

Ejecuciones penales diferenciadas

Comentario a las Leyes N° 25.892, N° 25.948 y N° 26.813 de reformas a la ejecución penal en función del delito cometido

Diego Seitún

1. Introducción [\[arriba\]](#)

La reciente sanción de la ley 26.813[1] de reforma a la ley de ejecución penal, motiva el presente estudio que tiene por objeto analizar si a partir de diversas reformas operadas desde el año 2004, que culminan en la citada norma, debería hablarse de un sistema de ejecución penal diferenciada en función del delito cometido. Para ello, se plantearán tres casos en los que se introdujeron reformas legislativas en la ejecución de la pena, estableciendo sistemas de cumplimiento de la pena diversos en función del hecho motivo de la condena y se realizará un análisis crítico de su legitimidad. Por otro lado, interesa dejar planteados una serie de problemas que, sin duda, deberán afrontar los operadores jurídicos al momento de valorar la vigencia de las normas comentadas.

2. Las leyes modificatorias de la ejecución penal en función del delito cometido [\[arriba\]](#)

2.1) *La Ley N° 26.813. Régimen especial para la concesión de beneficios penitenciarios a delincuentes sexuales.*

A comienzos del corriente año 2013 se promulgó la ley 26.813, modificatoria de la ley 24.660, de ejecución penal. A grandes rasgos, la reforma comienza por establecer la creación de un equipo interdisciplinario, compuesto por profesionales especializados en la asistencia de personas condenadas por ciertos delitos contra la integridad sexual[2], que deberá funcionar en los establecimientos destinados a la ejecución de la pena privativa de la libertad.

La finalidad del equipo será la de una intervención especializada y adecuada a las necesidades del interno, con el fin de facilitar su reinserción social. Para ello, en primer lugar, se establece que al momento de analizarse la procedencia de un beneficio penitenciario -sea salidas transitorias, régimen de semilibertad, libertad condicional, detención domiciliaria, prisión discontinua o semidetención y libertad asistida-, a cualquier persona condenada por los delitos mencionados[3], antes de adoptar una decisión, el Juez de ejecución deberá requerir un informe de aquel equipo interdisciplinario.

Por otro lado, la norma prevé que en caso de concederse cualquiera de estos beneficios se exigirá la colocación de un dispositivo electrónico de control, los cuales sólo podrán ser dispensados por decisión judicial, previo informe de los órganos de control y del equipo interdisciplinario[4].

Asimismo, se prevé el derecho del condenado a proponer peritos de parte especialistas, que estarán facultados para presentar su propio informe y se establece que se notificará a la víctima o su representante legal que será escuchada, si desea hacer alguna manifestación[5].

2.2) *La Ley N° 25.948. Exclusión de beneficios penitenciarios a personas condenadas por ciertos delitos.*

En el año 2004, se promulgó la ley 25.948[6], modificatoria de la ley de ejecución penal, que tuvo por objeto establecer un catálogo de delitos que quedaban excluidos de la concesión de cualquier

beneficio penitenciario de los comprendidos en el período de prueba -es decir, ingreso en establecimientos abiertos, salidas transitorias régimen de semilibertad-, ni tampoco prisión discontinua o semidetención, ni libertad asistida[7].

No puede dejar de mencionarse que, unos años antes, en la Provincia de Buenos Aires, ya se había dictado una reforma similar a la ley local de ejecución penal, en la que se restringía la concesión de beneficios penitenciarios aunque con un catálogo de delitos más amplio[8].

2.3) La Ley N° 25.892. Exclusión de libertad condicional a personas condenadas por ciertos delitos.

En el mismo año 2004, se había sancionado la Ley N° 25.892[9] que reformó el art. 14 del Código Penal, previendo para los mismos delitos que la ley 25.948, la imposibilidad de concederse la libertad condicional.

2.4) Recapitulación. Ejecuciones penales diferenciadas.

Como puede verse de las reformas sintetizadas, podría decirse que existe en la actualidad un sistema de ejecución penal que difiere en función del delito cometido. En primer lugar, existe una ejecución penal general, previsto en la originaria ley de ejecución penal -24.660- que establece un catálogo de beneficios penitenciarios tendientes a asegurar el régimen de progresividad de la pena de prisión. En segundo lugar, se establece una ejecución penal diferenciada, para personas condenadas por ciertos delitos, en los cuales el legislador optó o bien por limitarles la posibilidad de concederles ciertos beneficios penitenciarios -ley 25.948-, o bien establecer un régimen especial individualizado y con un procedimiento distinto para su evaluación -ley 26.813-. Por último, se establece una variante que podríamos llamar de ejecución total, en la cual no se prevé ningún beneficio penitenciario, debiendo cumplirse la totalidad de la pena impuesta -ley 25.892-.

3. La política criminal detrás de las reformas analizadas [\[arriba\]](#)

A continuación analizaremos, brevemente, los fundamentos y antecedentes parlamentarios de cada una de estas normas para entender de un modo más perfecto la política criminal subyacente a cada una de ellas.

3.1. El mensaje de elevación del proyecto de ley que derivó en la Ley N° 26.813, a la Cámara de Diputados, comienza por advertir que la modificación “tiene como objetivo reducir la probabilidad de reincidencia y una adecuada inserción al medio social de las personas condenadas por delitos graves contra la integridad sexual”. Finalizan los fundamentos del proyecto advirtiendo que “se justifican estas medidas, ateniéndonos a las tasas de reincidencia que se registran en las personas que han cometido delitos contra la integridad sexual y a la gravedad que tienen estos hechos por los daños provocados a las víctimas, por ende es necesario adoptar este tipo de medidas de control”[10].

Por otro lado, durante el debate parlamentario, se advirtió que esta reforma guardaba relación con hechos resonantes ocurridos en los cuales el autor del delito contra la integridad sexual tenía condenas previas por delitos similares y estaba gozando del beneficio de salidas transitorias u otros beneficios penitenciarios[11].

3.2. Los antecedentes de la Ley N° 25.948, parten de dos proyectos similares elaborados por ambas Cámaras del Congreso de la Nación.

Los fundamentos del proyecto en el Senado refieren que hay ciertos delitos que evidencian en sus autores “un total desprecio de la vida de sus congéneres, que no los hace merecedores a este tipo de beneficios, limitando asimismo la posibilidad de su repitencia, al constreñirlos a cumplir en su totalidad la condena”[12]. Por su parte, el proyecto de la Cámara de Diputados, nació de dos iniciativas similares[13]. Se apuntaba a evitar que los condenados por delitos graves, en especial por los que se haya privado de vida a la víctima, obtengan beneficios propios del régimen progresivo de cumplimiento de la pena privativa de la libertad, que les permita abandonar la prisión antes de haber cumplido el tiempo de detención que exige el Código Penal para la obtención de la libertad condicional[14]. Se agrega también que el proyecto “encuentra su justificación en “la obligación de diseñar normas que permitan que quienes cometen delitos aberrantes o en su caso, los reiteran, sean excluidos del beneficio del cual actualmente gozan a través del sistema legal vigente, que resulta a todas claras permisivo”[15].

3.3. La Ley N° 25.892, por su parte, tuvo origen en dos proyectos de ley distintos.

El primero de ellos[16], específicamente previsto para delitos contra la integridad sexual preveía en sus fundamentos la necesidad de limitar la posibilidad de que quienes incurrían en este tipo de delitos, calificándolos como “estos individuos, a quienes, en muchos países adelantados, se los denomina predadores con una muy escasa tolerancia a la frustración, poseen una manifestada incapacidad de manejar sus impulsos instintivos, lo que los conduce a una incontenible compulsión a la repetición”. El segundo de los proyectos[17], era más amplio en el catálogo de delitos que excluía de la libertad condicional y estaba fundamentado en el problema de la inseguridad, argumentando que frente a la comisión de específicos delitos, se evidencia en sus autores “elementos de peligrosidad en su accionar, y/o que puede contar con una personalidad altamente peligrosa”.

3.4. La política criminal de la emergencia.

Como puede verse de los antecedentes legislativos anotados, todos ellos tienen como denominador común, la sucesión de hechos delictivos muy graves, en muchos de los cuales el autor del hecho debía haber estado detenido, cumpliendo una pena anterior impuesta. Del mismo modo, se mencionan niveles altos de inseguridad y riesgo social ante la proliferación de hechos violentos.

El marco apuntado obedece sin lugar a dudas a una reiterada característica de la política criminal contemporánea, consistente en el dictado de leyes penales simbólicas que, en muchos casos obedecen a hechos resonantes y de mucha repercusión pública. En este sentido, una característica observada como general en estos casos, que se repite en muchos sistemas jurídicos, es que la resonancia de los hechos provoca importantes cambios legislativos, originados en la presión popular que omite una discusión seria y provoca posturas favorables de los partidos gobernantes que temen comportarse en forma políticamente incorrecta. Se parte de la base de que el Estado no es capaz de controlar el problema del delito y ha perdido legitimidad en la toma de decisiones propia del monopolio de la fuerza penal que posee e, incluso, se llega a responsabilizarlo por algunos hechos[18]. Entonces, los legisladores obedecen ciegamente a la demanda popular y mediática, dando respuesta a los sentimientos vengativos con reformas de dudosa eficiencia pero extremadamente expresivas y, por ello, con apariencia de solución, en un fenómeno que ha sido denominado como de “orientación político-criminal hacia la representación mediática del fenómeno criminal”[19].

Otra nota destacada es la enorme influencia de las víctimas en esta política criminal simbólica y expresiva. Se observa la aparición de verdaderos movimientos o fundaciones creados para intentar impedir que se repitan hechos de tales características, liderados por los familiares de las víctimas,

y que generalmente llevan el nombre de una de ellas; sin fundamento intelectual o académico en sus discursos, pero con una legitimidad fuera de dudas por su carácter de víctima y por reflejar el cansancio social ante la delincuencia violenta[20]. De hecho en el debate parlamentario de la ley 26.813 pueden verse constantes referencias a los familiares de víctimas presentes en el recinto.

Gráficamente se afirma en doctrina que “quien hable en nombre de las víctimas habla en nombre de todos nosotros, o por lo menos así lo sostiene el nuevo decálogo político de las sociedades con altas tasas de delito. Las imágenes publicitadas de víctimas reales sirven como la metonimia personalizada, propia de la vida real -¡podría ser usted!-, de un problema de seguridad que se ha convertido en un rasgo definitorio de la cultura contemporánea”[21].

Los ejemplos de política criminal de emergencia, son muchos y siempre brutales. Es muy conocido el caso de las leyes de Megan (Megan’s Law), en Estados Unidos, con notorias similitudes a los casos argentinos citados por los senadores en el debate de la ley 26.813. Justamente, una de las ideas que expresaron los padres de Megan es que, si hubieran sabido que un ex delincuente sexual habitaba la zona, su hija estaría viva, ya que hubieran tomado otras medidas para asegurarla. Ello originó un importante movimiento, que provocó la creación del instituto de la notificación a la comunidad respecto de la liberación de personas condenadas por delitos contra la integridad sexual[22].

Como viene sosteniéndose, ante hechos desafortunados se señalan culpables sociales y se buscan soluciones que pueden llegar a ser simbólicas y en muchos casos ilegítimas, en tanto desproporcionadas, crueles o estigmatizadoras y en las que se eleva la idea de control por sobre todas las medidas posibles. Se trata de políticas criminales de emergencia que, en ocasiones, omiten todo análisis de idoneidad y se basan exclusivamente en las respuestas penales más duras, de pura comunicación o expresividad y poca verificación empírica.

Esto genera la necesidad de que, desde la doctrina, surjan estudios destinados a analizar cuidadosamente la legitimidad de los institutos que vayan siendo instalados desde el ámbito legislativo. En este sentido, son interesantes las palabras de Ragués y Vallès quien refiere que “a la academia le puede quedar el honroso papel de convertirse en la única oposición en un escenario político en el que la gran mayoría de decisiones sobre la criminalidad se adoptan con amplísimos consensos -cuando no unanimidad- entre unos partidos políticos temerosos de quedar atrás en la carrera por mostrar la máxima sensibilidad ante las crecientes demandas ciudadanas de protección y unos tribunales poco dispuestos a limitar el radio de acción del legislador”[23].

4. La teoría de la pena subyacente a las ejecuciones penales diferenciadas [\[arriba\]](#)

El contexto político-criminal que fundamenta la sanción de las normas penales analizadas es muy claro: se busca mediante el cumplimiento íntegro de la pena impuesta, retrasar en el sujeto cualquier eventual posibilidad de que vuelva a delinquir. Esto es muy evidente en las Leyes N° 25.892 y N° 25.948 en donde se establece que las personas condenadas por determinados delitos no podrán gozar de ninguna salida anticipada de prisión, hasta el cumplimiento total de la pena impuesta. Sin embargo, esta finalidad también subyace, aunque con menor evidencia, en la ley 26.813 en donde se establece un proceso específico para analizar la viabilidad de estos beneficios, incluyendo la intervención de un equipo especializado y la regla general de que al momento de concederse la salida deberá colocársele al condenado un dispositivo electrónico de control y, en el caso de salidas transitorias o semilibertad, la opción de ir acompañado de personal penitenciario.

De este modo, podemos sostener con seguridad que los objetivos buscados a través de las reformas analizadas, se enmarcan dentro de los postulados de la llamada teoría de la prevención general negativa o de la incapacitación[24].

El concepto de incapacitación, esbozado por la doctrina, no guarda mayores dificultades. Se sostiene así que es “el retiro (o remoción) de la comunidad, de un delincuente condenado, generalmente por intermedio del encarcelamiento, con el objeto de prevenir que cometa nuevos delitos”[25]; o bien que consiste en la idea de “apartar a un delincuente de la sociedad y de esta manera prevenirlo físicamente de cometer delitos”[26].

En definitiva, la incapacitación es una teoría de la pena basada, exclusivamente, en su efecto asegurativo e inocuizador. Si bien originalmente el efecto de aseguramiento estuvo pensado a través del encarcelamiento prolongado, en muchos casos tiende a ser buscado a través de mecanismos de control de la persona en libertad, sea a través de mecanismos electrónicos, químicos o impedimentos a su libertad ambulatoria. A raíz de este efecto inocuizador, se pregona que, mientras dure la pena o medida impuesta, el sujeto no podrá volver a delinquir o, al menos, sus posibilidades estarán disminuidas debido al control y seguimiento desplegado sobre el mismo.

Si bien la idea de apartar a una persona de la comunidad como medida preventiva es la forma más primitiva de defensa social, ejemplificado en la antigüedad con la pena de muerte y en el destierro, desde que Bentham hiciera hincapié en esta teoría hacia el año 1802[27], transcurrieron cerca de dos siglos hasta que volvió a debatirse sobre la incapacitación. Por su parte, en la tradición europea continental, los conceptos de peligrosidad, habitualidad o incorregibilidad, fueron invocados por autores como Cesare Lombroso o Franz von Liszt, hacia fines del el siglo XIX, en una línea de pura incapacitación que fue luego llevada al extremo por algunos regímenes totalitarios en la primera mitad del siglo siguiente. Esto generó que los penalistas de la segunda mitad del siglo XX estuvieran muy abocados a la búsqueda de límites político-criminales, ante los abusos que se habían cometido -y se seguían incluso cometiendo en España y muchos países de sudamericanos-[28].

Sin embargo ello no es obstáculo para que en los últimos años puedan encontrarse numerosos ejemplos de retornos a la incapacitación[29]. El primer problema a plantear será sobre la incompatibilidad que pueda haber de los diversos ejemplos legislativos con inspiración inocuizadora, con la finalidad pregonada por la ley de ejecución penal.

5. Análisis de legitimidad del sistema de ejecuciones penales diferenciadas [\[arriba\]](#)

Al momento de analizar la legitimidad de las reformas penales anotadas, debe partirse, como se adelantó en el punto anterior, de la consideración de que el sistema de ejecuciones penales diferenciadas encuentra fundamento en la teoría de la prevención especial negativa y la incompatibilidad que ello pueda tener con los fines previstos expresamente por la ley de ejecución penal.

En efecto, tal como se sostiene en el plano normativo, la finalidad esencial de la ejecución de la pena es la resocialización de la persona (artículo 5,6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 1° de la Ley Nacional 24.660).

Por otra parte, dicho objetivo se ve plasmado en el régimen de progresividad previsto en la ley de ejecución, herramienta fundamental de aquel, “cuya razón de ser radica en el “avance” del interno en un tránsito pausado, continuo, desde los establecimientos cerrados a los abiertos, desde la seguridad a la autodisciplina, atravesando distintos períodos sucesivos donde las medidas restrictivas de la libertad van disminuyendo a fin de “preparar” al condenado para que el regreso al medio libre no sea brusco sino gradual”[30].

El régimen de progresividad previsto en la ley de ejecución penal, está compuesto por tres etapas: observación, tratamiento y prueba. En esta última etapa se incluyen los diversos beneficios penitenciarios que suponen la recuperación progresiva de la libertad. Sin embargo, las reformas analizadas restringen todo tipo de beneficios para ciertos delitos y los limitan para otros.

De este modo, el primer interrogante al momento de analizar la legitimidad de estas normas, que impiden la progresividad de la ejecución penal (en concreto las Leyes N° 25.892 y N° 25.948), será entonces analizar si esa evidente incompatibilidad con el mandato de resocialización resultará suficiente para declarar su inconstitucionalidad.

Sin dudas esta objeción será difícil de salvar, ya que existen normas con jerarquía constitucional que establecen que la ejecución de la pena privativa de la libertad debe tender a la resocialización del condenado. De aquí que -como se dijo- el cumplimiento de la pena gire en torno a un sistema de progresividad que responda a este mandato. En este sentido, bien puede sostenerse que los institutos de salidas transitorias y libertad condicional tienen fundamento constitucional, ya que son herramientas de reinserción social. En virtud de ello, la introducción de excepciones a la progresividad, fundadas en la idea de inocuizar a la persona para que no salga de la prisión hasta el último día del cumplimiento de su pena -que puede ser nunca- no guardan ninguna relación con aquella finalidad mandada por la propia Constitución nacional. De aquí que pareciera que el camino elegido por el legislador, no sea sistemáticamente adecuado.

Debe advertirse que no es posible encontrar aún demasiada jurisprudencia nacional sobre la constitucionalidad de las Leyes N° 25.948 y N° 25.892, principalmente desde que se ha remarcado en forma contundente la imposibilidad de aplicarla en forma retroactiva[31]. De este modo, únicamente comenzará a apreciarse cuando quienes cometieron un delito de los allí catalogados, a partir de 2004, se encuentre en condiciones temporales de solicitar salidas transitorias u otros beneficios penitenciarios. Sin embargo, pueden verse algunos precedentes, en el orden provincial -en donde el catálogo de delitos es más amplio y mayor también la vigencia de las normas locales-, que han tenido ya oportunidad de expedirse sobre la legitimidad de las normas y han declarado la inconstitucionalidad de las reformas, considerando que la restricción de beneficios penitenciarios, en función del delito cometido, violaba la constitución nacional, en tanto ésta determina que la ejecución de la pena debe tender a la resocialización del condenado[32].

Un nuevo interrogante en el análisis de legitimidad puede encontrarse en que, en el caso de la Ley N° 25.891, pueden presentarse casos de penas verdaderamente perpetuas, hasta la muerte del condenado en la cárcel, ya que ante un supuesto de haberse impuesto esa sanción por uno de los delitos alistados en el art. 14 del CP o art. 56 bis de la ley 24.660, no habrá posibilidad alguna de salida anticipada. Teniendo en cuenta que esta norma fue sancionada en 2004 y que su aplicación retroactiva ha sido ampliamente descartada, como ya se vio, hasta el momento no se han encontrado precedentes jurisprudenciales que hayan analizado su legitimidad (ello es lógico dado que para que cualquier caso cometido en aquel año, esté en condiciones de acceder a beneficios penitenciarios, debería transcurrir un mínimo de quince años en prisión -art. 17.I.b Ley N° 24.660- por lo que recién comenzarán a verse a partir de 2019).

Sin embargo, puede traerse al análisis alguna jurisprudencia sobre casos de prisión perpetua a reincidentes, en donde se ha alertado sobre la necesidad de fijar límites temporales en función de la escala penal máximas autorizada por el Código Penal, para garantizar que la persona no muera en la cárcel[33]. Esta solución parece razonable aunque desde ya presupondrá la declaración de inconstitucionalidad del art. 14 del CP. Viene al caso lo sostenido por un voto disidente del Dr. Zaffaroni, quien sostuvo, en un caso en el que se analizaba la legitimidad del máximo de la pena temporal de prisión: “Si las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad la reforma y la readaptación social de los condenados (art. 51, 6 de la Convención

Americana de Derechos Humanos y análogo art. 10, 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), no es posible entender qué posibilidad de readaptación social puede tener una persona si en la mayoría de los casos al término de la pena ya no será persona por efecto de la muerte o, incluso en los excepcionales casos en que tal evento no se produzca, se reincorporará a la vida libre cuando haya superado la etapa laboral, además de cargar con la incapacidad del deterioro inocuizante de semejante institucionalización”[34].

Es interesante, por otro lado, analizar la legitimidad de estas normas a partir de la restricción a la libertad condicional que se prevé para los condenados reincidentes, en el art. 14 del CP. Nótese que en este caso la Corte Suprema ha sostenido la constitucionalidad de la norma, afirmando que “la garantía constitucional de la igualdad no impide que las leyes contemplen de manera distinta situaciones que consideren diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria, ni configure una ilegítima persecución, o indebido privilegio a personas o grupos de personas aunque su fundamento sea opinable”; agregándose que “el distinto tratamiento dado por la ley a aquellas personas que, en los términos del artículo 50 del Código Penal, cometen un nuevo delito, respecto de aquellas que no exteriorizan esa persistencia delictiva, se justifica, precisamente, por el aludido desprecio hacia la pena que les ha sido impuesta”[35].

Sin embargo, creería que en este caso, la cuestión no es la misma que la de las ejecuciones penales diferenciadas, ya que existe en la declaración de reincidencia un fundamento de mayor reproche a quien ofende reiteradamente bienes jurídicos a pesar de haber sido previamente condenado. Por el contrario, en el caso de las Leyes N° 25.892 y N° 25.948 el fundamento no podrá encontrarse en un mayor reproche a la persistencia delictiva sino más bien en la lisa y llana incapacitación del sujeto por el delito cometido y el peligro -en términos de probabilidad de reiteración delictiva- que se presume de aquél. En este sentido, parece más difícil que esta reforma supere el análisis de la igualdad, como garantía constitucional a proteger. Ello en la medida en que el trato diferenciado de las personas que delinquen encuentra ya eco legítimo en el mayor o menor reproche que se les hace desde la escala penal prevista por el legislador en función del delito cometido y con apego al principio de culpabilidad. Ahora bien, suponer que la comisión de un delito en particular, más allá del mayor o menor reproche que le pueda caber desde la pena prevista, incluya además una ejecución penal diferenciada y más estricta, con fundamento en la necesidad de retrasar lo máximo posible las posibilidades de reiteración delictiva que se le adjudican, parece sinceramente difícil de legitimar como criterio razonable y objetivo de diferenciación que no merezca la tacha de irrazonabilidad[36].

No puede perderse de vista, en este sentido, que la ejecución penal diferenciada puede suponer la alteración de la pena misma. Ello será difícil de tolerar dado que, como se viene diciendo, el reproche penal sólo puede encontrar reflejo en la escala sancionatoria prevista. Gráficamente lo advierte Zaffaroni cuando sostiene que “así como Beethoven ejecutado por un virtuoso no es lo mismo que ejecutado por un principiante, dos penas que se ejecutan de diferente modo son dos penas diferentes”[37].

Aquí cabe traer también lo dicho por la Corte Suprema en el conocido precedente “Nápoli[38]”. Debe recordarse que aquí se analizó la legitimidad de la Ley N° 24.410, que había establecido que el delito previsto en el art. 139 bis del CP quedaba excluido del régimen general de excarcelación. Es decir que el legislador había previsto un régimen de ni libertad durante el proceso, en función de la naturaleza del delito cometido. En este caso, la Corte estableció que el legislador tiene la facultad de protección de bienes jurídicos “mediante el aumento o disminución de la escala penal en los casos en que lo estime pertinente”, no siendo legítimo agravar la ley sustantiva a partir de modificaciones al régimen de libertad durante el proceso, motivado “en el reproche o en la repulsa social de ciertas conductas -por más aberrantes que puedan ser- como remedio tendiente

a combatir el auge de determinada delincuencia ante la necesidad de mayor protección de determinados bienes jurídicos”.

Finalmente, pareciera que el análisis de la ley 26.813 si bien establece un caso de ejecución penal diferenciada, en función del delito cometido, no llegaría a configurarse un supuesto de inconstitucionalidad. Ello en la medida en que, no se trata de verdaderas restricciones al sistema de progresividad de la ejecución de la pena, sino más bien de la introducción de un procedimiento diverso al momento de analizar su viabilidad. En tal sentido, la norma no prohíbe la concesión de beneficios penitenciarios a las personas condenadas por los delitos allí previstos sino, más bien, un régimen diverso, con intervención de un equipo interdisciplinario y con un mayor control de la persona que egresa.

6. Conclusiones [\[arriba\]](#)

A lo largo del presente trabajo hemos podido observar que, mediante la sanción de las Leyes N° 25.892, N° 25.948 y N° 26.813, el legislador ha establecido un sistema de ejecución penal diferenciada en función del delito cometido.

En efecto, para una serie de delitos que allí se establecen, se limita la posibilidad de acceder a cualquier tipo de beneficio penitenciario de egreso transitorio, previo al cumplimiento total de la pena impuesta. Por otro lado, para otros delitos contra la integridad sexual, se crea un procedimiento específico para la concesión de aquellos beneficios y la exigencia de implementar sistemas electrónicos de control en caso de concesión de los mismos.

La finalidad buscada por el legislador en ambos casos es clara: la inocuización del condenado, retrasando y controlando lo máximo posible la recuperación de la libertad para evitar así las posibilidades de reincidencia que se le atribuyen.

Hemos analizado la dificultad de compatibilizar la restricción total de beneficios penitenciarios con los principios constitucionales de resocialización en la ejecución de la pena y de igualdad. También hemos considerado que el legislador, mediante estas reformas ha modificado algo más que la ejecución de la pena, dando pie a una pena esencialmente distinta y más gravosa.

Quizá el principal problema de legitimidad que encuentren las reformas analizadas para por el recurso a criterios de peligrosidad en el análisis de la pena, siendo ello contrario a la barrera que impone el principio de culpabilidad. En este sentido, cualquier referencia a pronósticos de peligrosidad pertenece al esquema de consecuencias penales propio de las medidas de seguridad y no de las penas o su ejecución. Por lo tanto, y sin analizar aquí la legitimidad que este enfoque podría tener, sería más correcto analizar restricciones a la libertad de los condenados por determinados delitos, a partir de medidas de seguridad que coherentemente se funden en ese pronóstico de peligrosidad como por ejemplo la libertad vigilada, implementada en España en el año 2010[39].

Habrá que esperar las reacciones de la jurisprudencia nacional al respecto, cuando los condenados por hechos cometidos a partir del año 2004, comiencen a solicitar la aplicación de beneficios penitenciarios. En la Provincia de Buenos Aires, teniendo en cuenta la mayor vigencia de las restricciones, han aparecido ya diversos fallos que han invalidado esta clase de impedimentos.

No parece que tendrá la misma respuesta el caso de la ley 26.813 ya que, a pesar de su contexto inocuizador, la norma resulta compatible con el mandato de resocialización en la ejecución de la pena, en la medida en que tiende a aportar herramientas de asistencia especializada en

determinados casos y teniendo en cuenta que no prohíbe la concesión de los beneficios, sino que impone reglas propias a su otorgamiento.

[1] BO 16/01/2013.

[2] En concreto los previstos en los artículos 119, segundo y tercer párrafo, 120, 124 y 125 del Código Penal.

[3] Con excepción del delito de violación seguido de muerte (art. 124 CP), que como se verá en los puntos siguientes, tiene un régimen específico de exclusión de beneficios penitenciarios y libertad condicional. De hecho en el proyecto de reforma se había pasado por alto esta exclusión y el error fue corregido en la Cámara de Senadores (véase la exposición del Senador Guastavino en el Debate Parlamentario).

[4] En el caso de las salidas transitorias y el régimen de semilibertad, se establece la opción del dispositivo electrónico o el acompañamiento de un empleado.

[5] Para un mejor análisis de la norma, véase el trabajo de Mario Rodrigo Morabito, “Los delitos contra la integridad sexual y su abordaje en la ejecución penal: nuevo régimen legal”, en Revista de Derecho Penal y Criminología, LL, 2013-3, pp. 203-211.

[6] BO 12/11/2004. Véase el artículo de Inés Cantisani -“Ejecución de la pena privativa de la libertad: incorporación del artículo 56 bis de la ley 24.660 (modificaciones introducidas por la ley 25.948)” en Donna (Dir) Reformas penales actualizadas, Rubinzal Culzoni, Bs. AS. 2006, pp. 511/517, para un análisis de la norma.

[7] En concreto los delitos excluidos son los previstos en los arts. 80, inc. 7°, 124, 142 bis, antepenúltimo párrafo, 165, 170, antepenúltimo párrafo del Código Penal.

[8] Ley 12.543, BO 14/12/2000 y Ley 13.177, BO 20/04/2004, que modificaron sucesivamente el art. 100 de la ley 12.256. El hecho de que la Provincia de Buenos Aires haya tomado la iniciativa en el año 2000 ha generado, además, que ya puedan encontrarse precedentes jurisprudenciales que den cuenta de su legitimidad, lo que no sucede en el orden nacional todavía, tal como se verá más adelante.

[9] BO 26/05/2004. Véase el artículo de Javier De la Fuente y de Mariana Salduna -“Ejecución penal. Reforma de los artículos 13, 14 y 15 del Código Penal” en Donna (Coord) Reformas penales, Rubinzal Culzoni, Bs. AS. 2004, pp. 27/42, para un análisis de la norma.

[10] LL, Antecedentes Parlamentarios Abril 2013, n° 3, pp. 20/21. El proyecto de ley fue iniciado en la Cámara de Diputados con el número 0926-D-2011, presentado por los Diputados Conti, Gil Lozano, Vega, Dutto, Kunkel, Gambaro y Comelli.

[11] Exposición del Senador Guastavino (ob. cit. pp. 35/36). En concreto se refirió al caso de Soledad Bargna, asesinada el 22/05/2009 por una persona con condenas anteriores por delitos contra la integridad sexual. De hecho existe una ONG fundada por los familiares de Bargna en la que se afirma que “En 2012 logramos la modificación de la Ley 24.660 (de Pena Privativa de la Libertad) para condenados por delitos sexuales” (www.construyendojusticia.com; última visita 04/06/2013). Este hecho fue además utilizado como fundamento para pedir el juicio político del Juez de Ejecución Penal que había concedido el beneficio. Durante el debate también se hicieron referencias a casos similares sufridos por Tatiana Kolodziej (violada y asesinada en Chaco en 2012, presuntamente por una persona con antecedentes por delitos similares que gozaba de libertad condicional); Sofía Viale (violada y asesinada en La Pampa en 2012 presuntamente por una persona con condenas similares y que gozaba de libertad asistida); y Carla Figueroa (asesinada en 2011 en La Pampa, por una persona que la había violado previamente y con quien se había casado aplicándose la figura del avenimiento, que luego fuera derogada, en marzo de 2012, a partir de este hecho).

- [12] Proyecto firmado por los senadores Bussi y Pinchetti (Expediente S-873/04).
- [13] Proyecto del diputado Casanovas (Expediente 5745-D-2003) y proyecto de los diputados Ruckauf, Chiacchio, Rubini y Tulio (Expediente 6132-D-03).
- [14] Fundamentos del proyecto de Casanovas (5745-D-03). Debe agregarse que, junto a Ruckauf, ya habían promovido y sancionado idéntica restricción de beneficios penitenciarios a los condenados por estos delitos, en la Provincia de Buenos Aires, en especial a partir de un violento hecho ocurrido en marzo de 2000, en el que uno de sus autores se encontraba gozando de salidas transitorias. En aquella oportunidad escribimos unas notas al respecto en el sitio www.diariojudicial.com.ar de fechas 09/03/2000 (“A propósito de la ejecución penal”), 17/05/2000 (“Nuevamente sobre la ejecución penal”) y 07/01/2001 (“Las salidas transitorias en la ley de ejecución penal bonaerense”).
- [15] Fundamentos del proyecto de Ruckauf (6132-D-03).
- [16] Presentado por los Senadores Bussi y Pinchetti, Expediente S-40/04 de la Cámara de Senadores.
- [17] Presentado por el Senador Pichetto, Expediente S-793/04 de la Cámara de Senadores.
- [18] Cfr. anderson, David C.; *Crime & the politics of hysteria. How the Willie Horton Story changed American justice*, New York 1995, p. 11.
- [19] Véase, Sánchez Lázaro, Fernando G., “Alarma social y Derecho penal”, *InDret* (1) 2009, p. 3 y también garland, David, *La Cultura del Control. Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea*, (trad. de Máximo Sozzo), Barcelona 2005, pp. 42-44.
- [20] Véase a título de ejemplo la Fundación Polly Klass <http://www.pollyklaas.org/> y también <http://www.klaaskids.org> (última visita 05/06/2013). En Argentina, sucedió algo similar con el secuestro y asesinato de Axel Blumberg que generó la creación de la Fundación que llevó su nombre y erigió a su padre como portavoz de un importante movimiento que incluyó marchas multitudinarias e importantes modificaciones legislativas. Véase también la influencia de la Asociación Madres del Dolor <http://www.madresdeldolor.org.ar> (última visita 05/06/2013) y la ya citada ONG Construyendo Justicia.
- [21] garland, *La Cultura del Control*, p. 46.
- [22] Véase <http://www.megannicolekankafoundation.org>, que en la primera página comienza con la leyenda que “cada padre tiene derecho a saber si un depredador sexual peligroso se mueve en su vecindario” (última visita 05/06/2013).
- [23] Ragués i vallès, Ramón, “El “Derecho penal del enemigo” en La expansión del Derecho penal”, en Robles Planas, Ricardo y Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Pablo (coord.), *La crisis del Derecho penal contemporáneo*, Barcelona 2010, p. 102.
- [24] Ya lo había notado Federico Weinstein en Ley 12.256 de ejecución penal bonaerense, Omar Favale Ed. Jurídicas, Bs. As. 2006, p. 147 con cita de un trabajo de Leonardo Celsi y Gabriel Bombini. También lo ha remarcado la jurisprudencia, así el Tribunal de Casación Penal de la Prov. De Bs. As., Sala III, causa 15.324 de 13/09/2012.
- [25] blumstein, Alfred (ed) *Criminal Careers and Career Criminals*, Vol. I, p. 15, Washington 1986.
- [26] zimring, Franklin E. y hawkins, Gordon, *Incapacitation: penal confinement and the restraint of crime*, p. 18, New York, 1995.
- [27] bentham, Jeremy, *Panopticon versus New South Wales or the panopticon penitentiary system and the penal colonization system compared*, Westminster 1802 ; en Browning, John (ed) *The works of Jeremy Bentham*, t. IV, Edimburgo 1843, p. 174.
- [28] Ragués i vallès, Ramón, “El “Derecho penal del enemigo” en La expansión del Derecho penal, Robles/Sánchez Ostiz (coords), p. 100, Barcelona 2010. Es interesante la reflexión del autor sobre las causas del amplio rechazo que suelen acarrear las propuestas doctrinales ligadas al llamado Derecho penal del enemigo en España y países iberoamericanos, por la mayor cercanía de éstos con los regímenes totalitarios que gobernaron durante gran parte de la segunda mitad del siglo XX, lo que no sucedió por ejemplo en Estados Unidos. En este sentido, marca el autor, el tradicional movimiento pendular de la política criminal (entre la maximización de garantías o de seguridad), producirá probablemente que, en los próximos años (y como ya ha comenzado a notarse) vayan ganando peso en el debate académico consideraciones de tipo preventivas.

- [29] Cfr. silva sanchez, Jesús María Política Criminal y Persona, Bs. As. 2000, pp. 19-20 y 91-110.
- [30] De la Fuente/Salduna, ob. cit. p. 32.
- [31] CNCP, Sala I, causa 12.551, de 14/04/2010, “Vega, Heriberto s/ rec de casación”; Sala II, causa 11.846, “Cuello, Walter s/ rec. de casación”, de 09/06/2011 (voto del Dr. Yacobucci); y Sala III, causa 13.833, de 30/09/2011, “Leites, Roberto s/ rec de casación”. Véase también Tribunal de Casación Penal de la Prov. de Bs. As., Sala I, causa 23.055, de 26/09/2006.
- [32] A título de ejemplo, Juzgado de Ejecución Penal n° 2 de La Plata, causa 2835, de 26/08/2010, “F., Carlos Alberto s/ Legajo de Ejecución”; Tribunal de Casación Penal de la Prov. De Bs. As., Sala I, causa 43.933, de 15/07/2011 y Sala III, causa 15.324 de 13/09/2012; y Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Mar del Plata, Sala I, de 08/08/2012, causa 21.805. Por su parte, ha negado la inconstitucionalidad, por mayoría, la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, Sala III, de 27/12/2012, LLLitoral 2013 (abril), p. 339.
- [33] CNCP, Sala II, causa 13.924, “Montiel, Alejandro s/ rec. de casación”, de 26/10/2012. En este caso, el Juez de Ejecución había fijado el límite en 37 años y 6 meses de prisión, considerando que ésta era la pena máxima posible en función de lo dispuesto por el art. 227 ter del CP. Sin embargo, el criterio fue revocado por los Dres. Slokar y Ledesma, quienes fijaron el límite en 25 años (considerando que era este el límite histórico repuesto por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional para delitos de Derecho penal internacional -Ley 26200-), mientras que la Dra. Figueroa lo analizó a partir del art. 53 del CP y estableció que el límite debía fijarse a partir de lo allí dispuesto para los casos de multirreincidencia.
- [34] CSJN de 08/06/2010, “Estévez, Cristian s/ robo calificado”, Fallos 333:866.
- [35] CSJN de 16/08/1988, “L´Eveque, Ramón s/ Robo”; Fallos 311:1451. No desconozco el voto en disidencia que ha desarrollado el ministro Zaffaroni en la integración actual de la Corte Suprema en el caso, G. 506. XLVII, “Gomez, Humberto” de 05/02/2013 sosteniendo la inconstitucionalidad de la reincidencia como agravante y también del art. 14 CP (la mayoría rechazó el recurso extraordinario en función del art. 280 CPCCN).
- [36] Cfr. Fallos 302:484, 313:1638 -considerando 11 del voto de Belluscio- y 321:3630.
- [37] CSJN, G. 506. XLVII, “Gomez, Humberto” de 05/02/2013, voto en disidencia, considerando 19°.
- [38] CSJN de 22/12/1998, “Nápoli, Erika s/ infracción art. 139 bis del CP”, Fallos 321:3630.
- [39] Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio de 2010, BOE del 23/06/2010.