

Evitando y humanizando el castigo

El abogado y el juez ante las
consecuencias jurídicas del delito

José Daniel Cesano

Evitando y humanizando el castigo

El abogado y el juez ante las
consecuencias jurídicas del delito

El derecho de propiedad de esta obra comprende para su autor la facultad de disponer de ella, publicarla, traducirla, adaptarla o autorizar su traducción y reproducción en cualquier forma, total o parcial, por medios electrónicos o mecánicos, incluyendo fotocopia, grabación magnetofónica y cualquier sistema de almacenamiento de información; por consiguiente nadie tiene la facultad de ejercer los derechos precitados sin permiso del autor y el editor, por escrito, con referencia a una obra que se haya anotado o copiado durante su lectura, ejecución o exposición públicas o privadas, excepto el uso con fines didácticos de comentarios, críticas o notas, de hasta mil palabras de la obra ajena, y en todos los casos sólo las partes del texto indispensables para ese efecto.

Los infractores serán reprimidos con las penas del artículo 172 y concordantes del Código Penal (arts. 2, 9, 10, 71, 72, ley 11.723).

ISBN: 987-527-074-1

© Copyright by EDICIONES JURÍDICAS CUYO

Garibaldi 61 - Mendoza

Tel.-Fax: 0054-261-4292565

Hecho el depósito de la ley 11.723. Derechos Reservados
IMPRESO EN ARGENTINA



ediciones jurídicas cuyo

José Daniel Cesano

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba). Profesor invitado de la Cátedra de Derecho Penal I en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor contratado de la Cátedra de Derecho Penal I en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Salta (Sede Regional Neuquén). Codirector y Cofundador de la Revista "Ley, Razón y Justicia".

*A los Sres. profesores
Doctores Roberto Bergalli
e Iñaki Rivera Beiras.*

Palabras preliminares

I. El presente volumen recopila distintos trabajos (algunos de ellos ya publicados en revistas especializadas —nacionales o extranjeras— con las debidas actualizaciones que impone la presente edición; otros, por el contrario, aún inéditos) que tienen por común denominador una larga preocupación que, desde hace poco más de diez años, viene impulsando (como tema preponderante) nuestra actividad de investigación: la teoría de las consecuencias jurídicas del delito. En estas pequeñas contribuciones, el lector podrá observar cómo hemos tratado: a) por una parte, sumarnos en un intento de racionalización del sistema de reacciones jurídico-penales, ya a través de la limitación del uso de la manifestación más frecuente de la coerción penal (esto es: la pena privativa de libertad), ora en los esfuerzos dirigidos a la evitación del castigo, cuando las finalidades de prevención que orientan al derecho penal, así lo admiten y b) por otra, realizar una interpretación dogmática de instituciones particulares del derecho de ejecución; tarea que, a nuestro juicio, exige tener en claro que, la dogmática, no debe considerarse solamente como un instrumento lógico formal que permite reconstruir un sistema normativo dado sino que, además, esa reconstrucción debe realizarse conforme a un modelo constitucional de organización político-institucional. Dicho en otras palabras: “(...) a partir de la función del derecho penal en un modelo político-constitucional, deben construirse las categorías del sistema dogmático y no simplemente como mera descripción de cómo funcionan las mismas”.¹ A partir de ambos

¹ Cfr. Néilson R. Pessoa, Prólogo a su libro “Legítima defensa”, Mario A. Viera Editor, Bs. As., 2001, pág. 13.

propósitos, se podrá comprender el título mismo de la obra que presentamos: evitando y humanizando el castigo.

II. Más allá de la unidad temática señalada, el lector podrá articular las distintas contribuciones, merced a las remisiones que, en cada capítulo, se han realizado. Si bien es cierto que, en sus orígenes, algunos de los trabajos ofrecidos fueron elaborados con la finalidad de ser leídos como disertaciones en distintos congresos y seminarios de la especialidad, hemos sido particularmente cuidadosos al momento de redactar las notas de referencia. Allí, el lector, podrá conocer, la *integridad del dato bibliográfico de la obra citada, así como otras referencias bibliográficas ampliatorias*. Esta circunstancia (haber consignado la totalidad del dato bibliográfico en las notas de pie de página) nos inclinó a omitir una bibliografía general, al final de la obra.

III. Enrique Martínez Paz, en su discurso leído en Córdoba, en la ceremonia de la inauguración del período judicial del año 1943, decía que: "El hombre de nuestros días no sabe si el derecho de hoy tendrá imperio en la sociedad de mañana; si el poder que le ha sido acordado sobre las cosas podrá ejercitarlo. Al despertar, corre a las informaciones de la prensa, porque necesita averiguar si subsiste la integridad de su patrimonio; si la moneda no ha cambiado de valor por un acto de gobierno; si los nuevos gravámenes no han absorbido sus rentas o menoscabado el valor efectivo de sus bienes".² Han pasado casi seis décadas de aquella descripción y, sorprendentemente, quienes habitamos este suelo, seguimos despertando con tales angustias y sobresaltos. Sin embargo, estamos convencidos que la raíz de tanta desazón y desconcierto, no se encuentra en tal o cual doctrina económica. Se trata más bien de un problema mucho más complejo: de un profundo proceso de corrupción ética que sólo puede ser vencido con una herramienta: la educación para la democracia y la ley. Es por eso que, en épocas de tremenda confusión como la que nos toca vivir, la acti-

² Cfr. "La actitud del hombre moderno frente al derecho", en "Opúsculos de Derecho Penal y Criminología", n° 7, Lerner Editora Córdoba, 1985, pág. 15.

tud a favor de la cultura que significa toda empresa editorial, debe ser destacada. Dejamos, así, explicitado nuestro agradecimiento al Sr. Carlos Sánchez de "Ediciones Jurídica Cuyo", por permitirnos continuar difundiendo nuestras ideas con la anhelada finalidad de que, a través de la publicidad, la crítica permita seguir posibilitando la humanización del viejo derecho "de los delitos y de las penas". Nuestro agradecimiento, por cierto, también se extiende al Sr. Prof. Dr. Carlos Parma quien tuvo la deferencia de presentarnos al editor.

Neuquén, 28 de abril de 2002.

ÍNDICE GENERAL

| | |
|----------------------------|---|
| Palabras preliminares..... | 9 |
|----------------------------|---|

PRIMERA PARTE: EVITANDO EL CASTIGO

CAPÍTULO PRIMERO

La incorporación del principio de oportunidad en la legislación penal argentina: Sugerencias para la construcción de un modelo

| | |
|---|----|
| I. Planteamiento del problema..... | 23 |
| 1. El principio de legalidad..... | 23 |
| 2. La crisis del principio de legalidad..... | 26 |
| 3. El principio de oportunidad..... | 30 |
| A) Introducción..... | 30 |
| B) La oportunidad como regla..... | 31 |
| C) La oportunidad como excepción..... | 32 |
| D) Elección del modelo..... | 33 |
| E) Discusión de algunos casos de disponibilidad..... | 34 |
| F) Proyecciones constitucionales y procesales..... | 37 |
| a) Proyección constitucional: oportunidad e igualdad ante la ley..... | 37 |
| b) Proyección procesal: la investigación penal preparatoria como presupuesto..... | 38 |
| II. Propuesta de reforma..... | 39 |

CAPÍTULO SEGUNDO

De la crítica a la cárcel a la crítica de las alternativas

| | |
|--|----|
| I. Introducción..... | 41 |
| II. Las alternativas frente a la pena privativa de libertad..... | 43 |
| III. La crítica a las alternativas a las penas privativas de libertad..... | 49 |
| IV. Los efectos de esta crítica..... | 52 |
| 1. El principio de oportunidad..... | 54 |
| 2. Los programa de mediación..... | 57 |
| V. ¿Hay proyecciones de esta tendencia en nuestro sistema positivo?..... | 58 |
| 1. El principio de oportunidad..... | 58 |
| 2. Los programa de mediación..... | 64 |
| VI. Conclusión..... | 69 |

CAPÍTULO TERCERO

Reparación y resolución del conflicto penal:
su tratamiento en el Código Penal Argentino

| | |
|---|----|
| I. Introducción..... | 72 |
| II. Los principales modelos..... | 74 |
| 1. La reparación con pena estatal..... | 74 |
| 2. La reparación como "Incentivo" en el marco de la teoría de las consecuencias jurídicas-penales del delito..... | 78 |
| 3. La reparación como "tercera vía"..... | 80 |
| A) La reparación en la teoría de la prevención general integradora de Claus Roxin..... | 80 |
| B) El proyecto alternativo sobre reparación del daño y el modelo legislativo alemán..... | 84 |
| 4. La reparación como factor condicionante del ejercicio de la acción penal..... | 85 |

| | |
|---|-----|
| III. Reparación autor-víctima y solución del conflicto en el Código Penal Argentino..... | 89 |
| 1. Observaciones generales..... | 89 |
| 2. El marco normativo..... | 92 |
| A) La función de la reparación en los casos de imposición de pena..... | 92 |
| a) El ofrecimiento de reparación como atenuante en el proceso de individualización del <i>quantum</i> de la pena..... | 92 |
| b) La reparación y su incidencia en la elección de la modalidad de ejecución de la pena privativa de libertad..... | 97 |
| c) La vinculación de la reparación con institutos destinados a posibilitar una suspensión ilimitada del cumplimiento de la pena..... | 99 |
| c.1) La reparación y libertad condicional..... | 99 |
| c.2) La reparación y la rehabilitación..... | 101 |
| B) La consideración de la reparación en los institutos vinculados con la extinción o cancelación de la persecución penal estatal..... | 104 |
| a) La oblación voluntaria de la multa..... | 104 |
| b) La reparación y la suspensión del proceso a prueba..... | 106 |
| c) La retractación en los delitos contra el honor..... | 111 |
| d) El advenimiento de los delitos contra la integridad sexual..... | 112 |
| IV. Conclusiones..... | 115 |

**SEGUNDA PARTE:
HUMANIZANDO EL CASTIGO**

CAPÍTULO CUARTO

**La pena privativa de la libertad por impago de la multa:
incidencias de la ley 24.660 sobre el sistema del Código Penal**

| | |
|--|-----|
| I. Introducción..... | 119 |
| II. Planteo del tema y propósito..... | 122 |
| III. La conversión de la multa en prisión en el derecho comparado..... | 125 |
| 1. La eliminación de la conversión de la multa impaga en prisión en los casos de insolvencia no dolosa: el sistema italiano..... | 125 |
| 2. La conversión como <i>ultima ratio</i> : los modelos alemán y español..... | 126 |
| 3. No todo es evolución: el modelo francés..... | 128 |
| IV. La conversión en el Derecho Penal Argentino..... | 130 |
| 1. El sistema del código..... | 130 |
| 2. Incidencias de la ley 24.660..... | 132 |
| V. A modo de conclusión..... | 137 |

CAPÍTULO QUINTO

**De garantías, reglamentos y jueces de ejecución:
algunas cuestiones de Derecho Penitenciario**

| | |
|--|-----|
| I. Los objetivos de la ejecución penitenciaria en la reforma Constitucional de 1994 y en la legislación infraconstitucional..... | 142 |
| 1. Los objetivos constitucionales de la ejecución penitenciaria en la reforma constitucional de 1994..... | 142 |

| | |
|--|-----|
| 2. Objetivos de la ejecución penitenciaria en la legislación nacional y provincial infra constitucional..... | 147 |
| A) El federalismo y la legislación en materia de ejecución penitenciaria..... | 147 |
| B) Los objetivos de la ejecución penitenciaria en la legislación infraconstitucional..... | 155 |
| II. Los reglamentos penitenciarios..... | 157 |
| 1. Principios generales..... | 157 |
| 2. Un ejemplo de exceso reglamentario..... | 160 |
| 3. No todo es negativo..... | 162 |
| III. Los jueces de ejecución penitenciaria..... | 165 |
| 1. Principio de legalidad y control judicial..... | 165 |
| A) Introducción..... | 165 |
| B) Hacia la formación de una conciencia sobre la importancia del control jurisdiccional de la ejecución..... | 166 |
| 2. El control de la ejecución en el derecho comparado..... | 169 |
| 3. El control jurisdiccional de la ejecución de la ley 24.660..... | 171 |
| A) Introducción..... | 171 |
| B) Funciones..... | 172 |
| 4. La necesidad de contar con una magistratura especializada..... | 174 |
| A) Introducción..... | 174 |
| B) ¿Es conveniente que el control jurisdiccional de la ejecución lo efectúe un órgano especializado distinto del que dictó la sentencia condenatoria?..... | 177 |

CAPÍTULO SEXTO

**Los requisitos para la concesión de las salidas transitorias
en la ley 24.660 y el principio de legalidad de la ejecución**

| | |
|----------------------|-----|
| I. El caso..... | 181 |
| 1. Introducción..... | 181 |

| | |
|--|-----|
| 2. La doctrina de la Cámara..... | 182 |
| 3. La doctrina de la casación..... | 183 |
| II. Análisis del caso..... | 185 |
| 1. El régimen de salidas transitorias..... | 185 |
| A) Fundamento del instituto..... | 185 |
| B) ¿Recompensa o derecho?..... | 187 |
| C) Requisitos para la concesión..... | 188 |
| 2. El principio de legalidad: consecuencias y ámbito de aplicación..... | 195 |
| 3. Los razonamientos se articulan: a modo de conclusión..... | 196 |
| III. Apéndice jurisprudencial..... | 198 |
| 1. Fallo del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén..... | 198 |
| 2. Dictamen del Señor Fiscal General Federal (del Tribunal Oral Federal de Córdoba) en autos "Basconcello, Oscar A.; Oviedo, Mario; González, Alberto y otros p.ss.aa. inf. ley 23.737, atentado y resistencia a la autoridad, disparo de armas de fuego y lesiones" (Expte. B-12/96)..... | 206 |
| 3. Fallo del Sr. Juez de Ejecución (Tribunal Oral Federal de Córdoba) en autos "Basconcello, Oscar A.; Oviedo, Mario; González, Alberto y otros p.ss.aa. inf. ley 23.737, atentado y resistencia a la autoridad, disparo de armas de fuego y lesiones" (Expte. B-12/96)..... | 209 |

CAPÍTULO SÉPTIMO

Consideraciones sobre el trabajo penitenciario: Interpretación criminológica de un fallo

| | |
|---|-----|
| I. Introducción..... | 216 |
| II. El caso..... | 218 |
| III. Los argumentos de la casación..... | 221 |

| | |
|---|-----|
| 1. Primer argumento..... | 221 |
| A) Descripción del argumento..... | 221 |
| B) Trabajo penitenciario y tratamiento..... | 221 |
| C) El trabajo penitenciario como un derecho del interno..... | 223 |
| D) Algunas observaciones criminológicas sobre el trabajo penitenciario..... | 229 |
| 2. Segundo argumento..... | 230 |
| A) Descripción del argumento..... | 230 |
| B) La tesis de la casación y el análisis sociológico..... | 231 |
| C) La prisionización como obstáculo para el logro de los objetivos de la ejecución penitenciaria..... | 233 |
| D) Aportes de este argumento..... | 234 |
| IV. A modo de conclusión..... | 235 |
| V. Apéndice Jurisprudencial..... | 236 |

CAPÍTULO OCTAVO

Una propuesta para reformular la asistencia postpenitenciaria

| | |
|---|-----|
| I. A modo de introducción..... | 248 |
| II. Anteproyecto de ley de asistencia postpenitenciaria para la Provincia de Neuquén..... | 249 |
| I. Principios generales que inspiran el anteproyecto..... | 249 |
| A) La nueva fisonomía de la actividad postpenitenciaria..... | 249 |
| a) Introducción..... | 249 |
| b) La actividad postpenitenciaria y la prevención delictiva..... | 250 |
| c) Actividad postpenitenciaria y control de la ejecución..... | 252 |
| B) El universo de asistidos..... | 252 |
| C) La necesaria articulación entre las últimas etapas del régimen penitenciario y la actividad postpenitenciaria..... | 253 |

| | |
|--|-----|
| D) El Patronato y su proyección en la sociedad..... | 256 |
| 2. Cuestiones de competencia legislativa..... | 257 |
| 3. La regulación del Patronato en la Provincia de Neuquén..... | 260 |
| 4. Estructura y análisis del Anteproyecto..... | 263 |

**PRIMERA PARTE:
EVITANDO EL CASTIGO**

CAPÍTULO SEXTO

LOS REQUISITOS PARA LA CONCESIÓN DE LAS SALIDAS TRANSITORIAS EN LA LEY 24.660 Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA EJECUCIÓN*

Sumario: I. El caso. 1. Introducción. 2. La doctrina de la Cámara. 3. La doctrina de la casación. II. Análisis del caso. 1. El régimen de salidas transitorias. A) Fundamento del instituto. B) ¿Recompensa o derecho? C) Requisitos para la concesión. 2. El principio de legalidad: Consecuencias y ámbito de aplicación. 3. Los razonamientos se articulan: a modo de conclusión. III. Apéndice jurisprudencial.

I. El caso

1. Introducción

Un interno declarado reincidente (art. 50 Cód. Penal), que se encontraba en el período de prueba (art. 15 ley 24.660) y con la totalidad de las exigencias establecidas por el artículo 17 de dicho cuerpo legal (ley 24.660)

* Trabajo publicado originalmente en la serie "Opúsculos de Derecho Penal y Criminología", n° 82, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1999.

cumplidas, en orden a la incorporación al régimen de salidas transitorias, solicitó, a través de su defensor,¹ la concesión de dicho beneficio.

2. La doctrina de la Cámara

La Cámara en lo Criminal Segunda de la Ciudad de Neuquén (primera Circunscripción Judicial), por Resolución Interlocutoria n° 164/1997, denegó el pedido. El auto en cuestión, daba como argumento para fundar su postura, el siguiente razonamiento: "(...) no corresponde hacer lugar al régimen de salidas transitorias, como etapa previa de la libertad condicional, por entender que ello lo impide el hecho de que el condenado no ha cumplido la parte de la pena (esto es, según el art. 13 del Cód. Penal: los dos tercios de la condena) necesaria para la obtención de la libertad condi-

¹ Una interpretación literal de los artículos 18 y 19 de la ley 24.660, podrían llevar a pensar que, la concesión de las salidas transitorias, está supeditada, como una suerte de "conditio sine qua non", a la propuesta del director del establecimiento penitenciario. Así parece entenderlo Carlos Enrique Edwards al afirmar que: "La concesión de estas dos modalidades del período de prueba (se refiere a las salidas transitorias y a la semilibertad) consiste en un acto complejo, que requiere una proposición y una decisión; la proposición estará a cargo del director del establecimiento penal, es decir, de una autoridad de orden administrativo, mientras que la decisión final es resorte de la autoridad judicial" (Cfr.: "Régimen de ejecución de la pena privativa de libertad. Ley 24.660", Ed. Astrea, Bs. As., 1997, págs. 55/56). Por nuestra parte, creemos que, la limitación que efectúa el autor en cuanto a la persona facultada para proponer el beneficio, no es correcta. Por el contrario, el análisis sistemático del texto legal, nos permite afirmar que, la solicitud en cuestión, bien puede ser efectuada por el propio interno o, como en este caso ocurriera, por su defensor. Ello es así, por cuanto, de acuerdo al art. 66, el interno tiene derecho a formular pedidos, entre los cuales, obviamente, debe computarse la posibilidad de peticionar, en forma concreta, su incorporación al régimen. Así lo advierte, Justo Laje Anaya: "Notas a la ley penitenciaria Nacional", Ed. Advocatus, Córdoba, 1997, pág. 63. Igual criterio, Marcos G. Salt: "Comentarios a la nueva ley de ejecución de la pena privativa de libertad", Nueva Doctrina Penal, 1996-B, pág. 682.

cional (pese a que el art. 14 del Código Penal no autoriza esa forma de libertad, por haberse declarado la reincidencia)"; y luego concluía: "sería una verdadera inconsecuencia del legislador negarle, por un lado, la libertad condicional al reincidente (art. 14 Cód. Penal) y, por otro, permitirle salir transitoriamente de su lugar de encierro, aun antes de haber cumplido la parte de la condena exigida por el art. 13 del Cód. Penal (...)".

3. La doctrina de la casación

La resolución de la Cámara fue recurrida en casación por la defensa técnica del interno. El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén, luego de declarar la admisibilidad formal del recurso,² por Acuer-

² A primera vista, pareciera que, en estos casos, la vía casatoria, siempre estaría habilitada. Sin embargo, un sector de la doctrina se ha pronunciado en contra de esta interpretación. En efecto, expresa Evangelina Pérez Mercu que: "(...) las únicas cuestiones que, resueltas por el juez de ejecución, podrán ser revisadas por vía casatoria, serán las atinentes a la libertad condicional, su revocación (...), cómputo de penas (...) y medidas de seguridad (...), en tanto que las referentes a salidas transitorias (...), semilibertad (...), prisión domiciliaria (...), prisión discontinua y semidetención (...), trabajos para la comunidad (...) y libertad asistida (...), quedarán bajo la exclusiva decisión del juez de ejecución sin la posibilidad de ser modificadas en una instancia superior" (Cfr. A.A.VV.: "Ejecución de la pena privativa de libertad. Ley 24.660. Alternativas especiales — Normas de trato y disciplina — Establecimientos y personal penitenciario", Alveroni Ediciones, Córdoba, 1998, pág. 40. El énfasis nos pertenece). No compartimos tal argumentación. Es que, en términos generales, los modernos sistemas procesales, admiten la posibilidad de recurrir en casación los denominados "incidentes de ejecución". Así, y sin ánimo de exhaustividad, lo hacen los Códigos de Nación, art. 491, párrafo 2°; Neuquén, art. 449, párrafo 2°; Córdoba, arts. 502 y 528; etc. Precisamente, a partir de esta base normativa, es que discrepamos con la opinión de la autora precitada. En efecto, si por "incidente de ejecución", entendemos a "toda cuestión o controversia accesorio, promovida por el Ministerio Público, por parte interesada, organismo administrativo legítimo o provocada de oficio, surgida con ocasión del proceso en su fase ejecutiva y que abre una vía de trámite distinta a la principal" (Cfr.: Manuel N. Ayán, "Ejecución penal de la

do n° 62/1997, casó el auto interlocutorio que fuera materia de impugnación, declarando la errónea aplicación de la ley penal sustantiva y concediendo, al interno, el régimen de salidas transitorias que solicitara. Sintéticamente expuestos, los fundamentos de la casación fueron:

a) En primer lugar, comenzó por afirmar que, del análisis de las constancias de la causa, quedaba en claro que se encontraban satisfechas las exigencias establecidas en los artículos 15 y 17 de la ley 24.660 para la concesión del régimen, luego de lo cual, y refiriéndose en forma concreta a la argumentación efectuada por el Tribunal "a quo" (recuérdese que denegaba el pedido porque, el interno, no llevaba cumplido, al tiempo de la solicitud, los dos tercios de la condena que establece el art. 13 del Cód. Penal para otorgar la libertad condicional) afirmó que: tal exigencia (dos tercios de la condena cumplida) "(...) importa una inadmisibles extensión de un requisito que, en modo alguno está previsto en la ley 24.660, afectándose de esta manera, el principio de legalidad de la ejecución, al adicionar, a través de una suerte de razonamiento analógico 'in malam partem', requisitos que no surgen de las claras disposiciones de la ley".

b) En segundo lugar, el Tribunal de casación, estableció un matiz diferencial entre la finalidad que persigue la ley con el instituto de las salidas transitorias y el de la libertad condicional. Al respecto expresó: "tampoco se advierte que, a través de esta interpretación (favorable a la concesión), se contraría el sistema del Código Penal (como lo postula el "a quo"). En este sentido, la pretensión de la Cámara de extender los requisitos de la libertad condicional (en relación a las salidas transitorias), importa equivocar la distinta finalidad que ambas instituciones están llamadas a cumplir. En efecto, parece claro que, en tanto la libertad condicional, está orientada

sentencia", edición actualizada por Fabián I. Balcarce, Ed. Advocatus, Córdoba, 1998, pág. 35), pocas dudas pueden haber respecto de que, la denegatoria (por parte del órgano jurisdiccional encargado de la ejecución) de una solicitud de salidas transitorias, constituye un planteo típico de la fase ejecutiva y, como tal, revisable a través de la instancia casatoria.

a que "(...) el sujeto liberado (se vea) incentivado a cumplir las expectativas puestas en él, por su buena conducta en el mundo libre, para así ganar la remisión de la pena luego del exitoso transcurso del período de prueba (...) las 'salidas transitorias' que se reclaman en este caso, tienen por objeto, en cambio, evitar el deterioro del interno en su conexión con el mundo exterior, permitiendo incrementar los espacios de relación en ese ámbito. En otras palabras, a través del instituto que se solicita, el legislador ha intentado mitigar lo que, en la doctrina penitenciaria, se ha denominado como 'principio de no marginación del interno' (...)".

II. Análisis del caso

1. El régimen de salidas transitorias

A) Fundamento del instituto

Los resultados que arrojan las investigaciones desarrolladas en el marco de la sociología de la organización, hacen posible afirmar que, en las denominadas "instituciones totales", y entre ellas, especialmente, en las prisiones, se llega a falsas actitudes de adaptación. En este sentido, explica Hilde Kaufmann que: "Los internos se hacen dependientes, en estos establecimientos, de muy diversos poderes y fuerzas que terminan poco a poco por anular su personalidad (...). En relación al mundo exterior este proceso va causando una paulatina pérdida del sentido de la realidad, dado que el mundo exterior ya no es más realmente conocido. De la mano de este proceso viene también la pérdida de contacto con los semejantes. No se necesitan argumentos especiales —concluye la autora— para explicar aquí que estos efectos son altamente negativos para la resocialización del penia-

do".³ En otras palabras: con el ingreso a una "institución total", se erige una valla entre los internos y el mundo; valla que, al mismo tiempo, trae aparejado como consecuencia pérdidas de rol. Este resultado se verifica, indudablemente, con el ingreso a la prisión. Allí, se debilita totalmente el rol de esposo y de padre, desaparece el rol profesional y, seguramente, numerosos otros roles del tiempo libre que poseía el interno.⁴

Al hacer suyas las conclusiones de estas investigaciones, tanto la más moderna doctrina penitenciaria como nuestra legislación positiva vigente, se han caracterizado por enfatizar la necesidad —utilizando las palabras del Tribunal de Casación— de incrementar los espacios de relación entre los internos y el mundo exterior, con la finalidad de mitigar uno de los efectos desfavorables que conlleva el ingreso a un establecimiento penitenciario.⁵ Precisamente, es en este contexto, en donde debe buscarse el fundamento de la institución de las salidas transitorias, como un instrumento que, diseñado para atemperar —mínimamente— las innegables consecuencias desocializadoras propias de la ejecución de las penas privativas de libertad, constituye el primer paso en la preparación del interno para su regreso al "mundo libre".

³ Cfr. Hilde Kaufmann, "Principios para la reforma de la ejecución penal", Ed. Depalma, Bs. As., 1977, pág. 50 (Sobre los efectos de la institución total sobre la readaptación social, Cfr., en este mismo volumen, el Capítulo séptimo).

⁴ Cfr. Hilde Kaufmann, "Ejecución penal y terapia social", Ed. Depalma, Bs. As., 1979, págs. 72-73.

⁵ Al respecto, hay acuerdo en la doctrina nacional. Así Jorge Kent, "Derecho de la ejecución penal", Ed. Ad-Hoc, Bs. As., 1996, págs. 236-237; Raúl A. Ceruti - Guillermo B. Rodríguez, "Ejecución de la pena privativa de libertad (Ley 24.660)", Ed. La Rocca, Bs. As., 1998, pág. 84. En la doctrina española, igual criterio: Borja Mapelli Caffarena, "Presupuestos de una política penitenciaria progresista", pág. 251 (Publicado en: "Francesco Carrara. Homenaje en el centenario de su muerte", Ed. Temis, Bogotá, pág. 237 y ss.). Para un panorama de cómo la nueva ley de ejecución ha intentado ampliar estos "espacios de relación", cfr. nuestro trabajo: "Los objetivos constitucionales de la ejecución penitenciaria", Alveroni Ediciones, Córdoba, 1997, págs. 168-175.

B) ¿Recompensa o derecho?

En la doctrina europea y, dentro de ella, particularmente, en la española, se ha discutido el modo de concebir al instituto: como recompensa al buen comportamiento o como un derecho del interno.⁶

Las dudas al respecto aparecen, más bien, como una consecuencia del particular modo de regulación que caracteriza —por lo menos, en el caso de la legislación española— tanto a la Ley Orgánica General Penitenciaria como a sus reglamentaciones. En efecto, "La orden circular del 4 de octubre de 1978 (...), combinaba ambos criterios (recompensa-derecho), distinguiendo los permisos ordinarios o de fin de semana que se concedían automáticamente a los presos en tercer grado de la condena, los especiales que se otorgaban a título de recompensa, y los extraordinarios (por motivos familiares) en los que, en cierta (...) (forma), se conjugaban aquellos dos modos de concebir la institución. La Ley Orgánica General Penitenciaria parece, a primera vista, que, acepta también esta naturaleza versátil de la institución: derecho en unos casos, recompensa en otros".⁷

Esta discusión, afortunadamente, no parece haberse planteado en relación a la estructura normativa del instituto, adoptada por la ley 24.660.

⁶ Así, en Francia, un sector de la doctrina las ha considerado como una suerte de recompensa. Cfr., en este sentido, Jean Larguier: "Criminologie et Science Pénitentiaire", Dalloz, 1994, págs. 115-116. Este autor, agrupa a las salidas transitorias ("permissions de sortir") entre las "medidas de favor" ("mesures de faveur"). En la doctrina española, por su parte, se pronuncian en el sentido de que se trata de un derecho del interno, entre otros autores: Enrique Ruiz Vadillo, "Algunas consideraciones sobre la reforma de las penas privativas de libertad. El sistema penitenciario", pág. 199, nota n° 86 (Publicado en: AA.VV.: "Estudios Penales II. La reforma penitenciaria.", Universidad de Santiago de Compostela, 1978, pág. 149 y ss.); Francisco González Navarro, "Poder domesticador del Estado y derechos del recluso", pág. 188 (Publicado en: "Persona y Derecho", Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de Derechos Humanos. Suplemento "Humana iura", 1/1991, Universidad de Navarra, pág. 11 y ss.).

⁷ Cfr. González Navarro, op. cit., pág. 188.

En este sentido, es de destacar, el criterio uniforme de los intérpretes al momento de precisar su naturaleza. Al respecto expresa Justo Laje Anaya que: se trata de un "(...) derecho, en razón de que cuando se han verificado las exigencias respectivas, la salida debe concederse"; "ése es — acota el autor— el sentido que tiene el artículo 17".⁸ Igual ha sido el criterio de Raúl A. Ceruti y Guillermina B. Rodríguez.⁹

C) Requisitos para la concesión

Los requisitos para la concesión del beneficio surgen a partir de una interpretación sistemática de lo preceptuado por los artículos 15 y 17 de la ley 24.660. En este sentido, se requiere:

a) Que el condenado, dentro de la progresividad del régimen penitenciario que establece la ley (art. 12), se encuentre en el período de prueba (art. 15, letra "b"). Al respecto, parece conveniente destacar que, es una competencia propia de la autoridad penitenciaria, la relativa a la promoción del interno a los distintos períodos que integran el régimen de progresividad. Lo dicho en último término es así por cuanto, es a la administración a quien le compete la "conducción, el desarrollo y la supervisión del tratamiento penitenciario" (art. 10 ley 24.660).¹⁰ Por cierto que dicha atribución no es discrecional. En todo caso, se trataría de una "discrecio-

⁸ Cfr. Laje Anaya, op. cit., pág. 56.

⁹ Cfr. Ceruti - Rodríguez, op. cit., pág. 88.

¹⁰ Repárese, al respecto, en la interpretación que de la expresión "desarrollo" ha efectuado la doctrina; ésta no es otra que la de "aumentar o dar incremento al régimen penitenciario" (Cfr. Laje Anaya, op. cit., pág. 46); "régimen" que, por imperio de lo dispuesto en el artículo 6, se basará en la "progresividad" (Esta interpretación ha merecido aceptación en algún precedente jurisprudencial. Así, el Juez de Ejecución (Tribunal Oral Federal de Córdoba) in re "Basconcello - Oviedo - González p.s.a. infracción Ley 23.737, atentado y resistencia a

nalidad técnica"¹¹ en atención a la función que, la misma ley, ha reservado, en este aspecto, a los gabinetes técnico-criminológicos (art. 13, letras "c" y "d" y art. 27). Lo que acabamos de afirmar, constituye una explicación de porqué, un sector de la jurisprudencia, ha limitado, en este punto, las funciones de los jueces que tienen a cargo la ejecución.¹² Es que, en estos casos, en donde la administración resuelve teniendo a la vista un juicio técnico emitido por un órgano especializado, no puede decirse, sin más, que exista discrecionalidad frente a la ley, resultando "(...) prácticamente imposible la fiscalización de este tipo de actividad por un tribunal o jurisdicción revisora, ya que para ello habría de sustituir el punto de vista del

la autoridad; disparo de arma de fuego y lesiones", haciendo alusión, también, al dictamen del Sr. Fiscal General, reprodujo los criterios sostenidos en el texto. Para el texto de este precedente y del dictamen fiscal, véase, en este mismo capítulo, el acápite "Apéndice Jurisprudencial").

¹¹ La llamada "discrecionalidad técnica" se configura cuando la norma exige adoptar un juicio científico o técnico por parte de la Administración. Al respecto explica Juan Carlos Cassagne: "El concepto de discrecionalidad técnica es empleado con gran amplitud por la doctrina italiana y comprende tanto las cuestiones relativas a las ciencias exactas (...) como aquellas donde la norma exige aplicar cánones provenientes de ciencias no exactas (economía, sociología, etc.). En todos los casos se trata siempre de juicios técnicos jurídicamente distintos de los juicios sobre la oportunidad y de la misma elección que realiza el órgano administrativo en el momento de adoptar una decisión" (Cfr.: "Derecho Administrativo", Vol. II, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1994, pág. 109).

¹² Así se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén a través del Acuerdo n° 70/1997 en donde, luego de destacar la importancia (en esta materia) del control jurisdiccional, expresó que: "(...) esta intensificación del control judicial de la ejecución, no debe ser interpretado, empero, en el sentido de que la nueva ley ha querido (...) fomentar una actuación (...) en donde, el órgano jurisdiccional subroga en sus funciones a la autoridad administrativa, arrojándose atribuciones que son propias de aquella. Precisamente, con ese objeto, la ley 24.660 estableció una suerte de 'cláusula de cierre' (...) al disponer en su artículo 10 que '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' (...)". Tal criterio, ya había sido sostenido en los Acuerdos n° 40 y 43 de ese mismo año.

organismo técnico que actuó por los criterios del propio Tribunal que, obviamente, no puede manejar más técnica que la jurídica".¹³

b) Como segundo requisito, el interno debe haber cumplido una determinada parte de la pena privativa de la libertad que se le impusiera (art. 17.I). Este lapso de cumplimiento variará según haya sido condenado a una pena temporal (en cuyo caso deberá haber cumplido la mitad de la condena) o, si lo fue a una pena perpetua (hipótesis en la que, la ley exige, como tiempo mínimo de ejecución, quince años). Puede ocurrir también, que la sentencia condenatoria haya impuesto al interno, además, la reclusión por tiempo indeterminado que establece el artículo 52 del Código Penal. En tal caso, la concesión del régimen de salidas transitorias, exigirá el cumplimiento de tres años, computados a partir de la ejecución de la pena a la que se impusiera, como accesoria, la reclusión del artículo 52. El texto de la ley, empero, no aclara la situación en la que, la reclusión accesoria, se impuso a un condenado a pena privativa de libertad perpetua (como

¹³ Cfr. Francisco Bueno Arús, "El control judicial de la administración penitenciaria y la Constitución Española", pág. 112 (Publicado en: AA.VV. "Discrecionalidad administrativa y control judicial", I Jornadas de estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía. Coedición del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía y Ed. Civitas, Madrid, 1996, pág. 111 y ss.). Lo dicho en el texto, por cierto, no significa desconocer que, en algunos casos muy particulares, que resultan demostrativos de una clara extralimitación en las funciones técnicas asignadas, el Tribunal de ejecución no pueda (en rigor, *debe*) impugnar aquellos informes. Bien vale, en este sentido, a título de ejemplo, lo resuelto por el Tribunal Oral Criminal Federal de la Ciudad de Mar del Plata, in re "García del Giorgio" (L.L. T. 1996-E, pág. 381 y ss.) en donde se concedió el beneficio de las salidas transitorias *no obstante que el informe expedido (por el organismo técnico correspondiente) no lo aconsejaba*. Particularmente, el Tribunal argumentó que: "(...) al momento de ser evaluado por la junta de preselección para la concesión de las salidas transitorias (el interno) no fue escogido en virtud de obtener resultados *relativamente* favorables en los respectivos estudios criminológicos, los que se encuentran agregados al presente y sobre los que se podrían formular serias observaciones. En particular su remisión al análisis de la privación de libertad que sufrió en un proceso en el que resultó absuelto y que fuera evaluado en su *demérito*" (Lo destacado nos pertenece).

podría darse en el supuesto del artículo 80 del Código Penal). En tal hipótesis ¿cuándo se considerará "cumplida la pena", en los términos del artículo 17, apartado I, letra "c"? Creemos que, en este caso, el cómputo de los tres años deberá efectuarse a partir del cumplimiento del plazo que establece el artículo 13 del Código Penal para conceder la libertad condicional a quien fue condenado a reclusión o prisión perpetua; esto es: 20 años. Este razonamiento es el que efectúa Zaffaroni¹⁴ para interpretar la ley frente a aquellos casos en que debe determinarse cuándo se considera "cumplida" la pena, para poder otorgar la liberación condicional en los términos del artículo 53 del Código Penal.

Anticipándonos a posibles reparos que puede generar esta respuesta, parece conveniente efectuar dos precisiones. En primer lugar, si a quien se encuentra en la hipótesis del artículo 52, se le puede conceder un régimen de *externación total* (aunque sujeto a condiciones), ninguna dificultad se advierte para que, antes del otorgamiento del mismo (obsérvese que el art. 53 exige, luego del agotamiento de la pena, que hayan transcurrido cinco años), el interno pueda gozar de un régimen de salidas transitorias. En segundo lugar, si bien reconocemos que este plazo (20 años) se deduce a partir de un razonamiento analógico, tal argumento, por ser más favorable para el condenado (esto es: "in bonam partem"), no afecta principio constitucional alguno.¹⁵

c) El artículo 17, apartado II, requiere además, que el interno no tenga abierta otra causa penal en la cual interese su detención ni otra condena pendiente.

¿Resulta razonable esta exigencia? Nos parece que no. En efecto, si la nueva ley 24.660, al extender su régimen (con excepción de lo precep-

¹⁴ Cfr. Eugenio Raúl Zaffaroni, "Tratado de Derecho Penal. Parte General", Vol. V, Ed. Ediar, Bs. As., 1988, págs. 205-207.

¹⁵ Vid. infra, apartado n° 2.

tuado en el artículo 7) a los *procesados* (art. 11), permitiría, conforme a la interpretación (que compartimos) reclamada por un destacado sector de la doctrina,¹⁶ la aplicación no sólo de los regímenes previstos en las letras "b" y "c" del artículo 15 (salidas transitorias y semidetención) sino, incluso, alguna de las alternativas especiales previstas en el Capítulo II, Sección tercera,¹⁷ retrotrayendo así, la aplicación de la ley de ejecución a la primera etapa del proceso, resultaría del todo incongruente que, para un condenado, la existencia de una causa que conlleve prisión preventiva, *por esa sola circunstancia*, obstaculice la viabilidad del beneficio cuando, el resto de las exigencias legales, se encuentren satisfechas.

Mucho más irrazonable, empero, resulta el impedimento relativo a la existencia de una condena pendiente. Y se afirma esto por cuanto, en tal caso, al tratarse de un proceso anterior o contemporáneo al que motivara la condena que viene cumpliendo el interno, la mora en el juzgamiento y en la unificación posterior (art. 58 Cód. Penal), solamente puede ser reprochada a la administración de justicia, mas nunca utilizada en perjuicio del condenado.¹⁸

d) En lo relativo a la conducta, la ley exige para poder conceder el régimen, que el interno registre una calificación de ejemplar o el grado máximo susceptible de ser alcanzado según el tiempo de internación (art.

¹⁶ Cfr. José Ignacio Cafferata Nores, "¿La ley n° 24.660 da cabida a una 'semiprisión preventiva' o nuevas hipótesis excarcelatorias?", Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año III, n° 7, Ed. Ad-Hoc, Bs. As., 1997, págs. 991 a 996.

¹⁷ Así lo ha hecho (aplicando el instituto a procesados no condenados), en relación a la prisión domiciliaria (art. 32), la Cámara de Acusación de Córdoba (Auto Interlocutorio n° 88 del 16/05/1997), según lo informa Manuel F. Sánchez, en: "Ley de ejecución de la pena privativa de la libertad. Alternativas para situaciones especiales" (Publicado en: AA.VV.: "Ejecución de la pena privativa de la libertad", Alveroni Ediciones, op. cit., pág. 14). Igual criterio, CNCim. y Correc. Sala VI, 10/04/1997, in re "Lovecchio", publicado en: La Ley, "Suplemento de Jurisprudencia Penal", 30 de marzo de 1998, pág. 63.

¹⁸ Cfr. con la crítica: Ceruti-Rodríguez, op. cit., pág. 87.

17.III). De todas las exigencias analizadas pensamos que, es en ésta en donde el contralor que efectúa el juez de ejecución puede alcanzar una muy significativa relevancia. En efecto, la imposición de correcciones disciplinarias (art. 87) por parte de la autoridad penitenciaria, tiene una clara incidencia desfavorable en la calificación de conducta y, por consiguiente, en la obtención de aquellos derechos del interno que la presuponen (entre ellos: el de la incorporación al régimen de salidas transitorias).¹⁹ Y es, precisamente, en este ámbito (ejercicio de la potestad disciplinaria), en donde se pueden hacer más palpables los posibles "desvíos de poder" por parte de la administración; "desvíos de poder" que aparecen con más fuerza cuando, quienes tienen materialmente a su cargo la ejecución de la pena privativa de libertad, responden a una ideología, gráficamente denominada por Hilde Kaufmann, como de "*seguridad y orden*".²⁰ De allí la importancia de que el ejercicio de aquella potestad se adecue a la ley y que, al mismo tiempo, el órgano jurisdiccional extreme su celo en el cumplimiento de una de las funciones que ésta (Cfr.: art. 4, letra "a"; 96 y 97) le ha conferido.²¹

¹⁹ Cfr. J. Ezequiel Malarino: " Sanciones penitenciarias, legalidad ejecutiva y su contralor judicial", en: Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año III, n° 6, Ed. Ad-Hoc, Bs. As., 1997, pág. 828. Ampliamente sobre la potestad disciplinaria. Cfr. José Daniel Cesano, "Un estudio sobre las sanciones disciplinarias penitenciarias", Ed. Alveroni, Córdoba, 2002.

²⁰ Bien expresa Hilde Kaufmann que "se puede llegar a conflictos considerables entre el pensamiento de seguridad, por una parte, y el pensamiento de tratamiento, por otra". Tales conflictos, sin embargo, según lo apunta la propia autora, responden, más bien, a una cuestión de "mentalidad de los funcionarios de ejecución", frente al temor de posibles evasiones, lo que, necesariamente, conlleva "una sobrevaloración de la necesidad de seguridad" (Confr.: "Ejecución penal y terapia social", op. cit., págs. 101-105).

²¹ Para un buen ejemplo de cómo debe actuar, frente a sanciones disciplinarias, un Tribunal de ejecución, confrontar la resolución dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 1 de la Ciudad de Córdoba in re "Olivera", en donde se dejó sin efecto, de oficio,

e) Por fin, el interno, deberá contar con un informe favorable del organismo técnico criminológico y del consejo correccional del establecimiento (art. 17.IV). Un sector de la doctrina ha interpretado que, entre esta exigencia y las enumeradas en el artículo anterior (conducta ejemplar) no existen diferencias. Así, Raúl A. Ceruti y Guillermina B. Rodríguez, al comentar el precepto, han entendido que: "los requisitos legislados bajo los numerales III y IV (del art. 17) son la misma cosa".²² Tal afirmación deriva de la concepción de estos autores según la cual las nociones de "conducta" y "concepto" deben ser equiparadas. Esto lo decimos a partir de la lectura del siguiente pasaje de su obra: "No debe distinguirse (...) entre conducta y concepto, ya que una es la expresión existencial de un comportamiento y el otro la interpretación normativa que la califica".²³ Por nuestra parte, disentimos, respetuosamente, con este criterio. En este sentido, creemos que, a través de cada una de estas exigencias, la ley, ha querido objetivar parámetros de evaluación distintos: por medio del inciso III, se ha pretendido determinar el grado de adaptación del interno a las normas reglamentarias que rigen el orden, la disciplina y la convivencia dentro del establecimiento; en tanto que, merced al requisito contenido en el numeral IV, lo que se busca, en cambio, es ponderar su evolución personal, con el objeto de poder deducir (a partir de aquella) la mayor o menor

una sanción disciplinaria (cuyo cumplimiento ya se había agotado), por haber afectado, groseramente, además de la debida defensa (al haber notificado el tribunal de ejecución la sanción impuesta en forma extemporánea (art. 97 ley 24.660)), el derecho del interno a mantener comunicación y correspondencia con sus familiares (arts. 158 y 160). El fallo en cuestión mereció un elogiable comentario por parte de Daniel P. Carrera. Para el texto del fallo y su comentario, Vid.: "Cuaderno del Departamento de Derecho Procesal", n° 1, Publicación del Departamento de Derecho Procesal — Nueva serie — Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Ed. Advocatus, Córdoba, 1996, págs. 137-141.

²² Cfr. Ceruti - Rodríguez, op. cit., págs. 87-88.

²³ Cfr. Ceruti - Rodríguez, op. cit., pág. 173.

posibilidad de reinserción social;²⁴ aspectos que, si bien reconocemos, en algunos casos, pueden seguir una evolución paralela, en muchos otros no.

2. El principio de legalidad: Consecuencias y ámbito de aplicación

De los principios de legalidad (art. 18, primera disposición, Constitución Nacional) y de reserva (art. 19, segunda disposición, Constitución Nacional) se extraen cuatro estrictas instrucciones dirigidas tanto al legislador como al Juez penal;²⁵ a saber:

- a) el legislador debe formular sus normas con tanta precisión como sea posible (mandato de certeza: *lex certa*);
- b) el legislador y el juez penal no pueden aplicar (o disponer la aplicación de) las leyes en forma retroactiva en perjuicio del afectado (prohibición de retroactividad: *lex praevia*);
- c) el juez penal debe contar con una ley escrita para condenar o agravar penas (prohibición del derecho consuetudinario: *lex scripta*) y
- d) el juez penal tampoco podrá aplicar el derecho en forma analógica en perjuicio del afectado (prohibición de analogía: *lex stricta*).

Tales exigencias, por cierto, no sólo se relacionan con la determinación del hecho punible sino que se extienden, también, a las consecuencias jurídicas que de él puedan derivarse.²⁶ Ello requiere, entonces, entre otros

²⁴ Cfr. Laje Anaya, op. cit., pág. 61.

²⁵ Cfr. Winfried Hassemer, "¿Un derecho correcto mediante un lenguaje correcto? Acerca de la prohibición de analogía en el Derecho Penal", pág. 21; Publicado en la obra miscelánea del autor, titulada: "Crítica al Derecho Penal de hoy", Ed. Ad-Hoc, Bs. As., 1995, pág. 11 y ss.

²⁶ Conf. Reinhart Maurach - Heinz Zipf, "Derecho Penal Parte General", Vol. I, Ed. Astrea, Bs. As., 1994, pág. 159. Igual criterio, Zaffaroni, "Tratado de Derecho Penal", op. cit., Vol. I, pág. 140.

recaudos, que el órgano jurisdiccional, al momento de examinar la procedencia de un derecho relativo a la ejecución de la pena, consagrado legislativamente, no reduzca su ámbito de aplicación a través de la extensión de requisitos (no comprendidos en la norma) por medio de la utilización de un razonamiento análogo en perjuicio del condenado.²⁷

3. Los razonamientos se articulan: a modo de conclusión

Si se está de acuerdo en que la concesión de las salidas transitorias, una vez que se han verificado los requisitos legalmente establecidos, constituye un auténtico derecho (vid. supra n° 1.B), deberá concluirse que, en el caso analizado, cuando la Cámara le deniega la incorporación al régimen, ha "sorprendido" al peticionante con una exigencia no prevista (cumplimiento de los dos tercios de la condena), valiéndose para ello, como muy bien lo puntualiza la casación, de un razonamiento análogo (al pretender aplicar las exigencias del artículo 13, primera parte, del Código Penal) "in malam partem". En otras palabras: al tratarse de un derecho (condicionado al cumplimiento de precisas exigencias), los requisitos que enumeramos para su concesión (vid. supra n° 1.C), "no pueden ser aumenta-

²⁷ Cfr. Francisco Bueno Aris, "La dimensión jurídica de la pena de prisión", *Doctrina Penal*, 1987, año 10, pág. 651 y ss. En pág. 661 el autor expresa: "En el plano sustantivo, el principio de legalidad importa la exigencia de que el juez determine la pena con base exclusiva en la ley escrita y no en otras supuestas fuentes de Derecho, y que no amplíe el precepto legal por medio de la analogía en perjuicio del justiciable". Por el contrario, si resulta admisible la aplicación de la ley penal por analogía "in bonam partem". Ello, por cuanto, como muy bien lo recuerda Ricardo C. Nuñez (Cfr. "Tratado de Derecho Penal", T. I, Ed. Lerner, Córdoba, págs. 117-118), "(...) a esto no se opone el principio de reserva penal, porque se limita a garantizar zonas de libertad o determinadas especies y medidas de represión, pero permanece neutral cuando se trata del favor del reo, en cuyo ámbito éste puede exigir que se llenen las lagunas por analogía legal o jurídica (Cód. Civil, arts. 15 y 16)".

dos"²⁸ yendo más allá de los textos legales. Tal exigencia, de indiscutible raíz constitucional, debe ser respetada por más que se pretenda —como parece pensar la Cámara— que la "nueva exigencia" de concesión, pueda encajar en el "espíritu" o en el "sentido" de alguna proposición jurídico-penal (en el caso: las normas de la libertad condicional). Lo dicho en último término es así, por cuanto, como lo expresa Winfried Hassemer: "La prohibición de la analogía es una cualidad del Estado de Derecho de rango primordial. Con ella el Derecho Penal renuncia en favor del afectado no sólo a la realización del fin normativo, sino también a la posibilidad de que sea reelaborado por el juez más allá de lo que permite el tenor literal legal, siguiendo la dirección de la voluntad del legislador"²⁹ (vid. supra n° 2).

Sin embargo, y aún cuando la Cámara haya pretendido fundar esta extensión, sobre la base de una suerte de cotejo con los "fines del legislador" en materia de libertad condicional, la doctrina del Tribunal Superior, permite observar otro aspecto positivo. Concretamente, nos referimos, a su esfuerzo para poner en evidencia el error en la pretendida vinculación entre ambos institutos (salidas transitorias-libertad condicional). Acierto, se afirma, no sólo porque la casación indagó, a nuestro juicio, correctamente, el fundamento al que responde el régimen de las salidas transitorias (Vid. Supra n° 1.A), sino porque, además, lo diferenció de la finalidad político-criminal a la que se orienta la libertad condicional; esto es: adaptar la duración de la ejecución de la pena de encierro, de acuerdo a la evolución experimentada por el autor del delito, en el centro penitenciario, estimulándolo, *por medio de la extenuación anticipada*, para que configure su futuro por sí mismo, mediante esfuerzos positivos, e incitándolo a que se haga

²⁸ Conf.: Ceruri - Rodríguez, op. cit., pág. 87.

²⁹ Conf. Winfried Hassemer: "Fundamentos de Derecho Penal", Ed. Bosch, Barcelona, 1984, pág. 334.

acreedor a la remisión del resto de la pena por su correcto comportamiento en libertad.³⁰

III. Apéndice Jurisprudencial

1. Fallo del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén

Acuerdo n° 62/1997: En la Ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los dieciocho días del mes de Noviembre de mil novecientos noventa y siete, se reúne en Acuerdo el Tribunal Superior de Justicia con la Presidencia de su titular Dr. Arturo E. González Taboada, integrado por los señores Vocales Dres. Fernando R. Macome, Marcelo J. Otharán, Armando Luis Vidal y Rodolfo G. Medrano, con la intervención del titular de la Secretaría de Recursos Extraordinarios y Penal, Dr. Héctor O. Dedominichi, para dictar sentencia en los autos caratulados "Cabrera, Marcos Rafael s/ corrupción reiterada —4 hechos—" (Expte. n° 477 -año 1997) del Registro de la mencionada Secretaría, se procedió a practicar la pertinente desinsaculación, resultando que en la votación debía observarse por los Señores Jueces el orden siguiente: Dr. Rodolfo G. Medrano, Dr. Fernando R. Macome, Dr. Armando Luis Vidal, Dr. Marcelo J. Otharán y Dr. Arturo E. González Taboada.

Antecedentes: Que por auto interlocutorio n° 164/1997 (fs. 331 y vta.), la Excma. Cámara en lo Criminal Segunda, con asiento en la Ciudad de Neuquén, dispuso denegar el beneficio de "salidas transitorias" en relación al condenado Marcos Rafael Cabrera.

³⁰ Cfr. Hans Heinrich Jescheck: "Tratado de Derecho Penal. Parte General", Ed. Comares, Granada, 1993, pág. 769.

Que en contra de dicha resolución, el Sr. Defensor de Cámara del penado Cabrera, Dr. Gustavo L. Vitale, interpuso recurso de casación (fs. 334/336), invocando como motivo el previsto en el inciso 1° del artículo 415 de la ley de rito.

Que por Resolución interlocutoria n° 64, de fecha 30 de setiembre del corriente año (fs. 344/345), este Tribunal se pronunció por la admisibilidad formal del recurso interpuesto.

Por aplicación de la ley 2153 de reforma del Código Procesal (Ley 1677) y lo dispuesto en el artículo 424, 2° párrafo, ante el requerimiento formulado, el recurrente no hizo uso de la facultad allí acordada, por lo que a fs. 346 se produce el llamado de autos para sentencia.

Cumplido el proceso deliberativo que prevé el artículo 427 del Código de rito, el Tribunal se plantea las siguientes:

Cuestiones: 1°) ¿Es procedente el recurso de casación interpuesto? 2°) En su caso ¿Qué solución corresponde adoptar? Y 3°) Costas.

Votación: A la primera cuestión el Dr. Rodolfo G. Medrano, dijo:

I. En contra del auto interlocutorio n° 164/1997 de la Excma. Cámara en lo Criminal Segunda de la Ciudad de Neuquén, el Sr. Defensor de Cámara del condenado Marcos Rafael Cabrera, interpuso recurso de casación. Concretamente, se agravia el recurrente en que la Cámara afirma "(...) que no corresponde hacer lugar al régimen de salidas transitorias, como etapa previa de la libertad condicional, por entender que ello lo impide el hecho de que el condenado no ha cumplido la parte de la pena necesaria para la obtención de la libertad condicional (pese a que el art. 14 del Código Penal no autoriza esa forma de libertad, por haberse declarado la reincidencia). La Cámara (...) —continúa el impugnante— en contra del criterio de la defensa (...) denegó el señalado régimen de egreso carcelario, entendiendo erróneamente que "sería una verdadera inconsecuencia del legislador negarle por un lado la libertad condicional al reincidente (art. 14 C. P.) y por otro permitirle salir transitoriamente de su lugar de encierro,

aún antes de haber cumplido la parte de la condena exigida por el art. 13 C.P. (...)”. Tal disquisición, a juicio del señor defensor, carece de base normativa alguna, por lo que “(...) la decisión violenta, el principio de legalidad que rige en el ámbito de ejecución de la pena carcelaria, según el cual no pueden restringirse más derechos que aquellos previstos en forma expresa por el texto de la ley. Por lo demás —concluye el recurrente— la resolución de la Cámara violenta otros principios vigentes en el ámbito de la ejecución de la pena, entre los que destaca, particularmente, el de reinserción social, por cuanto la decisión recurrida no permite, precisamente, la incorporación paulatina a la vida libre en los términos fijados por una legislación que no establece la distinción formulada aquí sólo pretorianamente, en contra de los derechos del condenado”.

II. Que luego de analizados los argumentos del impugnante, así como los fundamentos de la resolución objeto del cuestionamiento, debo concluir que he de propiciar al Acuerdo se acoja favorablemente el recurso en estudio. Doy mis fundamentos:

A) El principio de legalidad, cuya recepción se materializa en el artículo 18 de la Constitución Nacional, requiere, como una exigencia inexorable, “(...) que sea la ley el instrumento normativo que monopolice la regulación de todos aquellos aspectos que intervienen en la represión penal, desde la fijación de la conducta delictiva al cumplimiento de la condena, pasando por la determinación de la pena y de los requisitos procedimentales y del órgano jurisdiccional; son las clásicas garantías criminal, penal, jurisdiccional y de ejecución”.³¹ Empero, y como bien lo ha señalado Enrique Bacigalupo,³² la vigencia de tal principio (legalidad) no se satis-

³¹ Cfr. Lamarca Pérez, Carmen, “Legalidad penal en la Constitución Española”, en Revista Española de Derecho Constitucional, mayo - agosto de 1987, n° 20, pág. 102.

³² Cfr. “Las bases institucionales de la política criminal española en los últimos años. El principio de legalidad como tarea inconclusa”, en “De las penas”, Libro Homenaje al Profesor Isidoro de Benedetti, Ed. Depalma, Bs. As., 1997, pág. 2.

face sólo con que tanto la conducta prohibida como la consecuencia jurídica que deviene de su comisión figuren en una categoría normativa denominada “ley”, sino que, es preciso además que esta última (ley), reúna ciertos requisitos que pueden ser definidos negativamente, a través de sendas prohibiciones: “(...) de aplicación retroactiva de la ley (salvo casos de mayor benignidad) (lex praevia); de aplicación de otro derecho que no sea escrito (lex scripta); de extensión del derecho escrito a situaciones análogas (lex stricta); de cláusulas legales indeterminadas (lex certa). Cada una de estas precisiones —concluye el catedrático citado— tiene un destinatario preciso: la exigencia de *lex praevia* se dirige tanto al legislador como al juez; la de *lex scripta*, al igual que la de *lex stricta*, al órgano jurisdiccional; (en tanto que) la de *lex certa* tiene por destinatario básicamente al legislador y, subsidiariamente, al juez”.

B) Que reconocida la vigencia de este principio, merece un particular desarrollo, para dar solución al caso que me ocupa, las exigencias relativas a la “lex certa” y a la “lex stricta”. En este sentido, es bueno recordar que, quienes han analizado con mayor detenimiento el principio de legalidad en materia de ejecución, han enfatizado que: “Como regla general, también valen para el derecho penitenciario las exigencias de un cumplimiento material y no formal del principio de legalidad. Exigencias referidas a la claridad y taxatividad en el contenido de los preceptos”.³³ En otras palabras: la previsión en abstracto de las penas, requiere no sólo una descripción precisa y con la suficiente claridad de ellas, sino también, de las reglas que han de guiar al juez, en su determinación, así como en la aplicación de los distintos institutos que establecen beneficios o particulares modalidades en su ejecución.

³³ Cfr. Mapelli Caffarena, Borja, “Presupuestos de una política penitenciaria progresista”, en “Francesco Carrara, Homenaje en el centenario de su muerte”, Santa Fe de Bogotá, 1988, pág. 274.

A partir de esta interpretación, parece claro que, al momento de examinar los requisitos necesarios para la concesión del beneficio legal peticionado, la exhaustividad que caracteriza a la norma penal (y, en particular, en este caso, a la norma penitenciaria) no hace posible exigir más requisitos que aquellos que, en forma precisa y detallada se establecen en la norma aplicable.

C) Que luego de examinado el legajo (particularmente, las constancias actuariales obrantes a fs. 322 y 330 de estos actuados), queda en claro que —en autos— se han visto satisfechas las exigencias establecidas en los arts. 15 y 17 de la ley 24.660. En efecto: a) el interno se encuentra en el período de prueba; b) tratándose de penas temporales (sin la accesoria del artículo 52 del Código Penal), el peticionante ha cumplido, a la fecha, la mitad de la condena; c) no tiene causa abierta en donde interese su detención u otra condena pendiente; y d) ha merecido la calificación de conducta ejemplar.

D) Que, luego de realizado el análisis precedente, surge de manera evidente que, la argumentación en virtud de la cual el tribunal "a-quo" rechazó el beneficio, esto es: que el interno no llevaba cumplido, al tiempo de la petición, los dos tercios de la pena que establece el artículo 13 del Código Penal para conceder la libertad condicional, *importa una inadmisibles extensión de un requisito que, en modo alguno está previsto en la ley 24.660, afectándose, de esta manera, el principio de legalidad de la ejecución, al adicionar, a través de un razonamiento analógico "in malam partem", requisitos que no surgen de las claras disposiciones de la ley.*

E) Tampoco advierto que, a través de esta interpretación (a favor de la concesión del beneficio), se contrarie el sistema del Código. En este sentido, la pretensión de la Cámara de extender los requisitos de la libertad condicional, importa equivocar la distinta finalidad que ambas instituciones están llamadas a cumplir. En efecto, parece claro que, en tanto la libertad condicional, está orientada a que "(...) el sujeto liberado (se vea) incentivado a cumplir las expectativas puestas en él, por su buena conducta en el

medio libre, para así ganar la remisión de la pena luego del exitoso transcurso del período de prueba (...)",³⁴ las "salidas transitorias" que se reclaman en este caso, tienen por objeto, en cambio, evitar el deterioro del interno en su conexión con el mundo exterior, permitiendo incrementar los espacios de relación en ese ámbito. En otras palabras, a través del instituto que se peticiona, el legislador ha intentado mitigar lo que, en la doctrina penitenciaria, se ha denominado como "principio de no marginación del interno".³⁵

F) Tampoco puede ser un argumento obstativo para la concesión del beneficio la circunstancia de que Cabrera sea reincidente. En este sentido, parece claro que una interpretación estricta de las exigencias legales para la procedencia del instituto, en ningún modo pueden conducir a esa conclusión. Mas aún, es evidente que si ésa hubiera sido la voluntad del legislador, así lo habría consignado en la norma respectiva; como de hecho ocurrió, respecto de la accesoria por reincidencia múltiple que prevé el artículo 52 del Código Penal y que, cuya imposición, a la luz de lo dispuesto en el artículo 17, apartado I, letra a) de la ley 24.660, obstaculiza la posibilidad de conceder el régimen de "salidas transitorias".

A la primera cuestión, el Dr. Fernando R. Macome, dijo: Por compartir los fundamentos vertidos por el Dr. Medrano sufragó en idéntico sentido. Así voto.

A la primera cuestión, el Dr. Armando Luis Vidal, dijo: Por compartir los fundamentos a los que arriba el Señor Vocal de primer voto, adhiero a los mismos votando en igual sentido. Mi voto.

³⁴ Cfr. Maurach, Reinhart - Gössel, Karl Heiz - Zipf, Heinz, "Derecho Penal. Parte General", Ed. Astrea, Bs. As., 1995, vol. 2, pág. 841.

³⁵ Cfr. Ruiz Vellido, Enrique, "Algunas consideraciones sobre la reforma de las penas privativas de libertad. El sistema penitenciario" en A.A.VV. "Estudios Penales II. La reforma penitenciaria", Universidad de Santiago de Compostela, 1978, pág. 188.

A la primera cuestión, el Dr. Marcelo J. Otharón, dijo: Que adhiero a las conclusiones vertidas por el señor Vocal preopinante que votara en primer término. Así voto.

A la primera cuestión, el Dr. Arturo E. González Taboada, dijo: Que he de adherir a los fundamentos y solución propuesta por el Dr. Rodolfo G. Medrano, votando en idéntico sentido.

A la segunda cuestión, el Dr. Rodolfo G. Medrano, dijo:

De conformidad a los argumentos vertidos corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el Sr. Defensor de Cámara del condenado Marcos Rafael Cabrera, Dr. Gustavo L. Vitale, y en consecuencia, casar el auto interlocutorio n° 164/1997, en cuanto deniega la aplicación del artículo 16 y concordantes de la ley 24.660, y hacer lugar al "régimen de salidas transitorias" oportunamente solicitado, bajo las modalidades que el tribunal de ejecución establezca (artículos 16 y 19, 1er. Párrafo, de la ley 24.660).

A la segunda cuestión, el Dr. Fernando R. Macome, dijo: Que comparto la conclusión sustentada por el Vocal preopinante atento los fundamentos dados a la primera cuestión. Mi voto.

A la segunda cuestión, el Dr. Armando Luis Vidal, dijo: Por compartir la solución dada a esta segunda cuestión por el Dr. Medrano, voto en igual sentido.

A la segunda cuestión, el Dr. Marcelo J. Otharón, dijo: Atento a los fundamentos dados a la primera cuestión, comparto la solución dada por el Señor Vocal del primer voto a esta segunda cuestión. Así voto.

A la segunda cuestión, el Dr. Arturo E. González Taboada, dijo: Atento a la solución dada a la primera cuestión, me expido en idéntico sentido a la solución propuesta por el Vocal preopinante en primer término a esta segunda cuestión. Así voto.

A la tercera cuestión planteada, el Dr. Rodolfo G. Medrano dijo: Atento al modo en que se ha resuelto el presente, deberá eximirse de costas al recurrente (artículo 492 del C.P.P. y C.).

A la tercera cuestión planteada, el Dr. Fernando R. Macome dijo: Adhiero a lo propuesto por el Dr. Rodolfo G. Medrano. Así voto.

A la tercera cuestión planteada, el Dr. Armando Luis Vidal dijo: Sin costas en esta instancia por haber prosperado el recurso. Así voto.

A la tercera cuestión planteada, el Dr. Marcelo J. Otharón dijo: Teniendo en cuenta el resultado de las cuestiones precedentes corresponde resolver sin costas. Mi voto.

A la tercera cuestión, el Dr. Arturo E. González Taboada, dijo: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las restantes cuestiones, adhiero al voto del Dr. Medrano a la presente cuestión, votando sin costas.

De lo que surge del presente Acuerdo, *se resuelve.*

I. *Hacer lugar* al Recurso de casación deducido por el señor Defensor de Cámara, Dr. Gustavo L. Vitale, a favor del condenado Marcos Rafael Cabrera.

II. *Casar* el auto interlocutorio n° 164/1997, de fecha 12 de junio de 1997, obrante a fs. 331 y vta. dictado por la Excm. Cámara Criminal Segunda en cuanto deniega la aplicación del art. 16 y concordantes de la Ley 24.660, y *hacer lugar* al "Régimen de salidas transitorias" oportunamente solicitado, bajo las modalidades que el Tribunal de Ejecución establezca (arts. 16 y 19, 1er. párrafo de la ley 24.660).

III. Sin costas (art. 492 C.P.P. y C.). Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse las presentes actuaciones a la Excm. Cámara Criminal Segunda. Con lo que finalizó el acto, firmando los señores Magistrados por ante el Actuario, que certifica. Dr. Arturo E. González Taboada (Presidente) – Dr. Marcelo J. Otharón (Vocal) – Dr. Fernando R. Macome (Vocal) – Dr. Armando Luis Vidal (Vocal) – Dr. Rodolfo G. Medrano (Vocal) – Héctor O. Dedominichi (Secretario).

2. *Dictamen del Sr. Fiscal General Federal (del Tribunal Oral Federal de Córdoba) en autos "Basconcello, Oscar A.; Oviedo, Mario; González, Alberto y otros p.s.a. Inf. ley 23.737, atentado y resistencia a la autoridad, disparo de armas de fuego y lesiones"* (Expte. B-12/96)

Excmo. Tribunal:

Miguel Ángel Francisco Rizzotti, Fiscal General, en estos autos caratulados: "*Basconcello, Oscar A.; Oviedo, Mario; González, Alberto y otros p.s.a. Inf. ley 23.737, atentado y resistencia a la autoridad, disparo de armas de fuego y lesiones*" (Expte. B-12/96), contestando la vista ordenada en relación a la incorporación al período de prueba del interno Mario Marcelo Oviedo (fs. 2477), a V.E., respetuosamente digo:

Que el señor Defensor Público Oficial, Dr. Marcelo Eduardo Arrieta, solicita la incorporación al período de prueba del tratamiento penitenciario del interno Mario Oviedo, en cuanto a la decisión administrativa de denegarle la incorporación al período de prueba, por las razones de hecho y de derecho que expone a las que me remito en honor a la brevedad (fs. 2475/2476).

Que entrando al análisis de la petición efectuada, considero que V.E. no debe hacer lugar a la impugnación interpuesta, en contra de la Resolución n° 224/2001 de la Dirección General de Técnica Penitenciaria y Criminológica del Servicio Penitenciario de Córdoba, atento que la misma ha sido dictada de acuerdo a derecho y de conformidad al espíritu y letra del propio art. 7 de la ley 24.660, que dispone que el condenado podrá ser promovido excepcionalmente, de acuerdo a los resultados de los estudios técnicos-criminológicos por resolución fundada de autoridad competente, es decir que la propia norma establece que este tipo de promoción de un período a otro es de carácter excepcional y la propia ley fija los requisitos que ineludiblemente debe reunir para incorporar al condenado a otro período de tratamiento:

a) Que se efectúe el estudio pertinente y de su resultado dependerá la promoción del condenado a otra fase.

b) Que la medida sea adoptada por resolución fundada, pero dicha resolución debe emanar de la autoridad competente, como lo exige el art. 7 última parte.

Ahora bien, la autoridad competente para entender en la incorporación a otra fase del tratamiento no es la judicial sino que la norma se refiere a la autoridad administrativa, es decir al Director del Establecimiento.

En este sentido la doctrina entiende, como bien lo señala el Dr. Justo Laje Anaja, en su libro "Notas a la ley penitenciaria Nacional n° 24.660" (Ed. Advocatus) —al comentar el art. 7— que la autoridad competente es la administrativa, y lo fundamenta expresando que: "...Si conforme al art. 89 de la mencionada ley 24.660, el Director puede retrotraer al interno al período de tratamiento anterior para el caso de faltas graves o reiteradas, puede de igual forma promoverlo cuando éste posea condiciones personales excepcionales..." (pág. 35).

Acoto, que la autoridad competente conforme al art. 7 de la ley 24.660 debe basar necesariamente su decisión de conformidad con los resultados de los estudios técnicos-criminológicos y que para la confección de esos resultados concurren profesionales de distintas disciplinas y de diversas áreas, tales vgr., los de Medicina, Educación, Laborterapia, Servicio Social, Psicología, etc., disciplinas humanistas y científicas que exceden, por su especialización, la formación de los hombres de derecho.

Por último, debo señalar el meduloso análisis que realiza sobre el particular, el Dr. José Daniel Cesano, en su obra "Los requisitos para la concesión de las salidas transitorias en la nueva Ley 24.660 y el principio de legalidad de la ejecución —a propósito de ciertos criterios jurisprudenciales—" (Marcos Lerner Editora, Córdoba) en pág. 20 y siguientes expresamente dice: "Al respecto, parece conveniente destacar que, es una competencia propia de la autoridad penitenciaria, la relativa a la promoción del interno a los distintos períodos que integran el régimen de pro-

gresividad. Lo dicho en último término es así por cuanto, es a la administración a quien le compete la 'conducción, el desarrollo y la supervisión del tratamiento penitenciario' (art. 10 ley 24.660). Por cierto que dicha atribución no es discrecional (se configura cuando la norma exige adoptar un juicio científico o técnico por parte de la Administración y comprende tanto las cuestiones relativas a las ciencias exactas como aquellas donde la norma exige aplicar cánones provenientes de ciencias no exactas —economía, sociología, etc—). En todo caso, se trataría de una 'discrecionalidad técnica' en atención a la función que, la misma ley, ha reservado, en este aspecto, a los gabinetes técnico-criminológicos (art. 13, letras "c" y "d" y art. 27). Lo que acabamos de afirmar, constituye una explicación de porqué, un sector de la jurisprudencia, ha limitado, en este punto, las funciones de los jueces que tienen a cargo la ejecución. Es que, en estos casos, en donde la administración resuelve teniendo a la vista un juicio técnico emitido por un órgano especializado, no puede decirse, sin más, que exista discrecionalidad frente a la ley, resultando *'prácticamente imposible la fiscalización de este tipo de actividad por un tribunal o jurisdicción revisora, ya que para ello habría de sustituir el punto de vista del organismo técnico que actuó por los criterios del propio Tribunal que, obviamente, no puede manejar más técnica que la jurídica'* (lo destacado no está en el original).

Por lo expuesto, este Ministerio Público Fiscal considera que V.E. no debe hacer lugar a la incorporación al período de prueba peticionado, no obstante lo dicho supra, no significa desconocer que, en algunos casos muy particulares, que resultan demostrativos de una clara extralimitación en las funciones técnicas asignadas (no es el caso de autos), el Tribunal no pueda (en rigor, deba) impugnar aquellos informes cuando fueren manifestamente arbitrarios.³⁶

³⁶ Cf. "Discrecionalidad administrativa y control judicial", I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, Ed. Civitas, Madrid, 1996, pág. 111 y ss.

Tenga V. E. por contestada la vista en tiempo y forma.
Dios guarde V.E.

Fiscalía General, 28 de noviembre de 2001 . Dr. Miguel Ángel F. Rizzotti (Fiscal General).

3. Fallo del Sr. Juez de Ejecución (Tribunal Oral Federal de Córdoba) en autos "Basconcello, Oscar A.; Oviedo, Mario; González, Alberto y otros p.s.a. Inf. ley 23.737, atentado y resistencia a la autoridad, disparo de armas de fuego y lesiones" (Expte. B-12/96).

Córdoba, 18 de diciembre de dos mil uno.

Y visto: Estos autos caratulados "Basconcello, Oscar A.; Oviedo, Mario; González, Alberto y otros p.s.a. Inf. ley 23.737, atentado y resistencia a la autoridad, disparo de armas de fuego y lesiones" (Expte. B-12/96), venidos a despacho a fin de resolver la impugnación efectuada por el condenado Mario Marcelo Oviedo y su defensa a la resolución administrativa del Servicio Penitenciario de denegarle la incorporación al mismo al período de prueba del tratamiento penitenciario conforme resolución n° 224/2001;

Y de los que resulta:

1) Que a fs. 2445/7 se agrega el escrito del interno Mario Marcelo Oviedo en el cual por su propio derecho incoo incidente de ejecución penal "apelando" la resolución del Servicio Penitenciario Provincial que le fuera notificado el día 11/10/01 que le niega la incorporación al "período de prueba", solicitando, asimismo, defensa técnica. Argumenta su impugnación en cuanto no encuentra razón por las cuales las Licencias del Área del Servicio Social han dictaminado que su cónyuge no cuestiona el estilo de vida criminógena del interno, refiriendo que no hay ninguna situación de hecho que avale tal dictamen, y si lo hubiese, debería haberse efectuado la denuncia criminal correspondiente o de lo contrario las im-

putaciones de las Psicólogas también merecen la correspondiente investigación en base a una falsa imputación.

II) Que habiéndose corrido traslado al Sr. Defensor Oficial, Dr. Marcelo Eduardo Arrieta, el mismo refiere a fs. 2475/2476: a) que la impugnación a la decisión administrativa de denegarle al condenado Mario Oviedo la incorporación al período de prueba del tratamiento penitenciario se encuentra dentro de las funciones jurisdiccionales de conformidad a lo previsto por los arts. 3 y 4 de la ley 24.660; b) que a la impugnación realizada por el condenado en su propio derecho nada agregará en cuanto, la misma, se encuentra debidamente fundada; c) que la resolución 224/2001 de la Dirección General de Técnica Penitenciaria y Criminológica del Servicio Penitenciario no se ajusta a la ley 24.660, en cuanto la decisión del Servicio Penitenciario Córdoba ha impuesto una obligación en cabeza de alguien extraño a todo este proceso —la esposa de su defendido— parafraseando el dictamen de la Lic. Baninetti de fs. 2461 donde se afirma "... por la vulnerabilidad de la Sra. Claudia Román que la relación con el interno Oviedo es de acompañamiento y afecto, dado que no cuestiona el estilo de vida criminógeno y sobre esto sólo explica 'es algo que pasó', por lo tanto no es un vínculo contenedor. Por todo lo anteriormente mencionado esta área de Servicio Social, no detecta una responsabilidad familiar adecuada por lo tanto no se hacen propuestas para un avance en la Progresividad del Régimen Penitenciario" (Ver dictamen de la Lic. Baninetti de fs. 2461). Esto a su vez fue recogido por la jefatura del Servicio Criminológico que dictaminó que corresponde revisar los aspectos internos y externos para prever factores de riesgos que comprometan la autodisciplina del interno. Así el Sr. Defensor cuestiona la obligación impuesta en la persona de la esposa de su defendido que nada tiene que ver con el proceso y por otro lado la contradicción que existe con los dictámenes favorables al interno Oviedo en su relación conyugal y su posición frente al delito, solicitando en definitiva se revoque la resolución administrativa y se disponga la promoción del interno Oviedo al período de prueba.

III) Que corrida vista al Sr. Fiscal General, el mismo a fs. 2478/9 refiere que no debe hacerse lugar a la impugnación interpuesta en contra de la Resolución n° 224/2001 de la Dirección General de Técnica Penitenciaria y Criminológica del Servicio Penitenciario en orden a que la misma ha sido dictada de acuerdo a derecho y de conformidad al espíritu y letra del art. 7 de la ley 24.660, que dispone que el condenado excepcionalmente, de acuerdo a los resultados de los estudios técnicos-criminológicos por resolución fundada de autoridad competente se podrá incorporar al condenado a otro período de tratamiento. Sobre el particular agrega que la autoridad competente para entender en la incorporación a otra fase del tratamiento no es la judicial sino la administrativa, citando autorizada doctrina que avala su dictamen (Laje Anaya y Cesano entre otros). Por último refiere que como la decisión de la autoridad administrativa debe basarse en informes técnicos resulta "prácticamente imposible la fiscalización de este tipo de actividad por un tribunal o jurisdicción revisora, ya que para ello habría de sustituir el punto de vista del organismo técnico que actuó por los criterios del propio Tribunal que obviamente, no puede manejar más técnica que la jurídica", no obstante reconoce la posibilidad de impugnación jurisdiccional en aquellos casos de arbitrariedad manifiesta".

Y considerando:

Que analizada la cuestión planteada debemos resolver si la resolución objetada es susceptible de ser revisada jurisdiccionalmente, en su caso el alcance de dicha revisión y si le asiste razón al impugnante.

Siguiendo el orden de análisis expuesto debemos considerar previamente que por medio de la resolución n° 224/01, la Directora General de Técnica Penitenciaria y Criminológica ha resuelto "No aprobar la incorporación a Período de Prueba del interno Oviedo, Mario Marcelo (Leg. n° 28.105)...", teniendo en cuenta el Acta del Consejo Correccional del Establecimiento Penitenciario n° 5 (Villa María) que propone la incorporación al período de prueba del interno Oviedo y el informe de la Jefatura del Servicio Criminológico que dictamina que el mencionado interno debe

continuar el proceso de tratamiento profundizando el análisis de los factores de vulnerabilidad para una mejor contención y preparación para su egreso.

Dicha resolución es susceptible de ser controlada judicialmente en orden a lo previsto por el art. 3 de la ley 24.660 que prescribe que "La ejecución de la pena privativa de la libertad, en todas sus modalidades estará sometida al permanente control judicial. El juez de ejecución o juez competente garantizará el cumplimiento de las normas constitucionales, los tratados internacionales ratificados por la República Argentina y los derechos de los condenados no afectados por la condena o por la ley" y lo previsto por el art. 4 inc. "a" de dicha Ley que dispone que será de competencia judicial durante la ejecución de la pena: "a) Resolver las cuestiones que se susciten cuando se considere vulnerado alguno de los derechos del condenado; ...".

Delimitado el marco legal, resulta evidente que el juez de ejecución tiene competencia para resolver la impugnación planteada.³⁷ Sentado ello, afirmamos, como bien surge de la norma, que dicha competencia se encuentra ceñida a discernir, ante la impugnación de las resoluciones administrativas penitenciarias, la vulneración a los derechos del interno.

En dicho contexto y adentrándonos al concreto no advertimos que haya existido vulneración de los derechos del interno. Si bien es cierto que la mayoría del Consejo Correccional del Establecimiento Penitenciario n° 5 (Villa María) propugnó la incorporación del interno Oviedo al Período de Prueba, la autoridad administrativa penitenciaria se apoyó en el informe de la Jefatura del Servicio Criminológico (ver fs. 2472) que a su vez se fundamenta en el informe del Área de Servicio Social (fs. 2461).

La circunstancia de que la resolución de la autoridad administrativa se sustente en un dictamen en minoría para no aprobar un avance del

³⁷ Cfr. Laje Anaya, Notas a la Ley Penitenciaria Nacional n° 24.660, Ed. Advocatus, Córdoba, 1997, págs. 23/29.

condenado en la fase del tratamiento penitenciario no significa sin más la vulneración de los derechos del interno, sino la aplicación de su propia autoridad prevista por el art. 7 de la ley 24.660 que, en tanto se mantenga dentro del ámbito de la discrecionalidad técnica, no merece reproche alguno.

En efecto, la Ley de ejecución penitenciaria nacional y la normativa provincial adecuada a aquella en el ámbito del Servicio Criminológico Córdoba (Ley 24.660, Ley Provincial 8812 y su reglamentación a través del decreto 1293) ha instituido, a los fines del cumplimiento de sus objetivos (lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad, por medio de la progresividad del tratamiento), diversos institutos (Servicio Criminológico, Consejo Correccional con sus respectivas áreas técnicas compuesta por profesionales del campo de la psiquiatría, psicología, asistencia social, medicina, ciencias sociales y educación) que obviamente pueden determinar, por sus específicos conocimientos, como lo sostiene el Sr. Fiscal General, la real importancia de aspectos que rodean al interno y su implicancia en el tratamiento penitenciario, tal como en el caso de marras se le asigna a la relación de la esposa del interno con el mismo y su vulnerabilidad a los fines de la contención del interno, que a simple vista del observador jurídico pueden resultar de acotada trascendencia pero que, a la luz de los conocimientos específicos de las áreas que lo producen y en el concreto, de las conclusiones coincidentes entre el Área del Servicio Social, el informe de la Jefatura del Servicio Criminológico y lo resuelto por la Directora General de Técnica Penitenciaria y Criminológica, adquieren diametral relevancia.

Así expuesto se advierte que no ha existido una vulneración en contra de los derechos del interno como podrían significar la inexistencia de informes de las áreas respectivas, o bien la falta de fundamentos de los mismos o dictámenes sin evaluaciones del interno, su ámbito y sus antece-