RIDAA
Repositorio Institucional
Digital de Acceso Abierto de la
Universidad Nacional de Quilmes

Universidad
Nacional
de Quilmes

Ghiglione, María Celina

Cómputo de pena ilícita en el proceso de ejecución penal. El incidente de revisión de pena como mecanismo procesal aplicable en resguardo del art. 5. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Argentina.
Atribución - No Comercial - Sin Obra Derivada 2.5
https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/ar/

Documento descargado de RIDAA-UNQ Repositorio Institucional Digital de Acceso Abierto de la Universidad Nacional de Quilmes de la Universidad Nacional de Quilmes

Cita recomendada:
Ghiglione, M. C. (2022). Cómputo de pena ilícita en el proceso de ejecución penal. El incidente de revisión de pena como mecanismo procesal aplicable en resguardo del art. 5. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Trabajo final integrador). Universidad Nacional de Quilmes, Bernal, Argentina. Disponible en RIDAA-UNQ Repositorio Institucional Digital de Acceso Abierto de la Universidad Nacional de Quilmes http://ridaa.unq.edu.ar/handle/20.500.11807/3596

Puede encontrar éste y otros documentos en: https://ridaa.unq.edu.ar

Universidad Nacional de Quilmes
Roque Sáenz Peña 352 // Bernal
Buenos Aires // Argentina
t.: (+41 11) 4365 7100
f.: (+54 11) 4365 7101
info@unq.edu.ar

María Celina Ghiglione, Repositorio Institucional Digital de Acceso Abierto,
Septiembre de 2020, pp. 57,
http://ridaa.unq.edu.ar,
Universidad Nacional de Quilmes, Secretaría de Posgrado,
Especialización en Criminología

Cómputo de pena ilícita en el proceso de ejecución penal. El incidente de revisión de pena como mecanismo procesal aplicable en resguardo del art. 5. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Trabajo final integrador

María Celina Ghiglione

celinag86@hotmail.com

Resumen

El artículo 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) establece que “Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

Sin embargo, las penas se suelen ejecutar en condiciones que llevan al incumplimiento de dicha manda, provocando una modificación más gravosa de la pena determinada judicialmente. De este modo, la creación de un incidente de revisión de pena que recuantifique la sanción, corrigiendo y reparando aquel exceso de castigo arbitrario aplicado, permitiría resguardar la declaración convencional citada, y restaurar su legalidad.

TRABAJO INTEGRADOR FINAL.

Nombre carrera: Especialización en Criminología.

Título: Cómputo de pena ilícita en el proceso de ejecución penal.

Subtítulo: El incidente de revisión de pena como mecanismo procesal aplicable en resguardo del art. 5. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Nombre del alumno: María Celina Ghiglione.

Nombre del director de T.F.I.: Pablo Andrés Vacani.

1. Índice

2) Introducción

a) Modalidad de trabajo elegida. El Proyecto de Innovación ..... Pág. 4.

b) El problema de investigación…….…..Pág. 6.

c) Definición del contexto que da origen al proyecto y justificación de su relevancia en relación con el mismo. …….....Pág. 12.

d) El aporte de la jurisprudencia……..... Pág.18.

I - Corte Interamericana de Derechos Humanos……Pág.18.

II - Corte Suprema de Justicia de la Nación……Pág.19.

III - Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires……..Pág.19.

V - Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional……..Pág.22.

V- Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional de la Ciudad de Bs. As…Pág.23.

3) Objetivos

- Objetivo general……Pág.23.

- Objetivos específicos. ……...……Pág.24.

4) El recorte temporo espacial..…….…..…..……Pág.24.

5) Plan Metodológico…….…… Pág.24

6) Abordando la pena desde el abolicionismo…….……Pág.25.

7) **Los aspectos cualitativos del encierro y el Incidente de Revisión de Pena** Pág.30.

8) **Reflexiones finales**…….Pág.49.

9) **Referencias bibliográficas**…….Pág.54.

2. Introducción.

a) Modalidad de trabajo elegida. El Proyecto de Innovación.

Dentro de las respuestas estatales previstas luego de acreditarse la comisión de un delito se encuentra la pena de prisión, la más severa que se puede aplicar en el territorio argentino, en que las penas de reclusión[1] y de muerte han sido derogadas. La detención carcelaria es una sanción aflictiva, como ha dicho Ferrajoli, una segunda violencia que se añade a la violencia propia del delito[2] y en la que se habilita – al menos en el aspecto legal – la privación de la libertad por un tiempo determinado. El monto temporal de dicho castigo es establecido primero por el legislador y luego por el juez, en proporción a la gravedad del delito y la culpabilidad demostrada por el autor, quedando reconocidos al penado todos los demás derechos universales e inviolables que le son inherentes en tanto ser humano.

A la pena privativa de libertad – que posee restricciones inherentes, las que no se cuestionan formalmente[3]- se suelen integrar otros suplementos punitivos que el presente trabajo propone significar legalmente, a fin de reconocer todo el dolor y el sufrimiento que "ha desaparecido de los libros de texto y de las designaciones usuales; pero, como es natural, no ha desaparecido de la experiencia de los penados."[4]

---

[1] Señaló la Corte Suprema de Justicia de la Nación "…la pena de reclusión debe considerarse virtualmente derogada por la ley 24.660 de ejecución penal puesto que no existen diferencias en su ejecución con la de prisión, de modo tal que cada día de prisión preventiva debe computarse como un día de prisión, aunque ésta sea impuesta con el nombre de reclusión." (C.S.J.N. "Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de Nancy Noemí Méndez en la causa Méndez, Nancy Noemí s/ homicidio atenuado. Causa n°862C" Sentencia del 22 de febrero de 2005.)

[2] Ferrajoli L., "*Epilogo: Jurisdicción y ejecución penal. La cárcel: una contradicción institucional"* en Garcia Borés Espí, J. y Rivera Beiras, I., "La cárcel dispar" Barcelona, Ediciones Bellaterra, 2016, pág. 330

[3] Medina Villarreal, S. *"Estándares en materia de condiciones de detención y uso de la fuerza en el control de lugares de detención"* en Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano, Revista CEJIL, Año II Número 3, septiembre de 2007, pág. 70/79

[4] Christie, N. *"Los límites del dolor."* México. Ed. Fondo de Cultura Económica, 1984, pág 21.

El problema resulta que el castigo ha logrado diferenciarse de su concreta ejecución y, para ello, su regulación-límite se reduce a un tiempo aritmético, previsible y calculable en forma lineal. El objeto de esa medida no es el castigo aplicado sino el definido en forma abstracta.

La medida cualitativa del tiempo de prisión rompe con esa lógica y propone cambiar el concepto de tiempo cronológico por el de tiempo existencial. Ello asumiendo el desafío de examinar el contenido del trato punitivo y asignar un valor cuantificable y compensable en la pena a todos aquellos tratos que vulneren otros derechos protegidos distintos al objeto de aquella medida penal[5]. Por ello, en pos de equiparar la cárcel real con la legal, y establecer durante su ejecución la plena operatividad de los principios que rigen todo el procedimiento penal, se propone un instrumento procesal tendiente a regular la ejecución de penas prohibidas durante el proceso de ejecución penal.

Teniendo en miras realizar una crítica que aporte una perspectiva transformadora, se ha seleccionado la modalidad de proyecto de innovación y en este se procurará, en primer lugar, realizar un diagnóstico básico respecto de los datos estadísticos de las actuales políticas condenatorias sujetas a formas de encarcelamiento masivo y cualitativamente más gravoso. Para justificar el carácter práctico y generalizado de la propuesta, se analizará el modo en que se cumple la pena de prisión en el territorio de la Provincia de Buenos Aires, tomando como indicador la provincia con más población carcelaria y número de cárceles en nuestro país.

Luego, se examinarán un gran número de variables que, por su impacto en la humanidad de la persona detenida, puedan mutar la forma en que transcurre el tiempo de encierro y alterar el marco en que se había previsto su desarrollo.

Por último, se propondrá la implementación de una acción de revisión de pena como mecanismo procesal tendiente a depurar en forma mensurable su contenido

---

[5] Vacani, P.A., *La cantidad de pena en el tiempo de prisión*. *Sistema de la medida cualitativa.* Tomo I: Prisión Preventiva, Ad Hoc, Buenos Aires, 2015, entre otros trabajos.

aflictivo y de ese modo traducir cuantitativamente esa pena ilícita en el proceso de ejecución penal.

Mediante la formación de un incidente de revisión de pena se pretende mensurar en el marco del cual se puedan mesurar el contenido prohibido de la ejecución y, por aplicación del art. 5.2 de la Convención Americana, equilibrar el desfase de los aspectos que se hayan transfigurado en pena ilícita, estableciendo una modificación en el quantum del castigo.

Esta recuantificación vendría a saldar, como mecanismo posible de llevar a la práctica, una deuda histórica de nuestro país, y evitar así que el Estado argentino siga violando los compromisos asumidos a nivel internacional y que podrían generarle sanciones pecuniarias.

A su vez, propone ser un dispositivo que considere la situación particular de cada detenido, en el entendimiento de que cada experiencia de detención es única, diferenciándose de otras soluciones legislativas que ofrecían respuestas estandarizadas para todos los casos por igual, y que terminaron por derogarse, como ocurrió con la ley 24.390, más conocida como la ley de dos por uno.[6]

b) El problema de investigación.

Siendo que la Constitución Nacional, así como los Tratados Internacionales a ella incorporados prohíben la ejecución de penas crueles, inhumanas y degradantes, debe entenderse que cuando estos tratos se producen durante la privación de libertad transforman la pena en ilícita[7], siendo necesaria la elaboración de un mecanismo

---

[6] La ley 24.390 sancionada por el Congreso de la Nación Argentina el 2 de noviembre de 1994 establecía el plazo legal de duración de la prisión preventiva, la que no podía extenderse de dos años (prorrogable por un año más en casos complejos.) Su artículo 7 preveía que en caso de superar dicho tiempo, se computaría por un día de prisión preventiva dos de prisión. Dicho artículo fue derogado por la ley 25.430, sancionada el 9 de mayo de 2001 y promulgada el 30 de mayo del mismo año (B.O. 01/06/2001)

[7] Salt, M. "Los derechos fundamentales de los reclusos en Argentina". En Rivera Beiras, I. y Salt, M. "Los derechos fundamentales de los reclusos en Argentina y España". Buenos Aires, Editores Del Puerto, 1999, página 156.

procesal que permita judicializar el agravamiento ejecutivo de la condena y asimismo ponderar el reajuste cuantitativo de aquella parte antijurídica de dolor impuesto en cada parte del proceso temporal de la ejecución en que se apliquen.

Lo propuesto provocaría un cambio de paradigma en cuanto a la situación jurídica en la que se encuentra el penado, permitiendo una extensión real de todo el sistema de garantías que rigen el proceso penal a la etapa ejecutiva, así como de los principios de adversariedad, oralidad y contradicción, que en la práctica parecieran cesar luego de adquirir firmeza la sentencia de condena, más allá de la reformas implementadas.[8]

Luego de aquel momento procesal debieran cobrar mayor operatividad las garantías, dado que ese es el estadío en que la violencia estatal se descarga con toda su potencia sobre el individuo que queda bajo su órbita espacial de control de cuidado, ya que el Estado es garante de la seguridad de las personas a las que priva de libertad[9]. Sin

---

[8] La ley 14.296 sancionada en septiembre de 2011 introdujo modificaciones a la Ley de Ejecución Penal de la provincia de Buenos Aires, en miras de lograr la oralización y proponiendo "un avance esencial en materia de inmediación, bilateralidad y defensa en juicio al sentar como obligatoria la realización de una audiencia oral y pública en la toma de las decisiones más relevantes de la etapa de ejecución" (conf. Falcone Roberto A. y Madina Marcelo A. *"El proceso penal de la provincia de Buenos Aires*". Buenos Aires, Ad Hoc, 2013, pág. 857), lo que implica según la nueva redacción del art. 3 de la ley 12.256 que todos los beneficios previstos en la ley deben resolverse en una audiencia oral, pública y contradictoria, la que debe ser grabada y contar con la presencia del representante del Ministerio Público Fiscal, el Defensor y el penado. Su implementación, sin embargo, quedó pendiente a la elaboración de un cronograma por parte de la Suprema Corte de Justicia, el Ministerio de Seguridad y la Procuración, el que hasta la fecha no ha sido elaborado. Más allá de ello, algunos Departamentos Judiciales han implementado la oralización.

[9] La responsabilidad del Estado surge de lo previsto en los arts. 1.1, 2 y 4 del Pacto de San José de Costa Rica. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en torno a esta temática sostuvo*:* "…quien sea detenido tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal. La Corte ha establecido que el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los

embargo, a partir de allí, el proceso se vuelve un híbrido, en parte administrativo, en parte judicial, donde las decisiones tienen un alto índice de arbitrariedad y escaso control de las partes.

Afirma la doctrina que "…es inaceptable construir un debido proceso adjetivo hasta la sanción penal y que luego cuando se imponga la pena, en muchos casos de mayor duración que el proceso mismo, su cumplimiento quede vacío de precisión legislativa y protección judicial, al menos que se considere que las garantías judiciales (…) solamente deben asegurarse a quienes como procesados gozan del status jurídico de inocencia y, por lo tanto, una vez que este se destruye con la sentencia de condena, el ser humano queda desprotegido…"[10]

Diversas tesis desarrolladas principalmente en Alemania y España han sostenido que el penado se encuentra bajo una "relación especial de sujeción" donde, como dijera Lasagabaster, "...no se dan relaciones con terceros, no existen normas jurídicas, no encuentra aplicación el principio de legalidad (...). Los ciudadanos sometidos a una relación de especial sujeción se van a encontrar por tanto sometidos no a normas jurídicas, sino a normas administrativas, que como tales no son Derecho..."[11,] y no era poco habitual hasta la creación de la figura del Juez de Ejecución que en base a dicho sustento pseudojurídico el Poder Judicial se desentendiera de los reclamos de los penados, dejándolos desprotegidos y librados al arbitrio de la administración penitenciaria.

---

detenidos, lo cual implica, entre otras cosas, que le corresponde explicar lo que suceda a las personas que se encuentran bajo su custodia. Las autoridades estatales ejercen un control total sobre la persona que se encuentra sujeta a su custodia. La forma en que se trata a un detenido debe estar sujeta al escrutinio más estricto, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquél…" cfr. C.I.D.H. Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas, 18 de Septiembre de 2003. Serie C Nº 10, párr. 126.

[10] Falcone R. A. y Madina M. A. op. cit. pág 789.

[11] Lasagabaster, I.. "*Las relaciones de sujeción especial"* Madrid, Civitas, 1994, pág. 66.

Esa “devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos”[12] es inconstitucional, contraconvencional e incompatible con un proceso penal ejecutivo que mantenga la vigencia de los principios y las garantías que rigen el resto del procedimiento, dado que la sentencia de condena firme solo hace cesar uno de los principios: el que consagra el estado jurídico de inocencia.

Así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Romero Cacharane Hugo”, en que ha sellado la división entre cuestiones administrativas y cuestiones jurídicas refiriendo: “Que la negativa del a quo de habilitar la vía casatoria, con sustento en diferenciar cuestiones administrativas de cuestiones jurídicas responde a una concepción anacrónica de la ejecución de la pena en la que la relación de sujeción especial del condenado con el Estado se da dentro de un ámbito "administrativo" donde no existe delimitación de derechos y obligaciones de modo que todo queda librado a la discrecionalidad del Estado...”[13]

Sin embargo, tal fundamentación no ha perdido vigencia, dado la judicialización de la etapa ejecutiva sigue sin ser plena, y la jurisdiccionalidad no ha limitado la arbitrariedad ni los delitos de los que los reclusos son víctimas.

La cárcel no debiera ser aquel ámbito donde el Estado despliega su aparato represivo sobre los individuos sin control. De hecho, la ley 24660[14] de Ejecución Penal Nacional establece específicamente en su artículo 3: “La ejecución de la pena privativa de 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.”

---

[12] Rivera Beiras, I., *“La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría”* Barcelona, Bosch, 1997, págs 21-22.

[13] C.S.J.N. “Romero Cacharane Hugo” sentencia de fecha 9/3/2004.

[14] Sancionada el 19/6/1996; promulgada el 8/7/1996 (B.O.16/7/1996)

A su vez, el legislador ha establecido tipos penales específicos para castigar a sus agentes cuando por acción u omisión produzcan un agravamiento en las condiciones de detención e incluso castiga a los jueces que prolonguen en forma ilegítima una privación de libertad.[15]

Entonces, no caben dudas que, al menos en términos declarativos, el debido proceso no se agota en la firmeza de la pena. El establecimiento carcelario posee un régimen administrativo pero, más allá de ello, el penado es un sujeto de derecho, por lo que la pena y todo lo que durante su padecimiento ocurra, debe necesariamente estar bajo la órbita judicial.

Si bien excede la competencia de este trabajo, no se puede dejar de indicar que no hay posibilidad de crear mecanismos que contengan el poder punitivo – como el que se pretende con la propuesta de creación de una acción de revisión de pena- sin modificar todo el proceso de la ejecución penal y sin comprender que el "debido proceso" al que alude el art. 18 de la Constitución Nacional solo deja de regir el día en que la pena vence con todos sus efectos punitivos.[16]

La aplicación de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, o el sometimiento del recluso a circunstancias más gravosas que las previstas para su desarrollo en el curso temporal de la pena, crea la necesidad de elaborar un mecanismo flexible tendiente a reparar en forma cuantitativa y cualitativa esa pena cuya ejecución se ha apartado de la medida legal impuesta.

De lo contrario, sin su judicialización, se ejecutaría una pena cruel o pena ilícita, asimilándola a una pena legal y condicionada a los requisitos impuestos por esta cuando

---

[15] Rafecas, D. E. *"La tortura y otras prácticas ilegales a detenidos*". Buenos Aires, Editores del Puerto, 2010.

[16] Vacani, P. A., *"Debido proceso, condiciones carcelarias y régimen cognoscitivo. Una introducción al sistema procesal de la ejecución penal",* en El debido proceso penal, Tomo 7, Ledesma, A. (dirección), Hammurabi, Buenos Aires, 2018, pág. 209-242.

éstos se tornaran de imposible realización (tratamiento penitenciario, conducta, progresividad)[17]

Por ello, so pena de incurrir en doble punición[18] y distorsionarse la legalidad ejecutiva de la pena, durante el proceso de ejecución se deberá reducir el tiempo de encierro. Esa reducción implica compensar de algún modo la antijuridicidad adquirida por la sanción, para lo cual debe atenerse a un cálculo razonable.

El presente trabajo propondrá que ese proceso tenga su concreción en un incidente de revisión, sujeto a determinadas variables de aplicación y sometido a un mecanismo adversarial y contradictorio que garantice el debido proceso.

Ya lo ha señalado Zaffaroni: los principios constitucionales establecen los límites cuantitativos de las penas y permiten deliberar cuándo las condiciones materiales de encierro producen un cambio cualitativo en ella y si esta modificación es o no acorde a la ley, "especialmente para no violar con su forma de previsión el marco general prohibitivo de las penas crueles, inhumanas o degradantes, lo que obliga a compatibilizar las disposiciones legales con ese general enunciado constitucional, por regla general concretado en los principios de legalidad, mínima irracionalidad, humanidad e intrascendencia."[19]

---

[17] Zaffaroni, E. R. *"Tratado de Derecho Penal. Parte General",* Tomo V, Buenos Aires, Ediar, 1998, pág. 1065.

[18] Se ha indicado: "…la indiferencia frente a una pena cruel o a una tortura sufrida, en razón de un delito, a la hora de individualizar la pena para ese delito o respecto de la pena ya impuesta y en curso de ejecución, constituye un injusto jushumanista, o sea una lesión a los derechos humanos individuales de la persona victimizada. (…) Si las torturas y las penas crueles son penas, la indiferencia de su sufrimiento en cuanto a las penas legales constituiría una doble punición: una ilegal y otra legal." cfr. Zaffaroni, E. R. *"Las penas crueles y la doble punición".* en "La medida del castigo: el deber de compensación por penas ilegales", Zaffaroni, E. R. (director), Buenos Aires, Ediar, 2012, pág. 358.

[19] Zaffaroni, E., Alagia, A. y Slokar, A. *"Derecho Penal. Parte General".* Buenos Aires, Ediar, 2002, pág. 882.

b) Definición del contexto que da origen al proyecto y justificación de su relevancia en relación con el mismo.

En el proceso de determinación cuantitativa de la pena el Juez que impone su padecimiento tiene como marco la escala penal que ha establecido el legislador, y debe establecer el monto en razón de la culpabilidad demostrada por el autor en el hecho, en base a las pautas de los artículos 40 y 41 del Código Penal Argentino.

Esto supone que la sanción aplicada se ejecutará con una finalidad de prevención especial positiva y respetando las condiciones de encierro que establece la ley de ejecución penal nacional así como la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales incorporados a ella en la reforma del año 1994[20].

La condiciones de encierro deben adecuarse, también, al contenido de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela)[21] que si bien no poseen la misma jerarquía que los citados tratados, ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación que se han convertido, por vía del art. 18 de la Constitución Nacional, en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad y que "configuran las pautas fundamentales a las que debe adecuarse toda detención"[22]

---

[20] En dicha reforma se incorporaron al texto constitucional los siguientes tratados: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y la Convención sobre los Derechos del Niño.

[21] "Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos" aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977, actualizado mediante la Resolución 70/175 del 17 de diciembre de 2015

[22] Caso "Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus" (Fallos 328:1146), sentencia del 3 de mayo de 2005, considerando 39 y punto resolutivo 2, respectivamente.

En el ámbito de la República Argentina, la citada ley nacional de ejecución define la finalidad que se le asigna en consonancia con el art. 18 de la Constitución Nacional, especificando en su artículo primero que "en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de respetar y comprender la ley, así como también la gravedad de sus actos y de la sanción impuesta, procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad, que será parte de la rehabilitación mediante el control directo e indirecto. El régimen penitenciario a través del sistema penitenciario deberá utilizar, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, todos los medios de tratamiento interdisciplinario que resulten apropiados para la finalidad enunciada."[23]

En el desarrollo de su articulado la ley contiene las características cualitativas en las que deberán cumplirse todas las penas privativas de libertad en el país, estableciendo, entre otras cuestiones, que el régimen penitenciario se caracteriza por la progresividad, debiendo asegurar y promover el bienestar psicofísico de los internos, atendiendo especialmente las condiciones ambientales e higiénicas de los establecimientos, dejando asentado que la alimentación debe ser adecuada a las necesidades de los internos y sustentada en criterios higiénicodietéticos.

Por lo tanto, y una vez más, es fundamental señalar la operatividad que deben tener en la etapa de ejecución de la pena los principios que acotan el poder punitivo, dos de los cuales deben remarcarse a los fines de desarrollar el problema de análisis.

En primer lugar, el principio de dignidad humana en la ejecución de la pena privativa de libertad: este debe ser rector en la orientación de la actividad judicial respecto del contralor, de las autoridades penitenciarias en su función administrativa, pero también, en la interpretación de los institutos que le serán de aplicación al individuo, constituyendo un criterio hermenéutico, dado que, "la norma constitucional

[23] Conforme Ley N° 27.375 B.O. 28/07/2017

impone al Estado la obligación de brindar a las personas que priva de libertad determinadas condiciones de trato que, de no cumplirse, tornan el encierro ilegitimo"[24]

En segundo lugar, el principio de legalidad que "implica que las penas deben ejecutarse del modo previsto en las normas vigentes antes de la comisión del hecho que justifica la condena"[25], lo que obliga al Estado a brindar las condiciones de cumplimiento acordadas en la normativa nacional e internacional durante todo su desarrollo, ya que la ley previa a la comisión el delito no solo establece cuál es hecho típico, antijurídico y culpable por el que se podrá habilitar la violencia estatal, sino también, en el caso de la pena privativa de libertad, las escalas penales entre las que el juez deberá determinarlas cuantitativamente, el tipo de pena que se puede aplicar y las características cualitativas que esa pena tendrá, cuyo marco mínimo está dado por la legislación citada en los párrafos precedentes.

Sin embargo, el "deber ser" que expresan estas normas se aleja en forma notable de cómo se cumple la pena en el ámbito de la República Argentina.

Tal como se verá en el punto 7 de este trabajo, la sanción penal se cumple en cárceles sobrepobladas, violando el contenido del art. 59 de la ley de ejecución nacional[26], sin que exista una ley de cupo que brinde el número de internos que pueden vivir en las Unidades Penales conforme a su real capacidad.

Siguiendo a Marcos Salt puede definirse a la sobrepoblación como "el alojamiento en un establecimiento carcelario de más cantidad de personas de las que es

---

[24] Salt, M. *"Los derechos fundamentales de los reclusos en Argentina*". En Rivera Beiras, I. y Salt, M. "Los derechos fundamentales de los reclusos en Argentina y España". Buenos Aires, Editores Del Puerto, 1999, página 156.

[25] Salt, M., (1999) Op. Cit. Pág. 199.

[26] Artículo 59 de la ley 24660: "El número de internos de cada establecimiento deberá estar preestablecido y no se lo excederá a fin de asegurar un adecuado alojamiento. Todos los locales estarán siempre en buen estado de conservación. Su ventilación, iluminación, calefacción y dimensiones guardarán relación con su destino y los factores climáticos."

posible albergar sin reducir las condiciones mínimas que se deben reunir"[27], lo que afecta en forma directa la garantía que poseen los internos a vivir en condiciones carcelarias adecuadas y a recibir un trato digno.

Las consecuencias que trae efectivamente aparejadas dicha sobrepoblación no pueden ser inobservadas por el enorme deterioro que producen en los entornos en que se desarrolla la detención, algunas de las cuales son detallados por el Comité Contra la Tortura dependiente de la Comisión Provincial por la Memoria en su Informe Anual 2018 – que se verá en profundidad más adelante - al enumerar los distintos tipos de agravamiento en las condiciones de detención: "Esto se traduce en falta de acceso a todos los derechos: la educación, el trabajo, la formación en oficios, el esparcimiento, la salud, la alimentación adecuada, la higiene personal (no tienen duchas) y al vínculo familiar (inaccesibilidad del teléfono u horarios reducidos y restricción de las visitas)".[28]

Lo antedicho demuestra que la faz cualitativa de la pena se ve agravada por una serie de circunstancias – entre las que están las enunciadas – que vuelve imperativo analizar qué medidas deben y pueden tomarse cuando en el acontecer de la sanción penal su ejecución no se adecúa a la finalidad ni a las condiciones previstas en los marcos constitucionales y convencionales, y cuando se genera sobre los penados un trato punitivo más gravoso, ya sea por las carencias estructurales y sus consecuencias, o por el sometimiento directo que los vuelva víctimas de hechos delictivos, por parte de

---

[27] Salt, M., op. cit., pág. 216.

[28] Comité Contra la Tortura. Comisión Provincial por la Memoria "Informe anual 2018. El sistema de la crueldad XII" Página 204. Recuperado en: http://www.comisionporlamemoria.org/project/informes-anuales/. Conforme señala el relevamiento realizado la sobrepoblación genera todos los padecimientos detallados, entre otros, expresando dicho estudio que: "Cuando hablamos de agravamientos de las condiciones de detención, nos referimos a un conjunto de hechos que por su persistencia en el tiempo no son aislados y pueden ser corregidos, sino que son parte constitutiva del sistema, en virtud de un accionar institucional que los provoca o reproduce por acción u omisión. Estos agravamientos se configuran en las distintas caras que adopta la tortura como práctica sistemática perpetrada por el Estado sobre las personas que se encuentran bajo su tutela."

otros detenidos o de agentes estatales, a fin de evitar que se convierta en una pena ilegitima.

Por ello, la noción de tiempo que encierra la pena no puede ser ajena al trato punitivo que afecta los derechos del prisionero, y se debe abordar analizando la forma y cantidad de pena que se habilitó en la sentencia de condena y la que efectivamente está ejecutándose, ya que todas las variantes de malos tratos, penas crueles, inhumanas y degradantes que padezca modifican el tiempo de prisión y este "no puede ser excluido como cantidad de castigo, debiendo redefinirse un proceso de individualización y cuantificación de ese castigo durante la ejecución penal."[29]

Las condiciones en las que se desarrolla la privación de libertad y el plus que le agrega al tiempo de condena el castigo que se le añade por hechos posteriores a su imposición, no tiene previsión legislativa[30,] por lo que la pena se presume inmodificable en la etapa de ejecución[31] independientemente de las circunstancias en que se cumpla,

---

[29] Vacani, P. A. *"La determinación punitiva en la fase ejecutiva de la condena".* en Determinación judicial de la pena y ejecución penal., Ministerio de Justicia de la Nación, Infojus, 2014, pág. 541.

[30] María Celina Berterame analiza una serie de fallos del Tribunal de Casación de la provincia de Buenos Aires, la Cámara Nacional de Casación Penal, entre otros, en los que se dispone computar a los efectos de reducir la pena actual el tiempo de detención padecido en procesos anteriores en los que la privación de libertad haya sido arbitraria. Estos fallos son excepcionales e interpretan "pro homine" la ley vigente, pero señalan un precedente fundamental para el tema en estudio. v. Berterame, C., "*La reparación mínima en tiempo vivencial por sufrimiento de prisión arbitraria*", Programa de Transferencia de Resultados UBACyT, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Disponible en: http://www.derecho.uba.ar/investigacion/transferencia-cuadernillo-eugenio-raul-zaffaroni.pdf., 2013, pág. 43 y ss.

[31] Una excepción a esa afirmación se encuentra en la ley 1181-N (antes ley 4989) de Mediación Penal aprobada en la provincia de Chaco, que en su art. 21 establece que una vez dictada la sentencia condenatoria, las partes podrán solicitar al tribunal o juez de ejecución la aplicación del procedimiento de mediación, especificando que una vez que el autor hubiere reparado previamente su hecho "el tribunal podrá aplicar una reducción o disminución de la condena en la forma prevista para la tentativa o el mínimo de la escala penal aplicable, cuando se estime indispensable la aplicación de ella para influir

de los espacios en que se desarrolle y las consecuencias que padezca el cuerpo del detenido.

Lo ha anticipado Zaffaroni, el tiempo de prisión no debiera medirse sólo en forma lineal sino valorando las variaciones y distorsiones que la sanción penal sufre en términos arbitrarios durante la trayectoria temporal[32]. El marco legal actual invisibiliza el aspecto señalado, por lo que este trabajo se formula analizar la posibilidad de limitar la respuesta punitiva en su fase ejecutiva en casos determinados, valorando las opciones existentes en el marco legislativo actual y proponiendo la elaboración de un método que procure ampliar el modelo vigente de judicialización de la pena. Considerando los avances en la materia[33], se procura aditar nuevas pautas que podrían ser de utilidad para

---

sobre el autor o la comunidad, no obstante la reparación realizada. Podrá además tenerse en cuenta al momento de considerar la concesión de la ejecución condicional, el pedido de indulto o conmutación de la pena."

[32] Zaffaroni, E. R., *"La medida cualitativa de prisión en el proceso de ejecución de la pena"* en Disponible en: http://www.derecho.uba.ar/investigacion/transferencia-cuadernillo-eugenio-raul-zaffaroni.pdf., 2013, pág. 4; con anterioridad, Zaffaroni, E.R., *"Las penas crueles son penas",* Nuevo Foro Penal, Medellín. 1994; posteriormente, en Lecciones y Ensayos. Dossier Cárceles. Nro. 56, Universidad de Buenos Aires, 1996. Slokar, A. *"Culpabilidad y pena: trazos críticos sobre la cuantificación punitiva por una indeterminación judicial relativa",* en Suplemento La Ley Actualidad, Buenos Aires, 1997.

[33] cfr. Vacani, P.A., *"El límite cuantitativo de la pena legal y su individualización en la fase ejecutiva de la condena. Por una reconstrucción conceptual del derecho de ejecución penal",* en Moderno discurso penal y nuevas tecnologías, Pérez Álvarez, F. (ed.), Memorias del III Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores en Ciencias Penales, Ediciones Universidad de Salamanca, 2014, pág. 441-459; *"Un límite a la negación institucional de la tortura: El fallo "Reyna" y su valoración como pena ilícita en la ejecución penal*", en Jurisprudencia Penal de la Provincia de Buenos Aires, Tomo III, Bertelotti, M. (dir.), Hammurabi, Buenos Aires, 2017, pág. 180-216; recientemente, *"La indeterminación de la pena en el proceso de ejecución penal: nuevas herramientas teóricas y jurisprudenciales",* Vacani, P. (dir.), Ad Hoc, Buenos Aires, 2019.

moderar cualquier desfiguración que esta noción sufra durante el desarrollo de la condena.

d) El aporte de la jurisprudencia.

Si bien como se ha anticipado, no existe actualmente previsión legislativa ni un criterio uniforme respecto de cómo reparar los padecimientos ilícitos configurados durante la detención en sus múltiples modalidades, la jurisprudencia ha receptado en diversos fallos nociones referidas al trato punitivo más gravoso o la noción de "tiempo existencial", en precedentes fundamentales, algunos de los cuales serán brevemente reseñados dado que constituyen un aporte primordial al tema en cuestión.

I - Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En fecha 22 de noviembre de 2018 la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó medidas provisionales respecto de la situación carcelaria existente en el Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho de la ciudad de Rio de Janeiro, Brasil, donde ha verificado que los detenidos se encontraban padeciendo las consecuencias de una sobrepoblación con densidad aproximada del 200%, cuando los criterios internacionales - como el del Consejo de Europa- señalan que sobrepasar el 120% implica sobrepoblación crítica.

En el parágrafo número 79 enumera que las consecuencias de dicha superpoblación, las que se traducen principalmente en atención médica ínfima, mortalidad superior a la de la población libre, carencia de información acerca de las causas de muerte y de espacios dignos para el descanso nocturno, hacinamiento en dormitorios, inseguridad física por imprevisión de incendios e inseguridad personal y física resultante de la desproporción de personal en relación al número de presos, entendiendo que la superpoblación da lugar a una pena degradante, aumentando el contenido aflictivo de la privación de libertad, la que califica de "ilícita o antijurídica" (parág. 92), violatoria de los apartados 2 y 6 del artículo 5 de la C.A.D.H.

En su análisis respecto de las alternativas aplicables a fin de brindar una solución, consideró adecuada "una disminución de la población penal, por lo general mediante un cálculo de tiempo de pena o de privación de libertad que abrevie el tiempo

real, atendiendo al mayor contenido aflictivo, producto de la sobrepoblación penal" (parág. 93)

De modo original resolvió que las privaciones que se estén ejecutando ilícitamente deben ser reducidas "en forma que se les compute como pena cumplida el sobrante antijurídico de sufrimiento no dispuesto ni autorizado por los jueces" (parág. 123), conforme el derecho interno del Estado, y resaltando que la aplicación de ese cómputo no exime al Estado de la obligación de redoblar los esfuerzos para lograr condiciones dignas de ejecución penal para la población que no alcance la libertad, pese a computársele como pena o prevención la parte antijurídica de su ejecución y de arbitrar otros medios sustitutivos de la privación de libertad (parágrafos 125 y 126).

II - <u>Corte Suprema de Justicia de la Nación</u>.

En el precedente "Germano Karina Dana" (G. 942 XLIV "Germano, Karina Dana s/recurso de casación") la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto en fecha 12 de febrero de 2012, respecto de la situación una ciudadana argentina condenada en Brasil a treinta años de prisión, quien fue trasladada a cumplir pena a la República Argentina, pero que, al momento de solicitar sus beneficios, requirió la aplicación de la ley brasilera que resultaba más benigna que la ley 24.660.

Si bien el cuadro fáctico se aleja de la cuestión en estudio, la resolución del Alto Tribunal es clarificadora en cuanto dispuso la prohibición de alterar el contenido de la pena en perjuicio de la encausada, indicando: "…una pena que se ejecuta de modo diferente se convierte en una pena distinta y, por ende, en caso de ser más gravosa su ejecución resulta una modificación de la pena impuesta en perjuicio del condenado (….) no puede habilitar una pena diferente y más gravosa, pues implicaría una contradicción con su objetivo…"

III - <u>Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires</u>.

En diversas intervenciones el Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires ha reconocido el derecho a compensación por detenciones sufridas en forma indebida en otros procesos pretéritos, contabilizándolo en procesos posteriores.[34]

Así, en la causa nº 29803 la Sala I del T.C.P. en causa Nº 29.803, "Carbonell, Miguel Ángel s/ Recurso de casación", en fecha 26/11/2011 computó el tiempo de prisión preventiva padecido por el encausado en procedimientos anteriores en los que luego había sido sobreseído, con fundamento en que la resolución final no convertía en ilegítima la prisión preventiva que había sido dispuesta y que habiendo ella importado un sufrimiento que el Estado debía reparar o compensar, esta debía contabilizarse en el nuevo proceso, en virtud de los principios "pro homine", de dignidad humana, de "ultima ratio" del derecho penal y de irracionalidad mínima.

En el mismo sentido, en la causa Nº 56.138, "S., F. A. s/ Hábeas corpus", del 26/02/2013, la Sala I del T.C.P. hizo lugar a una acción de hábeas corpus interpuesta en favor de Fernando Ariel Saldías, reconociendo a los fines de dar por compurgada la pena que venía padeciendo el encausado el tiempo de detención sufrido en una causa anterior, en que su pena se había reducido, fundando su decisorio en el derecho a la reparación por prisión arbitraria sufrida en otro proceso penal (arts. 7.3 y 10 de la CADH y arts. 9.1 y 9.5 del PIDCyP). Refirió el Tribunal que la reparación puede asumir la forma de indemnización económica pero nada impide que atendiendo a la índole de la lesión sea también evaluable la compensación en términos de mayor equipolencia, es decir, en tiempo vivencial.

A su vez, también ha reconocido el Tribunal de Casación Penal el derecho a reparación por los padecimientos que el detenido haya sufrido en detención: en el precedente "Reyna Damián Ezequiel S/Recurso de Casación" dictado el 2 de junio de 2016 por la Salsa I del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires en

---

[34] Entre otros: TPC, Sala I, Causa Nº 49.286 y ac. 55.535, "Ramírez López, Héctor David s/ hábeas corpus"; "Ramírez, Héctor David s/ hábeas corpus", de fecha 18/02/13. TPC, Sala I, Causa Nº 44.029, "Beisaga, Juan Carlos s/ recurso de Queja (art. 433 del C.P.P.)", de fecha 19/12/11.

causa n° 75213, declaró procedente el recurso interpuesto por la defensa oficial del penado, quien había sido condenado a la pena de seis años y ochos meses de prisión, y encontrándose transitando en detención la fase ejecutiva de la pena padeció torturas por parte del personal del Servicio Penitenciario, siendo agredido con balas de goma, esposado y trasladado a la rastra hasta un sector de la Unidad Penal, donde fue abusado sexualmente y agredido física y psicológicamente por el personal. Luego se le impuso una sanción disciplinaria y fue separado del área de convivencia, donde estuvo 5 días sin recibir atención médica (todo lo cual fue verificado con la interposición de un habeas corpus)

Señaló el T.C.P. que el Estado es garante de la integridad de las personas encarceladas, lo que fundó en abundante jurisprudencia (caso "Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay", sent. 2/09/2004, párr. 157, caso "Bueno Alves vs. Argentina" –sent. 11/05/2007-, C.I.D.H., caso "Maritza Urrutia vs. Guatemala", sent. 27/11/2003, párr. 93), y haciendo cita de las disposiciones legales nacionales y convencionales que establecen el tratamiento digno durante la detención, la prohibición de aplicar tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, así como de precedentes jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y del propio Tribunal de Casación provincial, indicó que los hechos denunciados por Reyna en la acción de habeas corpus deben calificarse como tortura.

Consideró que cabe deslindar en lo relativo al tiempo de prisión padecido por una persona el tiempo cronológico o dimensión cuantitativa (el efectivo tiempo de condena, medido en años) del vivencial o dimensión cualitativa (relativo a las vivencias del sujeto sometido a encierro). Es este último aspecto es el que había solicitado la Defensa Oficial sea apreciado, teniendo en consideración que la pena debe ser proporcional a la magnitud del injusto y a la culpabilidad del autor.

En el caso puntual de Reyna, se indicó que los actos delictivos padecidos por él, en lo que debió ser un tratamiento legal y digno tendiente a su reinserción social (art. 5.6 C.A.D.H., 4 ley 12.256), trasuntaron una crueldad y deshumanización que no podía dejar de considerarse, habiéndose violado el sentido de "progresividad" en la ejecución

de la pena, desvirtuando el programa de integración social.

Exteriorizó el Tribunal que es imprescindible la reparación de los daños padecidos por Reyna (conforme art. 14 inc. 1° de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, art. 11 de la resolución 3452 -XXX- de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, de 09/12/1975, "Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes", art 63.1 de la Convención Americana) y que al encontrarse firme la pena impuesta se había fijado la extensión máxima de la intervención punitiva estatal, aventando toda posibilidad de actos que la tornen en una pena cruel, inhumana o degradante, por lo que, de suceder eso debía recomponerse la situación violatoria de derechos del penado.

En ese orden de ideas, se señaló que Damián Ezequiel Reyna había cumplido el requisito temporal exigido por el art. 104 de la ley 12.256 para acceder a la libertad asistida anticipada y que su otorgamiento debía funcionar como una forma de reparación ante los hechos de torturas a los que fue sometido en el interior de un establecimiento del Servicio Penitenciario Bonaerense.

V - Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional.

En el caso "Brian Nuñez" (reg. nº 451/2015) la sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional resolvió en sentencia de fecha 11 de septiembre de 2015, acoger parcialmente al recurso de la defensa, y reducir la pena única impuesta a Nuñez por el Tribunal Oral, teniendo en cuenta que el mencionado había sido víctima de tortura mientras se encontraba detenido en el Complejo Federal de Jóvenes Adultos de Marcos Paz. Indicó el juez Niño que por la acreditación de dichas torturas debía reducirse la pena que le restaba cumplir en virtud de aquel proceso, pues se estaba en presencia de "…una pena cruel que, a despecho de su obvia prohibición, fue sufrida por el condenado en circunstancias en que se hallaba sujeto a la autoridad penitenciaria, razón por la cual el órgano judicial debe tomarla debidamente en cuenta para decidir el conflicto".

En el mismo sentido el juez Jantus entendió que las torturas padecidas por Nuñez mientras cumplía una de las condenas unificadas, habían desvirtuado la finalidad

de la ejecución de la sanción penal, entendiendo que ello debía ser tenido en cuenta a la hora de graduar la nueva pena única a imponer, ya que "la intensidad de intervención estatal en la vida del condenado se ha exorbitado de tal forma que debe ponderarse de manera significativa a la hora de evaluar el monto de la pena única que incluye aquella condena".

V- **Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional de la Ciudad de Buenos Aires**.

En la sentencia de fecha 27 de septiembre del 2018 dictada en causa n° 40124/2018 (5895) el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional nro. 15 de la Capital Federal, resolvió en la sentencia del imputado Damián Emiliano Barrios, valorar la pena natural que había sufrido el encausado por los golpes recibidos al momento de la aprehensión civil, que le habían generado la pérdida de un ojo, con más la a aplicación de un encierro carcelario preventivo durante el proceso que agravó groseramente su situación personal, generándole un sufrimiento innecesario. Entendió el Juez que valoradas las consecuencias del ilícito en su persona y su particular situación de vulnerabilidad, la eventual aplicación de una pena no podría imponerse sin "…generar una afectación a los principios de proporcionalidad y prohibición de tratos crueles, inhumanos y degradantes"

Expuso que era necesario considerar no sólo el tiempo lineal, sino el tiempo vivencial, para evaluar la forma en que la privación del derecho a la libertad impacta sobre una persona encarcelada, concluyendo que en el caso puntual de Barrios resultaba posible y necesario compensar por el sufrimiento padecido, no en la determinación de la pena, sino en la aplicación de la condena misma, por lo que se dispuso su absolución y su inmediata libertad.

3. Objetivos

a) Objetivo general:

- Elaborar un mecanismo procesal a través del incidente de revisión de pena tendiente a judicializar las variables cualitativas de la pena ante la manifestación más

gravosa de ejecución. Delimitar el proceso de cuantificación que definirá su contenido y el modo de su aplicación en el marco de un proceso oral y contradictorio.

b) Objetivos específicos.

- Consagrar consecuencias jurídicas relativas a la dimensión cualitativa del castigo más gravoso, integrando a ello variables de análisis respecto de la sanción reparadora en el incidente de revisión que se propone.

- Delimitar los efectos jurídicos relativos a la cuantificación de la pena cruel, inhumana o degradante sujeto al principio de proporcionalidad (reducción o agotamiento).

4. El recorte temporo espacial.

A los fines de demostrar la necesidad de contar con el mecanismo de revisión y cuantificación secundaria de pena en la etapa de ejecución, se analizará el modo en que se ha desarrollado la pena de prisión en la provincia de Buenos Aires por ser la provincia con más población carcelaria y número de cárceles en nuestro país, constituyendo una muestra representativa de las prácticas de castigo a lo largo de la República Argentina.

A su vez, se observarán los informes que dan cuenta de la forma en que ha ocurrido la privación de libertad durante el año 2017, dado que la fuentes que se expondrán ya han publicado el relevamiento de las condiciones de detención correspondiente a dicho período.

5. Plan Metodológico.

Se recurrirá al uso de fuentes secundarias, indagando los informes publicados por organismos oficiales y de contralor en la Provincia de Buenos Aires que aportan datos sobre la materia en análisis, con el recorte temporo espacial ya indicado.

A tal fin se indagarán:

-“Informe anual 2017 Comité contra la Tortura. Comisión Provincial por la Memoria.

- “Informe Preliminar sobre datos vinculados con Investigaciones Penales comprendidas por la Res. PG N° 1390/01” e “Informe complementario del Informe Preliminar sobre datos vinculados con Investigaciones Penales comprendidas por la Res. PG N° 1390/01” elaborado por la Procuración General de la provincia de Bs As.

- “Informe Anual. Buenos Aires. SNEEP 2016, 2017 y 2018” Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena de la Dirección Nacional de Política Criminal, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Los contenidos se analizarán, exponiendo aquellos que permitan elaborar un conocimiento respecto de las condiciones de detención, las prácticas de poder, la vulneración de derechos que puedan haberse producido en esos ámbitos, y las formas en que puede variar la medida del tiempo tomando como unidad de análisis su aspecto cualitativo, en un trinomio constituido por el tiempo, el espacio y el trato punitivo.

La toma de conocimiento respecto de las condiciones en que se desarrolla la detención permitirá indagar las situaciones a las que son expuestos los reclusos, y examinar la necesidad de contar – o no – con un instrumento legal que permita identificar las violencias, clasificarlas y restaurar la legalidad de la pena.

6. Abordando la pena desde el abolicionismo.

El presente trabajo formula inscribir sus indagaciones desde la perspectiva dada por el abolicionismo, tanto el escandinavo con el holandés, más allá de sus diferencias metodológicas o de propuestas, dado que en sus principales aspectos se lo puede concebir como “una forma de captar todas las prácticas discursivas y no discursivas del sistema de justicia penal y una forma de actuar frente a ellas”.[35.]

En efecto, toda violencia incluye una dimensión expresiva, es un gesto alocutivo producto de una estructura simbólica profundamente enraizada que organiza el proceder y dirige a “un alguien” su discurso, el de los hechos y el de las palabras.

[35] De Folter, R.; Hulsman, L.; Scheerer, S. “*Abolicionismo Penal*”, Buenos Aires, Ediar, 1989, pág. 58.

Cuando se habilita una pena también se habilita un mensaje, hacia el individuo y la sociedad. Cuando se impone una tortura y cuando esta tortura no tiene una sanción, también se envía un mensaje a esos mismos interlocutores.

Por eso, es necesario mantenerse en una posición de confrontación con el poder punitivo porque, tal como ha dicho Mathiesen, este es fagocitario respecto de todos los movimientos que lo enfrentan "a los que procura comprometer e incluir en su discurso y acción"[36]. Mientras no se lo contenga y se lo considere un elemento para extirpar males sociales sin juzgar los métodos que aplica, entonces los individuos serán fagocitados por su lógica y se transformaran en seres insensibilizados ante el dolor de los más débiles, que son aquellos captados por la selectividad de la criminalización secundaria.

Y aquí, desde el análisis de las situaciones que padecen quienes son sometidos a encierro carcelario, se tratará de demostrar el "manejo irracional e injusto de los grupos marginales de la sociedad" sobre quienes se apunta la estructura represiva[37], desde las agencias que participan en la "administración" de la justicia.

La selectividad de la criminalización secundaria - en el actual contexto de expansión del ordenamiento penal y en este nuevo periodo de "gran encierro" que viene transitando Argentina, con las consecuencias de la caída del Estado de Bienestar y la renuncia a la ideología de la prevención especial positiva que ha instaurado un modelo administrativista o actuarial[38] - habilita la punición sobre determinados sujetos en razón

---

[36] Zaffaroni, E.R. *"La cuestión criminal",* Buenos Aires, Planeta, 2012, Pág. 170.

[37] De Folter, R. Hulsman, Louk; Scheerer, S, *op. cit.,* pág. 89.

[38] Este modelo apunta a la prevención del delito a través de la disminución de las oportunidades de delinquir en términos de eficacia estadística, propugnando prácticas de exclusión e incapacitación, e instaurando modificaciones de ambientes y marcos sociales e institucionales, con la finalidad de desalentar la comisión de ilícitos, y, asumiendo el fracaso de la ideología de tratamiento, sincera el rol de la cárcel en tanto institución total. Como indicara Tamar Pitch, la crisis de la ideología rehabilitadora, genera políticas criminales que no apuntan a la eliminación de las causas del delito, ni la reeducación del ofensor, sino a "volver inofensivos a los delincuentes (naturalmente, a aquellos que pudieron ser

de su edad, clase social o etnia, que son habitualmente los excluidos del sistema económico.

Con la óptica del abolicionismo, se examinará la conflictividad con la ley penal y la respuesta estatal desde una crítica que posea un profundo sentido de solidaridad, humanismo y sensibilidad, en el entendimiento de que esa es la visión que debe tenerse respecto de las experiencias vividas por quienes son y serán víctimas de prácticas de poder como las que se autorizan al fundar un sentencia de condena e imponer una pena carcelaria, ya que es uno de los métodos de análisis más evolucionados y progresistas, que garantiza el respeto por la dignidad de las personas.

Es que, el plus punitivo aplicado por el Estado en las acciones que se analizarán, constituye una violencia apuntada hacia todos los seres humanos.

Las ideas de Bianchi y Hulsman sobre modificar los sistemas punitivos por otros que se encuentren fundados en principios legales, éticos y morales y que limiten la violencia[39] así como la creación de modelos comunitarios y pacíficos de resolución de conflictos, debieran ser el centro de nuevas propuestas que permitan satisfacer las demandas sociales.

Y la propuesta de un sistema de revisión de la sanción penal, se ubicaría dentro de las reformas positivas, que pretenden un mejoramiento del sistema penal, pero acogiendo también aquel concepto de lo inacabado (the unfinished) expuesto por Mathiensen, - aun cuando este lo dirigiera a las reformas negativas abolicionistas – dado que esta propuesta es solo una parte de lo que debiera ser una gran planificación de adecuación del derecho de la ejecución penal a todo proceso penal, un proyecto de reforma que debe "seguir, reproducirse, re-crearse (volver a crearse) y no terminar nunca"[40]

---

atrapados)" (conf. Pitch, Tamar "*Responsabilidades limitadas, actores, conflictos y justicia penal*" Buenos Aires, Ad Hoc, 2003, pág. 60.)

[39] Anitua, G. I., *"Historia de los pensamientos criminológicos"* Buenos Aires, Didot, 2015, págs 480/481.

[40] Rivera Beiras, I, *"Abolir o Transformar",* Buenos Aires, Estudios Del Puerto, 2010, pág. 14.

Se propone un concepto de pena carcelaria que resulte comprensivo de todo el "el dolor que causan los castigos y el sufrimiento y la congoja"[41] que en forma alguna pueden inobservarse, dado que las variables que se analizarán, darán cuenta de un agravamiento en la forma en que se desarrolla la detención, de un plus de castigo que no había sido mesurado al imponer la pena y formalizar su cómputo, pero que se debe valorar a fin de restablecer su legitimidad, en una recuantificación indispensable tanto desde lo jurídico como desde lo ético y lo axiológico.

Siguiendo ese orden de ideas, debe partirse de que la pena de prisión es, por sobre todas las cosas, una imposición consciente de dolor y que a ese fin se orienta el esfuerzo de las instituciones penales[42] ya sea que se funden en fines tratamentales, preventivos, disuasivos o de mera neutralización.

La ideología del tratamiento y el fin de resocialización, si bien continúan fundamentando desde el aspecto legal el fin de la pena, han sido en realidad abandonados con la nueva criminología actuarial, con reformas legislativas de penas fijas y de inconstitucional duración, que solo apuntan a la neutralización del "sujeto indeseable". No puede negarse que si bien las ideologías de reinserción y rehabilitación tenían aspectos que podían ser criticables a la luz del contenido del art. 19 C.N., en su base, tal ha indicado Christie, reflejaban valores y realidades de reducción de dolor, contrario a la nueva ideología hace que el castigo sea legítimo e inevitable.

Los movimientos abolicionistas, como se aprecia en la exposición efectuada por Rivera Beiras, poseen un objetivo que es la "reducción radical del sufrimiento corporal y psíquico infringido por el Sistema Penal a los individuos y grupos sociales en general...."[43] y para reducir dicho impacto, es menester observarlo, reconocerlo, ponerlo en palabras y, finalmente, mesurarlo, porque este no es independiente sino consecuencia directa de la violencia estatal en su forma más cruda, mostrando, como lo ha hecho, por

---

[41] Christie, N., op. cit., pag. 19.

[42] Christie, N. op. cit. ,pag. 20..

[43] Rivera Beiras, I. op. cit., pág. 33

ejemplo el KROM en Noruega una preocupación cada vez mayor en cuanto a los derechos fundamentales de los reclusos para lograr el "desenmascaramiento" de esos sistemas por su inhumanidad.

La escala penal que habilita la legislación de fondo es "una graduación de la imposición del dolor (…) por el número de meses o años que se le quitan"[44] pero ese dolor, inevitablemente vivido en la experiencia de una detención carcelaria y que no se limita a la perdida de la libertad locomotiva, debe ser el menor posible, y no trascender de la humanidad del sujeto castigado ni lesionar otros bienes jurídicos.

Para este fin es indispensable acercarse a la vivencia de los penados y a los espacios que transitan, abrir en la instancia judicial un proceso de conocimiento que permita analizar aquellos padecimientos y el impacto que puedan haber generado, y valorizarlos, reconocerlos y, como se verá que es posible, cuantificarlos.

Y esta es, en sí, la metodología propuesta por Mathiesen, quien ha indicado que cuanto más cerca estamos de la vida de aquellos que llenan nuestras cárceles, más claramente podremos valorar sus circunstancias ya que es la proximidad con ellos una dimensión importante al evaluar la severidad del castigo.

En los hechos, a la perdida de libertad se suman otros padecimientos: la restricción de los movimiento, el aislamiento de familia y amigos, los mecanismos de aislamiento dentro de la prisión (como la separación del área de convivencia por sanciones disciplinarias o por "resguardo físico"), la privación de seguridad al exponerlo a situaciones violentas, el sometimiento a mecanismos de poder formales e informales[45], que llevan a Mathiensen a preguntarse "¿Como "compensar" tal padecimiento en la operación de equilibrio de la justicia proporcional?"

Considera el autor que tal compensación no es posible por entender que el tiempo de prisión no es objetivo ni intersubjetivo, que no existe acuerdo sobre lo que significa el tiempo en prisión y que "desde el punto de vista moral, el significado del

---

[44] Christie, N., op. cit., pág. 123.

[45] Mathiesen, T. *"Juicio a la prisión*", Buenos Aires, Ediar. 2003, págs 213 y 215.

tiempo en prisión, el significado de dos meses, dos años o veinte años de cárcel, es relativo, y relativo en términos de perspectiva (…) el tiempo, en realidad, no constituye una escala de proporción: el contenido del encarcelamiento está caracterizado por el padecimiento y por la aplicación del poder. El padecimiento y el poder no tienen un punto cero absoluto. Por lo tanto, no tiene sentido comparar y decir que tal padecimiento es dos veces más doloroso que tal otro; o que tal aplicación de poder es dos veces mayor que tal otra."[46]

Se tratará de superar esta afirmación y a través del acercamiento, valorar el tiempo y el contenido del tiempo, cuáles son las condiciones en las que debe transcurrir en la "cárcel legal" y las condiciones en las que transcurre en la "cárcel real", dotando al tiempo de contenido, sacándolo de su concepción abstracta y ordenador.

7. Los aspectos cualitativos del encierro y el incidente de revisión de pena.

Asentando lo precedentemente dicho, es necesario comenzar a analizar el modo en que se cumple la pena de prisión en nuestro país, para lo que se observará cómo se ha cumplido la detención en el Servicio Penitenciario de Bonaerense, (en adelante S.P.B.) constituyendo una muestra representativa tanto por la cantidad de Unidades Penales como por la población sujeta a encarcelamiento.

Tal como se ha indicado, se analizarán los informes elaborados por distintos organismos que dan cuenta de lo ocurrido en estos ámbitos durante el año 2017.

Se comenzará exponiendo el contenido del Informe del Registro de Violencia Institucional (R.V.I.) de la Procuración General de la provincia de Buenos Aires del año 2017 y el del Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (S.N.E.E.P.) elaborado por la Dirección Nacional de Política Criminal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, con algunas aclaraciones previas.

El R.V.I., ha sido creado por la Ley 14.687 y puesto en funcionamiento por la Procuración General mediante Res. PG N° 413/17, con el fin de relevar todas las

[46] Mathiesen, T. op. cit., pág. 221.

actuaciones judiciales que se inicien por hechos de Violencia Institucional en las que intervenga el Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Buenos Aires, y se conforma a partir de las comunicaciones que los Fiscales realizan en el Sistema Informático del Ministerio Público (S.I.M.P.).

Este relevamiento cuantitativo es una estadística judicial, entendiendo por tal "el conjunto de las informaciones cuantificadas sobre los comportamientos efectivamente producidos en la vida social, presuntamente delictuosos, que nacen de la actividad de definición y registración por parte de las instituciones judiciales penales, en el marco del desarrollo de los procesos penales", conforme Sozzo[47].

Entonces, debe tenerse presente que estos datos tiene que analizarse con las precauciones del caso, ya que no son neutros ni autónomos sino que han pasado la valla de la selectividad propia del poder punitivo, es decir, ya han sido organizados, clasificados e interpretados por quienes han considerado que los mismos constituían un delito y son parciales, ya que son datos elaborados por organismos que reflejan su propia actuación, con su propio lenguaje burocrático, por lo que es preciso analizarlos tratando de "contar con una vigilancia epistemológica que nos obligue a cuestionarnos acerca de qué se está midiendo y qué factores influyen en este proceso de construcción de datos."[48]

Como se verá al observar la forma en que han finalizado las investigaciones en la provincia, las prácticas judiciales resultan reproductoras de la violencia institucional, representando aquello que Bourdieu denomina violencia simbólica, dado que este peculiar sistema de roles, que divide a dominantes y dominados, no deja exteriorizar "estrategias políticas dirigidas a imponer una visión particular del Estado, visión

---

[47] Sozzo, M. *"Pintando a través de números. Fuentes Estadísticas de conocimiento y gobierno democrático de la cuestión criminal en Argentina",* Critica Penal, Buenos Aires, 2003, pág. 14.

[48] Olaeta, H. *"Encuestas de Victimización: Una mirada fundamental para el análisis de la cuestión criminal"* Buenos Aires, ILSED, 2009, pág. 4.

conforme a los intereses y a los valores asociados a la posición particular."[49], posición que Estado en cualquiera de su tres poderes trata de proteger a fin de no quedar en evidencia.

Se suma al carácter manufacturado de la fuente la exclusión de la cifra negra[50], constituida en este caso por todos aquellos padecimientos que hayan atravesado los detenidos y que no han puesto sido en conocimiento de la autoridad judicial o que no constituyan propiamente un delito a criterio del Poder Judicial, como suele ocurrir con la Separación del Área de Convivencia.

A su vez, el Informe no contiene una serie de datos indispensables, como ser: el lugar y ocasión en que se produjo el hecho – por ejemplo, si fue en comisaria o en un ámbito del S.P.B., si fue en ocasión de un traslado- o el carácter en que se encontraba en individuo a disposición de la autoridad – aprehendido, detenido o penado – dado que hasta ese año los informes se realizaban siguiendo los parámetros de la resolución 1390/01 de la Procuración General[51].

Asentado esto, detalla el informe del R.V.I., en los datos que interesan destacar atento a la finalidad del trabajo, que durante el año 2017 iniciaron 5.564 Investigaciones

---

[49] Bourdieu, P. "*Espíritus de Estado. Génesis y estructura del campo burocrático*" Actes de la Recherche en Ciencias Sociale, Nº 96/97. 1993, pág 2.

[50] La "cifra negra de la criminalidad" representa el conjunto de conductas realizadas efectivamente en la vida social que presuntamente se asocian a las tipificaciones contenidas en la ley penal, que no han sido registradas y oficializadas por las agencias estatales competentes, instituciones policiales e instituciones judiciales, cfr. Sozzo, M. *op. cit.*, pag. 21.

[51] Resolución de la Procuración General de fecha 10 de diciembre de 2001 que dispone que el Ministerio Público Fiscal deberá prestar especial atención a aquellas causas en las que se denuncien torturas, apremios ilegales y económicos y los cometidos por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones. Dicha resolución establece la imposibilidad de que los Fiscales encomienden diligencias probatorias a las fuerzas policiales en dichos procedimientos, y obliga registrar el inicio y desarrollo de los procedimientos e informarlos a la Procuración

Penales por violencia institucional, sumando un total de 7.500 delitos, ya que en muchas de ellas se denunciaban una variedad de hechos típicos.

En total durante todo ese año se realizaron: 2.445 por abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionario público, 64 por allanamiento ilegal, 294 por amenazas, 33 por encubrimiento, 55 por homicidios dolosos, 643 por lesiones, 115 por privación ilegítima de la libertad, 2.950 por severidades vejaciones y/o apremios ilegales 2.950, 4 por tortura, 4 por tortura seguida de muerte y 893 denuncias no han sido especificadas en el registro y se encuentran clasificadas como "otros delitos"

Esto da cuenta de una práctica al menos usual si se evalúa que los delitos de mayor prevalencia son severidades, vejaciones y/o apremios ilegales, abuso de autoridad, violación de los deberes de funcionario público y lesiones.

El informe del año 2017 se presentó en dos partes, uno que resumía las actuaciones del primer semestre de dicho año y un segundo informe que repasaba la totalidad de las investigaciones, existiendo serias inconsistencias entre ambos respecto del modo en que han finalizado esas investigaciones, pero con un acto comunicacional claro: la suerte de la mayoría de las investigaciones es el archivo.

El último informe indica que de la totalidad de las investigaciones realizadas durante el año 2017 el 63% fue archivada por aplicación del art 268 C.P.P.[52] (1.752 causas), que no hubo denuncias archivada por el 56 bis[53] (sin embargo, el informe del

---

[52] Señala el artículo 268 del C.P.P. de la provincia de Bs. As. en su última parte: **"**En caso que a juicio del Fiscal no hubiere prueba suficiente sobre la existencia del hecho o la autoría de él, podrá proceder al archivo de las actuaciones, comunicando la realización de este acto al Juez de Garantías y notificando a la víctima, rigiendo el artículo 83 inciso 8".

53 Conforme el art. 56 bis del C.P.P. de la provincia de Bs. As. el Ministerio Público Fiscal podrá archivar las actuaciones respecto de uno o varios de los hechos imputados, o de uno o más de los partícipes, en los siguientes supuestos: 1) Cuando la afectación del bien jurídico o el aporte del imputado en el hecho fuera insignificante y siempre que la pena máxima del delito imputado no supere los (6) seis años de prisión; 2) Cuando, el daño sufrido por el imputado a consecuencia del hecho torne desproporcionada, superflua o inapropiada la aplicación de una pena, excepto que mediaren razones de

primer semestre, señalaba que se habían archivado por dicho artículo un 0,32% de las causas), en 726 casos se desestimó la denuncia por imperio del art. 290 C.P.P.[54] (26,1% de las denuncias), que en ningún procedimiento se concedió suspensión de juicio a prueba (sin embargo, el informe del primer semestre, señalaba que se habían suspendido a prueba un 0,6% de las causas, lo que debe constituir un error registral, dado que el carácter de funcionario público de los imputados impide la concesión de dicho beneficio), en 15 casos los imputados fueron sobreseídos (0,5% de las causas) y solo el 1,6% terminó elevándose a juicio (44 casos).

Es decir, el 89% de las denuncias fueron archivadas. Esto da cuenta, no solo de la práctica policial o penitenciaria de imponer torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, sino también de una decisión judicial de no investigar dichos delitos.

Como segunda fuente se han relevado los datos del Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (S.N.E.E.P.) que es la estadística penitenciaria oficial del país y muestra la evolución y las características de la población privada de libertad en unidades penitenciarias, surgiendo sus datos de un censo penitenciario que se realiza el 31 de diciembre de cada año en todas las unidades del país.

Según el informe del S.N.E.E.P. del año 2017, el 31 de diciembre de ese año había 37.586 personas privadas de libertad en la provincia de Buenos Aires, 20.099 de ellos con pena firme, 17.077 cumpliendo pena en forma anticipada, y 410 de las cuales no se informaba su situación.

---

seguridad o interés público; 3) Cuando la pena en expectativa carezca de relevancia en consideración a las de los otros delitos imputados.

[54] Conforme el art. 290 del C.P.P. de la provincia de Bs. As, el Agente Fiscal al recibir una denuncia, si lo considera procedente y dentro de las cuarenta y ocho horas, deberá expedirse sobre la competencia. También podrá disponer diligencias probatorias instando la investigación penal preparatoria, o resolver la desestimación de la denuncia. La desestimación procede cuando los hechos referidos en ella no constituyan delito o cuando no se pueda proceder.

Los 616 detenidos en las Alcaidías Departamentales así como los 1.677 detenidos con Monitoreo Electrónico no se suman en el total de la Población, pero sumándolas, sabemos que en diciembre de ese año 39.879 personas se encontraban privadas de libertad en el ámbito de la provincia.

Según el informe la capacidad total[55] del S.P.B. permite alojar a 29.095 reclusos, y para diciembre de 2017 contaban con 8.491 más de los permitidos, contando con una sobrepoblación total del 29,2%.

El salto fue muy significativo teniendo en consideración que un año antes había 33.698 internos.

Encontrándose detenidos, solo 9.219 participaron de algún programa de capacitación laboral, 17.700 no recibieron instrucción educativa, 10.824 no participaron en actividades recreativas.

Un dato absolutamente alertador es que un 31% de la población carcelaria refiere no haber recibido asistencia médica durante su detención (10.034 personas)[56], lo que exhibe que a la crisis humanitaria que constituye el actual "gran encierro" debe sumarse la catástrofe sanitaria que la sobrepoblación genera.

---

[55] La capacidad de alojamiento de las Unidades Penales se fija en forma discrecional, sin seguir los parámetros de la normativa interna ni convencional. El Comité contra la Tortura pone de manifiesto que los establecimientos de la provincia de Bs As tienen capacidad total para alojar a 20.071 personas, cálculo que realiza la Comisión por la Memoria en base al plan edilicio y de servicios del Ministerio de Justicia (2008) y otras fuentes complementarias. Considerando esa infraestructura, en 2017 la sobrepoblación alcanzó un récord histórico: 91%. (Comité Contra la Tortura. Comisión Provincial por la Memoria, Op. Cit. página 179)

[56] Ello contraviene lo indicado por el Protocolo de Estambul (Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes) adoptado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Nueva York y Ginebra en el año 2001 y las recomendaciones del Comité contra la Tortura de la O.N.U., puntualmente la recomendación de noviembre de 2004 con motivo de la presentación por parte el Estado argentino del cuarto informe periódico ante ese organismo.

El 10% de los detenidos no recibió visitas en su último año de detención. Y cuando fueron consultados respecto de las sanciones disciplinarias que habían padecido, un 44% indicó que como consecuencia de una falta administrativa se lo castigó a permanecer en una celda individual hasta 15 días ininterrumpidos y un 5% señaló que se aplicó la misma sanción por un lapso de hasta 7 fines de semana.

Al ser consultados respecto de si habían sufrido lesiones, los detenidos de la provincia de Buenos Aires refirieron que un 5% de los casos fueron lesionados por hechos de violencia con otros internos (1.401 hechos), en 1.427 casos señalaron haber sido lesionados por agentes del establecimiento (5% de la población) y por "otros motivos" – que no son especificados – refiere haber sido lesionado el 4% de la población (1.269 casos). No se cuenta con datos respecto de 7.316 detenidos.

La progresividad en el régimen se encuentra claramente afectada en la provincia: dentro de los penados solo gozó de salidas transitorias en 2017 el 4,2% de la población penitenciaria, fue incorporado en régimen de semilibertad el 1,3%, en prisión discontinua el 0,13%, en semidetención el 0,1% de los penados y un 4% obtuvo libertad condicional.

El informe de la S.N.E.E.P. constituye una muestra representativa del total de la población detenida en la provincia de Buenos Aires y tiene la particularidad de incluir la cifra negra que no incluye el R.V.I., dado que el censo funciona en este aspecto como una encuentra victimológica.

Por último se expondrá la información vertida en el Informe 2018 del Comité contra la Tortura, dependiente de la Comisión por la Memoria que durante el año 2017 realizó 161 inspecciones a lugares de detención, a fin de develar el modo en que el Estado provincial dispone de la vida de las personas que se encuentran bajo su tutela por orden judicial. Ciento veinticuatro inspecciones fueron en cárceles del S.P.B., y originaron la tramitación de 34 acciones judiciales colectivas y 4.656 acciones individuales, denunciando hechos de diferente índole que configuraban formas de tortura o malos tratos sobre las personas privadas de libertad.

Indica específicamente el informe: "La tortura implica mucho más que agresiones físicas, conlleva también un conjunto de prácticas: aislamiento, régimen de

vida, desvinculación familiar, condiciones materiales precarias, falta de atención de la salud y alimentación insuficiente. Al mismo tiempo, la manera en que las personas detenidas circulan dentro del ámbito carcelario termina por completar el sistema de la crueldad: muchas padecen traslados constantes y son alojadas en unidades penales que se encuentran a grandes distancias de sus domicilios, y por ende, del lugar en donde reside su familia"[57].

En ese año el Comité mantuvo 8.000 entrevistas con personas detenidas y/o familiares, en las que se comunicaron 16.900 agravamientos en las condiciones de detención padecidos por 3.600 víctimas. Los hechos más denunciados fueron: falta de atención médica y/o medicamentos (18%), afectación del vínculo familiar (16%), agravamiento de las condiciones materiales (13%), aislamiento (10%) y cuestiones procesales (7%).[58]

El informe contiene un apartado en el que se presentan los resultados del Registro Nacional de Casos de Tortura y/o Malos Tratos (R.N.C.T) correspondientes al año 2017., el que también se realiza a través del trabajo de campo en lugares de detención por medio de entrevistas con las víctimas y de observación en sectores de alojamiento, relevando casos concretos y fehacientes de torturas y tratos crueles, inhumanos y degradantes.

En el año 2017 el equipo del R.N.C.T comprobó la existencia de 589 víctimas que aportaron información sobre 2.818 hechos de tortura y/o malos tratos, donde se constataron los siguientes padecimientos: falta o deficiente asistencia de la salud en 530 casos, aislamiento en 470, malas condiciones materiales de detención en 452, falta o deficiente alimentación en 403 casos, impedimentos de vinculación familiar y social en 295 casos, agresiones físicas en 212, requisa personal vejatoria en 155, traslados

[57] Comité Contra la Tortura. Comisión Provincial por la Memoria, Op. Cit. página 192.

[58] Comité Contra la Tortura. Comisión Provincial por la Memoria, Op. Cit. página 194.

constantes en 105, traslados gravosos en 101, robo y/o daño de pertenencias en 67 y amenazas en 28 casos.[59]

El relevamiento del R.N.C.T. durante 2017 pone a la vista que un 90% de los hechos de agresión física penitenciaria registrados resultó en lesiones para las víctimas, y que estas fueron de gravedad intermedia y severa en un 80% de los casos, mostrando que los reclusos habían vivenciado: múltiples impactos de balas de goma en distintas partes del cuerpo, dolores, raspones, inflamaciones, hematomas, hinchazones, cortes, pérdida de audición, baja de presión, convulsiones, desmayos, fracturas, luxaciones, dificultades para caminar y para respirar, derrames en los ojos y pérdida de visión, dolor de cabeza, fiebre, hemoptisis, hematuria y hemorragias digestivas.[60]

Las prácticas de malos tratos y torturas en el S.P.B., referidas puntualmente a las agresiones físicas padecidas por los reclusos por parte de funcionarios públicos, abarcan supuestos de utilización picana eléctrica, submarino seco o húmedo, abusos sexuales, golpizas[61], disparos a corta distancia, y en muchos casos se encubren detrás de la formación de partes disciplinarios contra los detenidos.[62]

Detalla en informe que en el período del año 2017 se cargaron y analizaron 3.375 partes disciplinarios iniciados por hechos de violencia y que fueron padecidos por 5.760 víctimas, habiendo generado su formación hechos que el Servicio Penitenciario calificó como: autolesiones, agresión entre personas detenidas y pelea entre personas detenidas. En 591 casos el S.P.B. realizó intervenciones violentas, que incluyeron desde

---

[59] Comité Contra la Tortura. Comisión Provincial por la Memoria, Op. Cit. páginas 231 y 232.

[60] Comité Contra la Tortura. Comisión Provincial por la Memoria, Op. Cit. páginas 231 y 232.

[61] Comité Contra la Tortura. Comisión Provincial por la Memoria, Op. Cit. pág. 259.

[62] El régimen disciplinario que se aplica a los detenidos prevé la aplicación de sanciones por faltas leves, medias o graves que puedan cometer en su lugar de detención, las que no solo afectan la conducta del interno sino que dan fundamento a períodos de aislamiento en celda propia o en los denominados "buzones".

golpes hasta disparos con munición antitumulto[63] que en los pequeños espacios donde se originan producen enormes consecuencias físicas en las personas que los reciben.

Luego de formado el expediente disciplinario, a los detenidos se los priva de acceder a actividades físicas y recreativas, de recibir visitas, y muchas veces heridos, son recluidos en su celda o en el áreas de separación ya sea por aplicarse la sanción en forma anticipada o por "resguardo físico", generando una detención en la detención[64], que "coloca a las personas en una situación de mayor vulnerabilidad dentro del sistema, sometiéndolas a situaciones peores que las que se intentan prevenir. A ello se suma el hecho de que la medida carece de plazo formal (…) además, los aislamientos por medida de seguridad penitenciaria y sin sanción formal muestran la discrecionalidad del S.P.B., que inscribe bajo estas formas medidas ilegales sin control ni explicación y promueven situaciones de mayor vulneración de derechos."[65]

Por otra parte, la superpoblación y las malas condiciones materiales de detención, agravan sobremanera la forma en la que ésta se desarrolla por condiciones insalubres, generando deterioros físicos y psicológicos en los reclusos, y manifestándose, según el Comité en: falta de acceso a sanitarios que obliga a orinar en botellas, defecar en bolsas o directamente en el piso de las celdas, funcionamiento deficiente de letrinas e inodoros que presentan pérdidas o no pueden desagotarse y que hace que las personas detenidas estén permanentemente en contacto con orín y materia

---

[63] Comité Contra la Tortura. Comisión Provincial por la Memoria, Op. Cit. páginas 211 y 212.

[64] La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado respecto del aislamiento equiparándolo a tortura por las graves consecuencias que trae aparejadas en el individuo. Puntualmente en el caso Suárez Rosero (1997) indicó: "…el aislamiento del mundo exterior produce en cualquier persona sufrimientos morales y perturbaciones psíquicas, la coloca en una situación de particular vulnerabilidad y acrecienta el riesgo de agresión y arbitrariedad en las cárceles". Con posterioridad, en el caso Cantoral Benavides Vs. Perú, sentencia del 18 de agosto de 2000 señaló que "el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se ve sometida la victima representen, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la integridad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano"

[65] Comité Contra la Tortura. Comisión Provincial por la Memoria, Op. Cit. página 197.

fecal, falta de vidrios en las ventanas, que genera la exposición a temperaturas extremas y humedad, agravado por la falta de calefacción o de refrigeración, ingreso de lluvia, de insectos y de roedores, falta de elementos de higiene personal para la celda y de acceso a duchas, que impide el aseo y la limpieza, hacinamiento - que multiplica la generación de desechos y favorece la transmisión de enfermedades, falta de colchones o mal estado de colchones, que intensifica dolores corporales y provoca el contacto del cuerpo con superficies frías y húmedas, inundación de las celdas, que incrementa la humedad, moja las pertenencias de las personas y provoca accidentes, precariedad de las instalaciones eléctricas, mal funcionamiento de candados y puertas de las celdas, falta de elementos de seguridad frente a siniestros, que comportan riesgos de electrocución y quemaduras.[66]

No pueden dejar de exponerse otras prácticas habituales de S.P.B.: el recuento y las requisas personales[67] (en muchos casos vejatorias) y de celdas, que suelen vulnerar la dignidad humana, de forma recurrente.

Señalado todo esto, surge evidente que la detención no se desarrolla en la forma que prevé la normativa nacional y convencional, y que, entendiendo que el tiempo no solo tiene una faz cuantitativa sino también una cualitativa, en la que se había previsto el desarrollo de la detención, es necesario implementar una acción de revisión de pena como mecanismo procesal tendiente a regular el contenido aflictivo de la sanción, que se ve incrementado por las condiciones carcelarias señaladas, los tratos arbitrarios o cualquier tipo de violencia intracarcelaria[68].

---

[66] Comité Contra la Tortura. Comisión Provincial por la Memoria, Op. Cit. página 301.

[67] La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso “Penal Miguel Castro Castro vs. Perú”, emitió una sentencia en fecha 25 de noviembre de 2006, en la que condenó internacionalmente al Estado peruano por las violaciones a derechos humanos cometidas, entre las cuales consideró a las requisas dentro del conjunto de prácticas vulneradoras de derechos de los detenidos.

[68] “En cuanto al derecho a la integridad personal, dicho tribunal señaló que "es de tal importancia que la Convención Americana lo protege particularmente al establecer, inter alia, la prohibición de la tortura, los tratos crueles, inhumanos y degradantes y la imposibilidad de suspenderlo durante estados de emergencia.

Entonces, ¿qué acciones se pueden implementar a fin de regular el contenido aflictivo que adquiere la pena en todas las variables que se han expuesto?

Ya lo había advertido Zaffaroni: "El reconocimiento de esta realidad generará problemas hasta ahora no planteados y hasta jurídicamente curiosos (…) No hay a este respecto reglas expresas que indiquen, por ejemplo, cómo se convierte una pena corporal de torturas o cualquier otra crueldad en tiempo de privación de libertad a efectos de compensarlo en la individualización de la pena legal. Por ello, la conversión de las penas crueles para imputarlas a las penas legales será una cuestión discutible en cuanto al modo de hacerlo."[69]

Y si bien es cierta la afirmación precedente, por cuando no hay un sistema establecido, la propuesta que se efectuará vendría a saldar una obligación legal que el Estado no ha cumplido respecto manda del art. 14 inc. 1° de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, que específicamente establece que todo Estado Parte debe velar porque su legislación garantice a la víctima de un acto de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada.

La voz "reparación" ingresa a la propuesta, pero en forma alguna implica la renuncia a una indemnización económica, que el penado puede exigir independientemente de la compensación que se conceda en tiempo existencial.

En el mismo sentido, art. 11 de la resolución 3452 -XXX- de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, de 09/12/1975, "Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes", reza: "Cuando se demuestre que un acto de tortura u otros

---

Agregó que el derecho a la integridad personal no sólo implica que el Estado debe respetarlo (obligación negativa), sino que, además, requiere que el Estado adopte todas las medidas apropiadas para garantizarlo (obligación positiva), en cumplimiento de su deber general establecido en el art. 1.1. de la Convención Americana" (confr. considerando 45 de la causa "Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus" CFallos: 328:1146C)…" (CSJN, 22/12/2009 "Gatica, Susana Mercedes c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios", G. 383.XL)

[69] Zaffaroni. E. R., *op cit*. pág. 363 y 364.

tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes han sido cometidos por un funcionario público o a instigación de éste, se concederá a la víctima reparación e indemnización, de conformidad con la legislación nacional."

Por su parte, el art 63.1 del Pacto de San José de Costa Rica acoge el mismo principio, declarando que cuando se decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esa Convención, la C.I.D.H. dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados, disponiendo si fuera procedente que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización.

Por lo señalado, el Incidente de Revisión de Pena (en adelante, I.R.P.) se propone como un mecanismo procesal que, por aplicación del art. 5.2 de la Convención Americana, permita equilibrar el desfase de algunos de los aspectos que se hayan transfigurado como pena ilícita y que debería incluirse en la ley de Ejecución Penal de la Nación, facultando al juez de ejecución o juez competente de controlar el desarrollo de la sanción, a modificar el quantum de la pena firme por sucesos que ocurran en la detención, como modo adecuado de reparación. La modificación no afectaría la declaración de hechos contenida en la sentencia firme, sino únicamente el monto de la pena carcelaria.

En este sentido ha dicho Roxin: "Una prohibición estricta de modificar las sentencias que rigiera sin excepciones le serviría tan poco al aseguramiento de la paz jurídica como la realización sin barreras del Derecho Penal. Por ello, el orden jurídico debe admitir el quebrantamiento de la cosa juzgada"[70]

Pero antes de comenzar a indicar cuál es el tramite propiamente dicho que debería tener el I.R.P. debe discriminarse cuáles de los acontecimientos que implican una privación arbitraria de derechos, excediéndose de la privación de libertad ambulatoria autorizada en la pena, podrían computarse como pena ilícita.

---

[70] Roxin, C. *"Derecho procesal penal"*, Buenos Aires. Editores del Puerto, 2003, pág. 441.

En I.R.P. no puede ser un elemento para saldar las equivocaciones de las decisiones político-criminales ni las deficiencias de la administración. Sin desconocer ni minimizar los efectos que cada hecho que agrava la detención tiene el individuo, el mecanismo de revisión debe circunscribirse a aquellos supuestos en que se hayan lesionados bienes jurídicos protegidos, vulnerando el derecho de los detenidos a recibir un trato digno (art. 5.2 C.A.D.H.), afectando la proporcionalidad del castigo, y constituyendo un "castigo durante el castigo".

Tal como se expusiera oportunamente, la pena se presume inmodificable durante la detención, estableciendo el art. 24 C.P. un noción cuantitativa lineal, que computa por cada día de detención un día sin analizar las variables cualitativas.

Ahora bien, el I.R.P.[71] incorpora la noción de la medida cualitativa, y para poder traducir esa dimensión en tiempo existencial es necesario contar con indicadores o parámetros para establecer en qué supuestos procede el computo de pena ilícita.

Puede considerarse que esa discusión ha sido saldada por Vacani, quien ha indicado: "El objetivo es que la matriz cualitativa recorra el camino inverso de la racionalidad cuantitativa, para ofrecer un saber práctico que esté integrado por herramientas teóricas que permitan valorar el ejercicio del poder punitivo en su dato temporal concreto. En razón de ello, para traducir estas lesiones a la valoración de la cantidad de poder punitivo aplicado (…) *la noción de bien jurídico resulta ser el eje central de la alteración cualitativa de la medida…"*[72].

Por ello, de todos los casos que han tomado los tres registros analizados, deben considerarse susceptibles de cuantificación aquellos en los que el Estado ha lesionado

---

[71] Se diferencia de la Acción de Revisión, prevista en la legislación de forma (a título de ejemplo, arts. 479 y siguientes del Código Procesal de la Nación y art. 467 y siguientes del Código Procesal de la provincia de Buenos Aires) en los que precede la revisión de la sentencia por diversos supuestos pero que no evalúan la trayectoria temporal de la detención ni la ilegalidad adquirida por la pena en relación al trato recibido por el penado.

[72] Vacani P. La cantidad, *op. cit*., pág. 384.

los bienes jurídicos que está compelido a proteger, es decir, que procedería la formación del I.R.P. cuando el penado haya padecido, por responsabilidad directa o indirecta del Servicio Penitenciario:

a) Lesiones a la libertad personal.

Padeciendo amenazas, coacciones, privación ilegítima de libertad durante el encarcelamiento (dentro de la cual se incluye el aislamiento).También se ubican aquí delitos pluriofensivos, como severidades, vejaciones y/o apremios ilegales y tortura.

b) Lesiones a la vida o a la integridad personal.

En esta categoría se incluyen los homicidios tentados, las lesiones leves, graves o gravísimas, abarcando en ellas las que se generen por abuso de armas y uso desproporcionado de la fuerza, generadas por el personal del Servicio Penitenciario y por hechos violentos entre detenidos.

Se ubican aquí también: el abandono de persona, configurado por la falta o deficiente asistencia médica, malas condiciones materiales de detención y falta o deficiente alimentación.

c) Lesiones contra la integridad sexual.

Aquí se incluyen todas las modalidades de abuso sexual que puedan padecer los detenidos, tanto por parte del personal del Servicio Penitenciario como por parte de otros detenidos.

d) Abuso de autoridad e incumplimiento de los deberes de funcionario público.

Si bien el bien jurídico lesionado en este tipo de delitos es la administración pública, lo cierto es que estos delitos se comenten en el contexto de la violencia institucional y en perjuicio directo de las personas detenidas, afectando su dignidad y la proporcionalidad del castigo. En estos supuestos se encuentran incluidas las requisas personales vejatorias y de celdas que implique destrucción y daño a la propiedad de los

detenidos[73], el recuento, la aplicación de sanciones colectivas, los traslados, impedimentos de vinculación familiar y social y la imposibilidad arbitraria de acceso a la progresividad, al trabajo y a la educación.

El I.R.P. debiera ser incluido en la Ley Nacional de Ejecución, ya que si bien las provincias poseen su propias leyes penitenciarias, la 24.660 establece un piso de derechos comunes[74] que rigen a todos las personas que se encuentran cumpliendo pena de prisión en el ámbito del país y es la forma de garantizar a nivel nacional el cumplimiento del Pacto, así como la garantía de la igualdad ante la ley consagrada por el art. 16 C.N. A su vez, siendo que la ley de 24660 es complementaria del Código Penal, constituye una facultad de competencia del Congreso de la Nación de conformidad con el art. 75 inc. 12 CN.

El ya citado art. 3 de la ley 24660 establece la obligación judicial de garantizar 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, por lo tanto, a las competencias establecidas por el art. 4 del mismo cuerpo legal[75], debiera añadirse la posibilidad de reducir el monto de la pena firme impuesta en sentencia de condena en atención a las resultas del I.R.P.

---

[73] Se toma un concepto jurídico de propiedad, según el cual el patrimonio está integrado por los derechos subjetivos patrimoniales de la persona, reconocidos por el Derecho Público y el Derecho Privado, siendo integrado también por cosas sin de valor económico, pero dotadas de valor afectivo (Donna, Edgardo Alberto "Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II" Santa Fe. Rubinzal – Culzoni Editores, 2001, pág 11.)

[74] "La ley vigente se trata de una clara norma marco que es constitucional pues no impide ni avanza sobre las legislaciones de ejecución penal provinciales, sino que establece su adecuación, debiendo interpretarse que establece un marco mínimo de régimen, más allá del cual pueden avanzar las provincias en sus respectivas legislaciones" (Conf C.S.J.N. Fallo Verbitzky. Op cit.)

[75] Establece el art. 4 de la ley 24660 que es 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;

b) Autorizar todo egreso del condenado del ámbito de la administración penitenciaria.

Dicho esto, un nuevo capítulo debiera incorporarse a la ley, y si bien contendría cuestiones procesales que se encuentran delegadas a las provincias, constituirían, una vez más, el marco mínimo que el procedimiento debiera tener para concluir en una modificación de una parte de la sentencia, constituida solo porque aquella que establecía el monto de la pena carcelaria.

Esta recuantificación de la sanción, tramitaría a pedido de parte en proceso de conocimiento que respete todos los derechos y garantías que posee un individuo sometido a proceso penal, principalmente contenidas en los art. 18 y 19 de la Constitución Nacional y también en los Tratados Internacionales.

El litigio debería ser breve, por estar tratándose cuestiones que por su gravedad requieren una solución rápida y eficaz, y por el derecho que posee toda persona a obtener una resolución en un plazo razonable, y a tener tiempo y medios para producir la prueba, conforme establece el art 8.2.c de la C.A.D.H y el 14.3.b del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Siendo necesario garantizar también la oralidad, la inmediatez y la celeridad, se debiera fijar una primera audiencia en que las partes puedan plantear los hechos, ofrecer la prueba e invocar el derecho aplicable. Luego de esa primera audiencia se abriría el proceso a prueba, quedando ya fijada la fecha de la audiencia de revisión, que será la que pondrá fin a la incidencia y en la que se analizará toda la prueba producida, se solicitará la recuantificación y el Juez decidirá sobre el fondo del asunto, siempre de acuerdo a la pretensión de las partes.

A la audiencia de revisión se podrán citar testigos, peritos y exponerse en ese acto cualquier elemento pertinente, dado que es carga de cada parte acreditar los hechos que invoque (onus probandi)

Se pretende que este trámite sea adversarial, bilateral y contradictorio, con igualdad de posiciones frente al proceso, por lo que todos los intervinientes deben tener la posibilidad de ofrecer y producir la prueba en el plazo otorgado.

Serán partes en ese incidente: el Ministerio Público Fiscal, el penado y su defensor, pudiendo participar el Ministerio de Justicia en representación del Servicio Penitenciario. Tanto la víctima como el particular damnificado del hecho que fundó la

imposición de la sentencia podrán ser notificados del trámite pero sin tener posibilidad de peticionar, toda vez que el I.R.P. no constituiría un beneficio sino una obligación estatal y un derecho de detenido, quien posee respecto de su sentencia de condena un relación equiparable al derecho de propiedad (art. 17 C.N.), tanto respecto del quantum como de las condiciones de desarrollo.

Es fundamental la inviolabilidad de la defensa del penado, entendiéndola como "el insoslayable derecho subjetivo individual de carácter público, de intervenir en el proceso penal en todo momento, de probar y argumentar en él, por sí o por medio de abogado todas las circunstancias de hecho y fundamentos de Derecho…" [76], esto incluye el derecho a ser oído, a contar con una defensa eficaz y efectiva, teniendo la posibilidad de producir prueba para acreditar los hechos que invoca y controlar la prueba producida por las otras partes, exponer sus razones fácticas y jurídicas, y peticionar un monto especifico de disminución de pena.

Es decir, durante el procedimiento debe garantizarse la defensa material y técnica, el derecho a intervenir en todos los actos que abarque el incidente desde su inicio hasta su culminación, contando con el derecho a interrogar a los testigos y peritos que participen, ya sean propuestos por el mismo o por la fiscalía.

Tanto la audiencia de inicio como la audiencia de revisión deben ser orales, públicas, garantizando la inmediación, la celeridad y la publicidad del proceso, consecuencia del principio republicano y democrático de gobierno (art. 1 C.N.).

La reducción operará cuando exista un certeza respecto de que los hechos han ocurrido en la forma en que fueron alegados por el penado y su defensa y que han constituido una lesión a un bien jurídico mientras se encontraba detenido a disposición del poder estatal, quien resultaba garante de su seguridad, y por acción y omisión no pudo concretar sus fines.

---

[76] Jauchen, E. *"Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo I".* Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2012, pág. 110 y 111.

Como la finalidad es que en razón de los eventos ocurridos en detención se produzca una disminución en el monto de la pena impuesta, el juez deberá fundar el grado de la recuantificación en: la gravedad de los hechos ocurridos y su modalidad, las condiciones personales y vulnerabilidad del penado, las particularidades del caso, la extensión del daño producido y el bien jurídico lesionado[77].

En base a todo ello podrá optar por hacer o no lugar a la revisión, y en caso de hacerla, podrá reducir el monto de la pena proporcionalmente, estableciendo un nuevo día de vencimiento o considerándola compurgada.

La decisión del juez respecto de denegar la disminución o disminuirla en un monto menor al requerido, sería apelable únicamente por el penado y su defensor, ante el organismo superior, no solo por la garantía de doble conforme sino porque generaría un agravio de imposible reparación ulterior

No sería apelable ni por el Fiscal ni por el Ministerio de Justicia en ninguno de los supuestos, dado que rige en este caso el principio que entiende que "la concepción del recurso contra la sentencia condenatoria como garantía (doble conforme) impide conceder el recurso contra la sentencia al acusador…"[78]

Firme y consentido el nuevo cómputo, la pena impuesta cambiará la fecha estipulada para su vencimiento, y pasará a tener una nueva, lo que implica, también, una modificación en los plazos para acceder a la progresividad y los beneficios liberatorios. En caso de considerarlo el Juez en relación a la gravedad de los padecimientos, podrá considerar la sanción penal compurgada, lo que producirá que esta venza a todos sus efectos.

---

[77] "Siendo penas deben compensarse con las penas legales que se les imponga por el mismo delito o con la que ya venga sufriendo por ese hecho (…) La individualización del monto compensatorio deberá hacerse partiendo de la jerarquía del derecho que afectó el comportamiento de los agentes del Estado y de la magnitud de la lesión a ese derecho." Zaffaroni E.R *Las penas crueles*, op cit., pág. 365.

[78] Maier Julio B. J. "Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos." Buenos Aires, Ediciones Del Puerto, 2012, pág. 485.

El incidente de revisión no podrá depender de la investigación penal que se forme en relación a los hechos que se denuncien, toda vez que se trata de trámites disimiles y con finalidades diferentes. En ningún caso podrá el Juez postergar la resolución a las resultas de la investigación o el juicio penal.

8 - Reflexiones finales.

El cómputo de pena se ubica en nuestra legislación como un trámite realizable al adquirir firmeza la sentencia, un mero proceso de cuantificación que indica el momento en que se la ha empezado a cumplir y aquel en que vencerá, como dijera Messuti, "cuando se habla del tiempo de la pena se habla de números, como si los números pudieran decirnos algo de lo que sucede durante el tiempo que miden".[79]

Se ha observado a lo largo del presente trabajo que el análisis sobre la pena de prisión no puede limitarse a la contabilización de plazos y no evaluar la cantidad de poder punitivo habilitado y el trato punitivo efectivamente padecido por el individuo.

El I.R.P. dimensionaría el contenido que, como se ha analizado con el relevamiento de las fuentes efectuado, efectivamente tiene la detención, las violaciones a los derechos humanos que ocurren detrás de los muros y se encuentran silenciadas para la sociedad en general, y para los poderes estatales en particular, que conviven a diario con la violencia institucional, pero operan fagocitados por la misma violencia que habilitan.

Indica Vacani: "La pregunta ¿Qué tiempo ha transcurrido?, que reduce el objeto del tiempo a la métrica cuantitativa requiere una pregunta previa: ¿qué trato se le ha aplicado? (…) Por lo tanto, en la cuantificación, ese tiempo debe ser significado como tal y no representado en su deber ser, es decir, como mera privación de libertad. El momento de la cuantificación no implica la realización de un mero cómputo – que

[79] Messuti Ana. *"Más allá del tiempo como pena*". En "La medida del castigo: el deber de compensación por penas ilegales". Buenos Aires, Ediar, 2012, página 35.

respondería a la primer pregunta – sino que en dicho acto la medida de tiempo debe reconocer un proceso histórico, es decir, esa experiencia temporal transcurrida"[80].

Este trabajo ha querido reconocer el dolor de esas experiencias y valorarlo en el sentido más capitalista que la palabra tiene para los teóricos de la criminología, esto es, traducirlo a un tiempo contabilizable[81], pretendiendo con ello restablecer la legalidad, pero de ninguna manera "gestionar" las vulneraciones a los derechos humanos de los detenidos, que resultan inadmisibles desde cualquier óptica.

Los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino y la posición de garante que posee respecto de aquellos individuos que se encuentran bajo su custodia, vuelve imperativo el plantear soluciones rápidas y eficaces, para garantizar el goce de los derechos afectados, la dignidad, la proporcionalidad y la humanidad de las penas.

Es imposible dejar de señalar que la situación actual de los detenidos en la provincia de Buenos Aires ha empeorado notoriamente debido a la superpoblación. Conforme los Informes del Ministerio de Seguridad de fecha 22/8/2019 y los informes del Ministerio de Justicia de la Provincia de Buenos Aires de fecha 2 de septiembre de 2019, existen 48.827 personas privadas de la libertad en todo el territorio provincial.

Teniendo en cuenta la superpoblación aludida, en el mes de octubre del año 2019 el Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires elaboró un documento instando a los distintos organismos que participan en el proceso penal de la provincia a tomar medidas que disminuyan el alojamiento de personas en establecimientos carcelarios, recomendando la implementación de algunas de las

---

[80] Vacani P. A. *"El contenido histórico del tiempo existencial de prisión"* en "La medida del castigo: el deber de compensación por penas ilegales", Zaffaroni, E. R: (dirección). Buenos Aires, Ediar, 2012, págs 311 y 312.

[81] "Evidencia económico-moral de una penalidad que monetiza los castigos en días, en meses, en años, y que establece equivalencias cuantitativas delitos-duración". Foucault, M. *"Vigilar y Castigar. El nacimiento de la prisión".* Siglo XXI, Buenos Aires, 21 edición, 2006, pág. 234.

siguientes medidas: elaboración de un Protocolo de Actuación para el alojamiento de personas privadas de su libertad, evaluación por parte del Ministerio Público Provincial del empleo de los criterios relativos a la coerción personal, reforzar el uso racional de la prisión preventiva, propiciar la externación seleccionada de detenidos en el ámbito del Servicio Penitenciario así como su alojamiento en Unidades Penitenciarias de otras provincias, sancionar una ley de cupos, sugerir la evaluación de procesos de conmutación de pena y alternativas a la pena de encierro, entre otras.[82]

Por otro lado, en diciembre de 2019 la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires mediante la resolución 3341/19[83] también llamó a adoptar diversas medidas frente a la situación de las personas privadas de la libertad, recordando a los magistrados la absoluta prohibición de alojamiento de menores, personas enfermas y mujeres embarazadas en dependencias policiales, encomendando a la Subsecretaría de Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad, la Secretaría de Planificación y otras áreas del Tribunal la evaluación de la conveniencia y factibilidad de la creación de un "Registro de Clausura" de dependencias policiales, instando al Procurador General de la provincia a evaluar el empleo de criterios relativos a la coerción personal reiterando la importancia del uso racional de la prisión preventiva, el uso de medidas alternativas o morigeradoras de la prisión preventiva, excarcelación extraordinaria y en su caso del sistema de monitoreo electrónico, encomendar el seguimiento de la Ley de Cupos, entre otras.

---

82 Tribunal de Casación de la provincia de Buenos Aires. “documento sobre las condiciones de detención en la provincia de buenos aires (RC. 2301/18)” Recuperado en http://www.pensamientopenal.com.ar/miscelaneas/48189-documento-del-tribunal-casacion-penal-bonaerense-sobre-condiciones-detencion

83 Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires. Resolución 3341/19. Disponible en http://www.scba.gov.ar/institucional/nota.asp?expre=Adopci%F3n%20de%20medidas%20frente%20a%20las%20graves%20condiciones%20de%20detenci%F3n%20en%20comisar%EDas,%20alcaid%EDas%20y%20unidades%20del%20Servicio%20Penitenciario%20Bonaerense.&veradjuntos=no

En idéntico sentido el Procurador General de la provincia de Buenos Aires el 23 de diciembre de 2019 mediante resolución 918/19[84] dejó sin efecto la Resolución PG N° 567 del 23 de agosto de 2013 e instruyó a los miembros del Ministerio Público Fiscal a reevaluar las medidas de coerción cuando las condiciones de alojamiento puedan importar un trato cruel, inhumano o degradante, encomendando la utilización de todas las modalidades que prevé la ley en materia de morigeración de la prisión preventiva, o sus alternativas.

Entonces, en virtud de lo antedicho, es evidente que este proyecto de innovación, es solo una de las múltiples acciones que el Estado podría implementar, a fin de comprender los efectos de las prácticas punitivas sobre el las personas privadas de libertad, e incorporar nuevas nociones, que existen en la realidad aunque se las ignore: la noción de la medida cualitativa, la dimensión de tiempo abarcativa del espacio y las condiciones, el trato más gravoso como una vulneración a los derechos humanos, la prohibición absoluta de aplicar cualquiera pena cruel, inhumana o degradante durante el encierro.

El reconocimiento de esas dimensiones y la posibilidad de traducirlas a un tiempo computable y compensable, así como la concepción de un proceso de ejecución penal provisto de garantías, en que el penado sea un sujeto de derecho que conserve todos aquellos que no han sido afectados por la sentencia, implica no solo un cambio de paradigma sino una acción específica contra el nuevo holocausto que configura el actual periodo de "Gran Encierro"

Ya Nils Christie había calificado como un «nuevo holocausto» las políticas de encarcelamiento masivo, que al momento de la publicación de su libro mantenían a más de un 1.200.000 personas privadas de libertad en EEUU[85].

---

84 Procuración General de la provincia de Buenos Aires. Resolución 918/19. Disponible en https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/087/685/000087685.pdf

85 Christie, N. *"La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?"* Buenos Aires. Ediciones del Puerto. 1993.

Y es esta definición la que hace que el problema de las violaciones a los derechos humanos de los detenidos sean un problema de todos nosotros, en tanto seres humanos.

Como ha dicho Rita Segato al referir que la cuestión de los femicidios constituía un holocausto en afirmaciones que resultan aplicables al problema en cuestión, estos "crímenes son patrimonio, aprendizaje y lección de la humanidad toda. Ni se encuentran sus perpetradores fuera de un horizonte de humanidad común, ni están sus víctimas dotadas de una cualidad esencial o idiosincrática que las distinga de todos los otros pueblos masacrados de la historia. (…) Se instalan tiempos sombríos, cuyo origen y causa no atinamos a identificar porque el sufrimiento causado nos parece que se exhibe y manifiesta exclusivamente en otros"[86]

La espectacularización de los castigos propia del suplicio ha desaparecido, se desarrollan en la actualidad detrás de altos muros que los hacen invisibles a la sociedad, que enceguecida por el discurso de la seguridad y el populismo punitivo, no se escandaliza ante el dolor de "los otros". La espectacularización actual no está en la exhibición de los cuerpos, sino en la estrategia del poder reproductor de violencia que se muestra impune.

Y aquí es apropiado traer a colación la cita vertida por Lila Caimari en su texto "Apenas un delincuente": "El modo de castigar al criminal indica el grado de civilización de cada sociedad"[87].

La cárcel no dejará de existir, y a su función en la reproducción de la delincuencia debe interponerse una propuesta superadora, dirigida a la humanización de los castigos, con la finalidad de limitar el poder punitivo, en lo referente al contenido que el trato punitivo tiene en cada proceso individual en que el tiempo de prisión se manifiesta.

---

[86] Segato, R. *"La guerra contra las mujeres".* Buenos Aires, Prometeo Libros, 2018, pág. 56.

[87] Caimari Lila "*Apenas un delincuente".* Buenos Aires. Siglo XXI Editores, 2004, pág. 31.

9. - Referencias bibliográficas.

- Anitua, Gabriel Ignacio (2015) “Historia de los pensamientos criminológicos” Buenos Aires. Didot.

- Berterame, Celina. (2013) “La reparación mínima en tiempo vivencial por sufrimiento de prisión arbitraria”. Recuperado en: http://www.derecho.uba.ar/investigacion/transferencia-cuadernillo-eugenio-raul-zaffaroni.pdf

- Bourdieu, P.(1993) “Espíritus de Estado. Génesis y estructura del campo burocrático" en Actes de la Recherche en Ciencias Sociales, Nº 96/97.

- Caimari, Lila. (2004) “Apenas un delincuente”. Buenos Aires. Siglo XXI Editores Argentina.

- Christie, N. (1988) “Los Limites Del Dolor”. México. Fondo De Cultura Económica, S. A. De C. V. Av. De La Universidad.

- Christie, N. (1993) “La industria del control del delito. ¿La nueva forma del Holocausto?”. Buenos Aires. Ediciones del Puerto

- Comité Contra la Tortura. Comisión Provincial por la Memoria “Informe anual 2018. El sistema de la crueldad XII” Página 204. Recuperado en: http://www.comisionporlamemoria.org/project/informes-anuales/.

- De Folter, Rolf; Hulsman, Louk; Scheerer, Sebastian (1989) “Abolicionismo Penal”. Buenos Aires. Ediar.

- Donna, Edgardo Alberto (2001) “Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II” Santa Fe. Rubinzal – Culzoni Editores

- Falcone, Roberto A. y Madina, Marcelo A. (2010) “El proceso penal de la provincia de Buenos Aires” Buenos Aires. Editorial Ad Hoc

- Ferrajoli, Luigi (2016) “Epilogo: Jurisdicción y ejecución penal. La cárcel: una contradicción institucional” en Garcia Borés Espí Josep y Rivera Beiras, Iñaki, “La cárcel dispar” Barcelona, Ediciones Bellaterra.

-Foucault Michel (2006) “Vigilar y Castigar. El nacimiento de la prisión”. Buenos Aires. Editorial Siglo XXI.

- Hulsman Louk. Jacqueline Bernat De Celis. (1984) “Sistema Penal Y Seguridad Ciudadana: Hacia Una Alternativa” Barcelona. Editorial Ariel, S. A.

- Jauchen, Eduardo. (2012) “Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo I”. Santa Fe. Rubinzal Culzoni.

- Lasagabaster, Iñaki (1994) “Las relaciones de sujeción especial” Madrid, Civitas.

- Maier Julio B. J. (2012) “Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos.” Buenos Aires. Ediciones Del Puerto.

- Mathiesen, Thomas (2003) “Juicio a la prisión”. Buenos Aires. Ediar.

- Medina Villarreal, S (2007) “Estándares en materia de condiciones de detención y uso de la fuerza en el control de lugares de detención” en Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano, Revista CEJIL, Año II Número 3.

- Messuti Ana (2012) “Más allá del tiempo como pena”, publicado en “La medida del castigo: el deber de compensación por penas ilegales” coordinado por Pablo Andrés Vacani, dirigido por Eugenio Raúl Zaffaroni. - 1a ed. - Buenos Aires. Ediar.

- Olaeta, Hernan (2009) “Encuestas de Victimización: Una mirada fundamental para el análisis de la cuestión criminal” Bs As. ILSED.

- Pitch, Tamar (2003) “Responsabilidades limitadas, actores, conflictos y justicia penal” Buenos Aires. Ad Hoc.

- Procuración de la provincia de Bs As. “Informe Preliminar sobre datos vinculados con Investigaciones Penales comprendidas por la Res. PG N° 1390/01” disponible en https://www.mpba.gov.ar/files/content/Informe%201390.pdf

- Procuración de la provincia de Bs As. “Informe complementario del Informe Preliminar sobre datos vinculados con Investigaciones Penales comprendidas por la Res. PG N° 1390/01” Disponible en https://www.mpba.gov.ar/files/content/Informe%201390-2017.pdf

- Procuración General de la provincia de Buenos Aires. Resolución 918/19. Disponible en https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/087/685/000087685.pdf

- Rafecas, Daniel Eduardo (2010) “La tortura y otras prácticas ilegales a detenidos”. Buenos Aires, Editores del Puerto.

- Rivera Beiras, Iñaki, (1997) “La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría”, Barcelona, Bosch.

- Rivera Beiras, Iñaki (2010) “Abolir O Transformar”. Buenos Aires. Estudios Del Puerto.

- Roxin, Claus (2003) “Derecho procesal penal”. Buenos Aires. Editores del Puerto

-Salt, Marcos Gabriel (1999) “Los derechos fundamentales de los reclusos”, Buenos Aires, Editores del Puerto.

- Segato, Rita (2018) “La guerra contra las mujeres”. Buenos Aires. Prometeo Libros.

-SNEEP Informe anual 2017. Disponible en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/sneepbuenosaires2017.pdf

- Sozzo, M. (2003) “Pintando a través de números. Fuentes Estadísticas de conocimiento y gobierno democrático de la cuestión criminal en Argentina”. Critica Penal.

- Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires. Resolución 3341/19. Disponible en http://www.scba.gov.ar/institucional/nota.asp?expre=Adopci%F3n%20de%20medidas%20frente%20a%20las%20graves%20condiciones%20de%20detenci%F3n%20en%20comisar%EDas,%20alcaid%EDas%20y%20unidades%20del%20Servicio%20Penitenciario%20Bonaerense.&veradjuntos=no

- Tribunal de Casación de la provincia de Buenos Aires. “documento sobre las condiciones de detención en la provincia de buenos aires (RC. 2301/18)” Recuperado en http://www.pensamientopenal.com.ar/miscelaneas/48189-documento-del-tribunal-casacion-penal-bonaerense-sobre-condiciones-detencion

- Vacani Pablo Andrés (2012) “El contenido histórico del tiempo existencial de prisión” En “La medida del castigo: el deber de compensación por penas ilegales”. Buenos Aires. Ediar.

-Vacani, Pablo Andrés (2013) “El tiempo de la pena y el tiempo en el encierro. Apuntes para el análisis del campo de prisión y la acción concreta en el campo judicial” Recuperado en: http://www.derecho.uba.ar/investigacion/transferencia-cuadernillo-eugenio-raul-zaffaroni.pdf

-Vacani, Pablo Andrés (2014) “La determinación punitiva en la fase ejecutiva de la condena” publicado en “Determinación judicial de la pena y Ejecución de la pena Compendio de doctrinas” Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus.

- Vacani Pablo Andrés (2015) “La cantidad de pena en el tiempo de prisión. Sistema de la medida cualitativa” Buenos Aires. Editorial Ad Hoc.

- Vacani, Pablo Andrés. “Debido proceso, condiciones carcelarias y régimen cognoscitivo. Introducción al sistema procesal de la ejecución penal”. Recuperado en http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/11/doctrina47125.pdf

- Zaffaroni, Eugenio Raúl (1998) “Tratado de Derecho Penal. Parte General” Buenos Aires, Ediar.

- Zaffaroni, E.R., Alagia, A. y Slokar, A. (2002) “Derecho Penal. Parte General”, Buenos Aires. Ediar.

-Zaffaroni, E.R., (2012) “La cuestión criminal”. Buenos Aires. Planeta.

- Zaffaroni, E.R. (2012) “Las penas crueles y la doble punición”. Publicado en “La medida del castigo: el deber de compensación por penas ilegales”, coordinado por Pablo Andrés Vacani ; dirigido por Eugenio Raúl Zaffaroni. - 1a ed. - Buenos Aires : Ediar, 2012).

- Zaffaroni, E. R. (2013) “La medida cualitativa de prisión en el proceso de ejecución de la pena” Recuperado en: http://www.derecho.uba.ar/investigacion/transferencia-cuadernillo-eugenio-raul-zaffaroni.pdf