a perder libertad, quedar más solos y vulnerables que antes. Sin visitas, sin talleres, sin clases, sin trabajo, sin deportes u otras actividades recreativas. Nada.** Hay en el texto una frase con fuerza metafórica: **“Hoy en día me siento como estar viviendo dentro de una cárcel, pero en el calabozo. Una cosa es vivir en un pabellón, donde tenés más espacios, compañeros, actividades, charlas, mates compartidos... Y totalmente lo contrario es un calabozo, donde estás en un encierro”**. Y el peligro constante e inminente al contagio del virus incrementado por las

carencias propias de las cárceles: el hacinamiento, la falta de agua y elementos de higiene, la negligencia del servicio penitenciario y la mora judicial.

“Si no te mata el virus, te mata el Estado. Toda esta situación -sumado a que no salieron las libertades anticipadas, domiciliarias y condicionales- generó más angustia y miedo en el penal y sin ningún tipo de ayuda psicológica o psiquiátrica por parte de sanidad. **“Nada es igual, todo cambio. Un cambio para peor. Nunca hubo un cambio bueno en estos lugares”**. Los reclamos actuales de las personas privadas de su libertad no son una novedad ni surgen por la emergencia sanitaria: la falta de condiciones dignas en general son el cotidiano en la cárcel. Estar marcado por la figura del “preso”: condenado a no tener derechos. Desde una mirada anticarcelaria esta textualidad polifónica pretende romper los muros que dividen el afuera y el adentro. Mantener vivo el vínculo para resistir a la nueva normalidad”.

Si bien lo transcripto refiere a cárceles correntinas, esa realidad se refleja de igual manera en diferentes cárceles dependientes del Servicio Penitenciario Provincial, incluida nuestra provincia del Chaco y los testimonios de personas privadas de su libertad podrían corresponder a cualquier persona en esa condición, mostrando una realidad que está a la vista de todos, pero muchos prefieren no ver o no pensar maneras de aliviar el dolor.

II. Resoluciones que reanudaron salidas transitorias y fijaron compensación por horas no usufructuadas

Diferentes Juzgados han sido pioneros, resolviendo reanudar las salidas transitorias y establecido mecanismo de compensación por salidas transitorias no usufructuadas, ejemplo de ello son los Juzgados de Ejecución Penal de Zarate – Campana, la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal Sala II – Mar del Plata y el Juzgado de Ejecución Penal de San Nicolás.

Por ejemplo, mediante Resolución de fecha 26/11/2020, el Juzgado de Ejecución Penal de Zarate-Campana a cargo del Dr. *Gustavo Gabriel Pérez*, ha dispuesto que, en miras de recomponer y/o reconocer esa afectación de derechos adquiridos que los internos han debido tolerar por el espacio temporal antes aludido, consideró que la reanudación del beneficio de salidas transitorias deberá extenderse por igual o equivalente periodo duplicándose la carga horaria que sus egresos involucra, y que una vez compensadas las salidas que no han sido usufructuadas en tiempo y forma por las razones sanitarias que motivaron su interrupción, deberá retornarse al régimen originario. En definitiva

Resolvió: "1.- REANUDAR a partir del día de la fecha los beneficio de SALIDAS TRANSITORIAS, PRISION DISCONTINUA Y SEMIDETENCION oportunamente otorgados por esta Magistratura a personas detenidas a su disposición y que fueran interrumpidos preventivamente por resolución de fecha 17/03/2020, como asimismo, autorizar el inicio de aquellos egresos concedidos con posterioridad a esa fecha que aún no se han concretado, siempre dentro del marco de la Reglamentación para la implementación de las medidas de "Distanciamiento Social, Preventivo y Obligatorio" que como anexo único integra el decreto 976/20 dictado en fecha 08/11/2020 por el Poder Ejecutivo Provincial y sujeto al estricto cumplimiento del "Protocolo de Ingreso y Egreso para las Personas Privadas de Libertad Alojadas en Dependencias del Servicio Penitenciario Bonaerense que Usufructúan el Beneficio de las Salidas Transitorias" aprobado por Resolución -2020-1055-GDEBA-MJYDHGP. 2. COMPENSAR los egresos transitorios no usufructuados durante el periodo comprendido entre el día 17/03/2020 hasta la fecha, duplicando por idéntico lapso temporal la carga horaria de las salidas transitorias que deban realizarse en adelante, debiendo retornarse al régimen originario una vez concretada la compensación de las salidas no gozadas por las razones sanitarias que motivaron su interrupción, quedando a cargo de las autoridades penitenciarias respectivas el control y supervisión del cumplimiento de la presente medida. 3-..."

Se advierte de la Resolución antes referida, que, si bien se reconoce que hubo afectación de derechos adquiridos, que las PPL se vieron obligados a tolerar por espacio de ocho meses, reconociendo que se debe recomponer dicha situación, lo resuelto en cuanto a la manera de compensar, doblando el tiempo de horas de salidas transitorias hasta usufructuar las horas no gozadas aparece cuanto menos simplista, tornándose injusta en su ejecución.

Ello por cuanto la pena ha variado en su proporcionalidad, teniendo en cuenta que la emergencia sanitaria agravó las condiciones de detención, con privaciones de derechos que se traducen en tiempo estancado en el régimen progresivo, sin salidas transitorias, con carencia de tratamiento penitenciario, sin régimen de visitas, sin educación con clases presenciales, sin oficios, sin practica del culto, ni actividades deportivas, todo ello no puede ser subsanado, otorgando solamente más horas de salidas transitorias.

III. Propuesta de compensación por salidas transitorias no usufructuadas a raíz del contexto de pandemia.

En nuestra provincia del Chaco, el Ministerio de Seguridad y Justicia en conjunto con la Secretaria de Derechos Humanos, mediante Resolución N 522 de fecha 10/12/2020 recomendó como solución equitativa que, las Salidas Transitorias sean concedidas por jueces naturales de las causas respectivas, de manera excepcional y a fin de reducir el daño y el riesgo de contagio por un tiempo sanitario de siete (07) días corridos, conforme criterio epidemiológico para el abordaje oportuno y precoz, con fines de prevención y asistencia del Covid-19; debiendo ser monitoreado diariamente el cumplimiento.

Es dable destacar que dicha recomendación tuvo resistencia por parte de la mayoría de los jueces de ejecución penal provinciales, quienes al día de la fecha si bien algunos han decidido reanudar las salidas transitorias, no se han adherido a la propuesta.

IV. Estímulo Educativo y Pandemia. Consideraciones particulares a tener en cuenta.

La educación es un derecho que pueden ejercer las personas privadas de libertad, como otras de las actividades del programa de tratamiento individual, y en este sentido la ley 26.695 introdujo modificaciones en el capítulo VIII de la ley 24.660, que tienen por finalidad garantizar y estimular el acceso a la educación que se imparte en contextos de encierro, establece la prohibición de cualquier forma de discriminación, las posibilidades de educación en todos los niveles y la meta de lograr la educación inicial obligatoria de toda la comunidad.

La Ley 24.660, de ejecución de la pena, en su artículo 140, establece, lo que se denomina Estímulo educativo, que consiste en el derecho a las reducciones de plazos para acceder a las fases y periodos dentro del régimen de progresividad, en virtud de diferentes logros educativos que las personas privadas de su libertad consigan alcanzar. Posibilidad que se vio drásticamente disminuida en este tiempo de emergencia sanitaria por Covid-19.

Las personas privadas de libertad vieron vulnerado su derecho a la Educación debido a la dicha Emergencia Sanitaria, lo que impidió que puedan capacitarse y obtener certificados de

realización de distintos niveles educativos y cursos para requerir posteriormente la aplicación del Estimulo Educativo.

Por este motivo, se debe reconsiderar la aplicación de reducciones que hayan sido aplicadas anteriormente al instituto de Salidas Transitorias, independientemente que éstas hayan sido denegadas o concedidas y luego suspendidas por causa de la Emergencia Sanitaria por Covid-19.

Y esto es así, teniendo en cuenta que, si bien oportunamente se aplicó una reducción determinada en concepto de estímulo educativo por cursos efectuados por la persona privada de su libertad al instituto de salidas transitorias, luego, a partir del mes de marzo, a raíz de la emergencia sanitaria por Covid-19, se dispuso la suspensión de dicho derecho adquirido, que hasta el día de la fecha se sigue manteniendo.

Atento a lo relatado, la persona privada de su libertad, se ve en la imposibilidad de usufructuar el instituto de salidas transitorias hace muchos meses (en caso que hayan sido concedidas) y seguirá en esa situación hasta que se resuelva reanudar el usufructo de las mismas, por lo que entendemos, **corresponde la compensación correspondiente**, considerando la aplicación del sistema de estímulo educativo previsto en el art. 140 de la Ley 24.660/96 fijando dicha reducción al instituto de Libertad Condicional o Asistida.

5. OTRAS POSIBLES HERRAMIENTAS ANTE LA DETECCIÓN DE UNA PENA DEVENIDA EN ILICITA:

I. Derecho al mejor derecho

La Ley Provincial del Chaco N° 926-A, vigente desde el año 1997 (de creación competencia y trámite del juzgado de ejecución penal), en su artículo 3 Incisos e) y f) establece, que el Juez de Ejecución tendrá competencia para: “e) *Resolver todo lo relativo al Régimen de Progresividad y modalidad en la ejecución de la pena*”; “f) *Entender en toda cuestión que implique una modificación cualitativa o cuantitativa de la ejecución de la pena...*”.

Consideramos válida la utilización de dicha ley para todas las personas, sin límites de fronteras, por cuanto merecen un trato igualitario frente a la ley, invocando el principio del “derecho al mejor derecho” que implica la posibilidad de reclamar la aplicación de

una norma legal vigente en una jurisdicción territorial distinta a la del sitio en que se plantea el conflicto, pero que atiende los derechos y garantías de una forma más favorable a los intereses de quien la invoca.

En este sentido es importante destacar que la tesis del derecho al mejor derecho fue admitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso G. 942 XLIV “Germano, Karina Dana s/recurso de casación” resuelto en fecha 14 de febrero de 2012, haciendo lugar al planteo de la defensa, por mayoría integrada por cuatro de los integrantes del tribunal: Lorenzetti, Maqueda, Zaffaroni y Highton de Nolasco, quienes luego de hacer suyo el dictamen de la Procuración, argumentaron:

“Que por otra parte cabe agregar que una pena que se ejecuta de modo diferente se convierte en una pena distinta y, por ende, en caso de ser más gravosa su ejecución resulta una modificación de la pena impuesta en perjuicio del condenado...”.

La enunciada tesis constituye una herramienta más a considerar por los litigantes, en procura del resguardo de todos los derechos consagrados constitucional y legalmente, respecto a la ejecución de las penas privativas de la libertad, teniendo siempre como norte que los tratados internacionales de derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional conforman un bloque de constitucionalidad que contiene pautas de política penitenciaria y reglas sobre la situación jurídica de las personas privadas de la libertad que conforman un verdadero programa constitucional de la ejecución de las medidas de encierro carcelario al que debe adaptarse la normativa inferior sobre la materia.

II. El derecho administrativo y la posición de garantía.

Daño: “responsabilidad del estado por inactividad ilegítima”. Responsabilidad judicial. Reparación. Compensación.

El encuadre jurídico dentro de lo que venimos expresando, no solo acarrea consecuencias jurídicas sobre el condenado (o detenido) en la etapa de ejecución de su medida de coerción, tampoco se agota en eventualmente una responsabilidad internacional por parte del Estado.

También tiene sustento y genera efectos en la óptica contenciosa administrativa, esto es: *“Responsabilidad del Estado por inactividad ilegítima”*.

Hablamos de inactividad ilegítima, en el marco del régimen de ejecución de la pena, cuando existe una **omisión de control** por parte del poder judicial -por acción u omisión de la Administración Penitenciaria- ante una manda constitucional de dictar

resoluciones acordes a los derechos, garantías, reglas y estándares convencionales en la materia.

Para que se configure la responsabilidad del Estado por inactividad ilegítima, es necesario, a saber:

- a) Daño cierto debidamente: con daño cierto hacemos referencia al daño concreto sufrido, el cual se identifica en el caso de manera clara, precisa y concreta.

Hay un sinnúmero de posibilidades que se pueden dar en esta cuestión, debido a que son infinitas las posibilidades de daños que pueden sufrir las personas privadas de su libertad.

Entre los daños, debemos mencionar las consecuencias que generan las condiciones de hacinamiento de los establecimientos carcelarios, la calidad y/o escasa alimentación de las que se les provee. Es decir, las privaciones de derechos esenciales que padece el interno ante una situación particular y las consecuencias específicas que acarrea la existencia de dicha privación.

- b) Imputabilidad material de la inactividad a un órgano estatal, cual es el órgano al cual atribuimos esa inactividad.

Será el juzgado de ejecución que deba controlar la Administración penitenciaria de acuerdo a los parámetros de la ley 24.660

- c) Relación de causalidad adecuada entre la inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue.

Es decir, acreditar que debido a la inactividad del juzgado se causó ese daño concreto en el interno.

- d) Falta de servicio consistente en una omisión irregular por parte del Estado, este constituye el factor objetivo de atribución de la responsabilidad del Estado.

De ser admitido el planteo, la finalidad del mismo es que por medio del proceso contencioso administrativo se inste al juzgado de ejecución a reparar o compensar el daño causado por su omisión.

6. REFLEXIONES FINALES.

La posición de garantía del Estado respecto de las personas privadas de su libertad, ha sido reiterada por la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debiendo asegurar un trato punitivo lícito. Ello tiene su basamento en normas de jerarquía constitucional y convencional que proscriben la imposición de penas crueles, inhumanas o degradantes, estableciendo además como finalidad esencial de la ejecución de las penas, a la resocialización de las personas privadas de libertad, que en nuestro sistema de ejecución penal se estructura en tiempo lineal a través del régimen de progresividad.

Si la pena se torna ilícita en su ejecución (contrariando los estándares legales y convencionales), la consecuencia debe ser la compensación/reparación, a través de un litigio, donde se prueben los daños acaecidos durante el encierro, por condiciones materiales de detención degradantes o irregularidades administrativas por parte de los responsables de su guarda y custodia.

La compensación puede significar, reducción en el tiempo de encierro, reparando la parte de la pena antijurídica, el otorgamiento de medidas alternativas a la prisión, o la flexibilización de requisitos al momento de resolver institutos de egresos transitorios o libertad anticipada de la persona que ha padecido alguna afectación a sus derechos.

Como sustenta Zaffaroni, “desde lo doctrinario nos incumbe éticamente hacernos cargo de la realidad del ejercicio del poder punitivo ilícito en nuestra región: la ciencia jurídico penal debe proporcionar una respuesta a los interrogantes que su práctica le plantea, especialmente en las cuestiones cruciales que hasta el presente no ha enfrentado con decisión, como es el problema de las penas ilícitas”.

En este tiempo de pandemia, de encierro dentro del encierro mismo, de suspensión de muchos derechos, de incertidumbre y zozobra, traducido en un tiempo vivencial más gravoso, la distancia entre la pena real y la legal creció aún más. La ejecución de la pena, se ha distorsionado y superado la mensura derivada de una pena legal (que implica privación de libertad ambulatoria) por lo que los jueces deben redefinir la cuantificación penal en cada caso concreto, donde se ha transformado la medida de tiempo existencial a un mayor valor que implica un mayor contenido de tiempo antijurídico que debe ser redeterminado.

BIBLIOGRAFÍA Y MATERIAL CONSULTADO:

Zaffaroni, Eugenio R... Penas ilícitas: un desafío a la dogmática penal. 1ra. Edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Libro digital, PDF. Editores del Sur, 2020.

Vacani, Pablo A... [et al.]; Derecho Penal y penas ilícitas: hacía un nuevo paradigma pospandemia. 1ra. Edición. - Buenos Aires, Ad-Hoc, 2020.-

Vacani, Pablo A... [et al.]; La indeterminación de la pena en el proceso de ejecución penal: Nuevas herramientas teóricas y jurisprudenciales. 1ra. Edición. - Buenos Aires, Ad-Hoc, 2019.-

Vacani, Pablo A... La cantidad de pena en el tiempo de prisión: sistema de la medida cualitativa. 1ra. Edición. - Buenos Aires, Ad-Hoc, 2015.-

Kostenwien, Ezequiel... [et al.]; El imperio de castigar: contribuciones desde la sociología de la justicia penal. 1ra. Edición. - Buenos Aires, Editores del Sur, 2020.-

Salduna, Mariana y De la Fuente, Javier E... Ejecución de la pena privativa de libertad: comentario a la ley 24.660 reformada por la ley 27.375. 1ra. Edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Editores del Sur, 2019.-

Nardiello, Ángel G... Ley 24.660. Ejecución de la Pena Privativa de Libertad. Comentada. Anotada. 1ra. Edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2015.-

Barud, Amira N. y Pereyra, Sergio P... Prisiones Domiciliarias otorgadas en el Contexto del COVID - 19 en la Argentina. Libro digital, PDF. Edición digital. Editorial Contexto, 2020. –

Autores:

- **Paulo Pereyra**
 - Correo electrónico: paulopereyra1987@gmail.com
- **Daniela Petroff**
 - Correo electrónico: danielapetroff80@hotmail.com;
maria.petroff@justiciachaco.gov.ar
- **Sebastián López Sicardi**
 - Correo electrónico: sebastian.lopezsicardi@gmail.com