

Mendoza, 21 de Octubre de 2.014

Ref: AMICUS CURIAE

“ZABALETA MATIAS P/EJECUCIÓN”

SR. JUEZ DE EJECUCIÓN:

FABRICIO IMPARADO, Procurador de las Personas Privadas de Libertad de la provincia de Mendoza y **LUCAS LECOUR**, Presidente de Xumek y miembro del Comité Local para la Prevención de la Tortura, en nuestro carácter de representantes e integrantes de la Comisión Provincial de Prevención de la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (C.P.P.T.), constituyendo domicilio legal para estos efectos en calle 25 de Mayo 685, Godoy Cruz, Mendoza (CP 5501) en autos N° , caratulados “ZABALETA MATIAS P/EJECUCIÓN DE SENTENCIA”, de la manera más atenta nos presentamos y respetuosamente decimos:

I.- OBJETO:

El presente escrito tiene por fin que el Tribunal nos tenga presentados en carácter de “*amicus curiae*”, a fin de expresar nuestras opiniones en torno a la materia de controversia en autos y someter a su consideración argumentos y aportes que consideramos de trascendencia para la sustentación del actual proceso judicial, solicitando se admita la presentación y se tomen en cuenta nuestras apreciaciones al momento de resolver.

II.- SOBRE LA ADMISIBILIDAD DEL *AMICUS CURIAE*.

1. El “*amicus curiae*”, que en su acepción etimológica significa “*amigo del Tribunal*”, institución de antiguo origen que responde efectivamente a su nombre etimológico: una persona que se acerca amigablemente a la autoridad judicial llamada a resolver una controversia y de manera voluntaria, con el ánimo de contribuir en el debate y en la decisión final, aporta sus conocimientos y experiencia sobre las materias que se encuentran en discusión en un proceso judicial, en la seguridad de que podrán ser tomados en consideración por los juzgadores al momento de resolver. Se trata de terceros, ajenos al problema que se discute en las Cortes o Juzgados, pero que tienen evidentemente, un interés justificado y legítimo en que sus opiniones puedan ser escuchadas¹.

2. La institución proviene del derecho anglosajón y es una práctica consolidada en países como Inglaterra, Estados Unidos (Regla 37 de las Reglas del Tribunal Supremo) o Canadá (regla 18 de las Reglas del Tribunal Supremo). En términos generales, puede definirse como aquella persona física o jurídica que, careciendo de legitimación para participar en un litigio como parte principal ni tercero, asiste al tribunal mediante la aportación de fuentes adicionales de información objetiva.

¹ Véase LOAYZA TAMAYO, Carolina y PIEROLA BALTA, Nicolás de. Los informes de *amici curiae* ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Anuario de Derecho Internacional N° XII, 1996. Universidad de Pamplona. Páginas 451-4. Véase también en Revista de Derecho y Ciencias Política. Lima, 1995. Vol. 52 (N° 2); 1996, Vol. 53 (N° 3); 1997, Vol. 54 (N° 1), págs. 161-219. Véase también LOAYZA TAMAYO, Carolina; y PIEROLA BALTA, Nicolás de. Los informes de *amici curiae* ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Revista Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. No. 5. II Época, 1er. Semestre 1995. Lima, 1996, pág. 4-21.

3. El *amicus curiae* tiene un fin social también, pues no se limita a la intervención directa en la apreciación y análisis del caso controvertido en cuanto al derecho y aspectos jurídicos. Siendo éste su fin primordial, a partir de allí persigue fomentar la *democracia participativa*, posibilitando el acceso del pueblo a las decisiones que adoptan los tribunales; procurando garantizar el más amplio *debate* en los casos de trascendencia institucional o que resulten de interés público. De allí que, en definitiva, es un instrumento útil para abrir canales de participación y fortalecer la representación de personas o grupos motivados por un interés público en la toma de decisiones judiciales.

4. El *amicus curiae* tiene raigambre en el Derecho Internacional. Se le reconoce en los tribunales internacionales y regionales que se ocupan de la protección de los Derechos Humanos, como los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia (artículo 74 de las Reglas del Tribunal) y para Ruanda, la Corte Penal Internacional (artículo 103 de las Reglas de Procedimiento), o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (artículo 36 (2) de la Convención Europea de Derechos Humanos). Incluso la Corte Internacional de Justicia, pese a no contar en su Estatuto con ninguna disposición que le otorgue tal facultad, ha asumido en alguna ocasión la potestad de tomar en consideración comunicaciones *amicus curiae* en el ejercicio de su jurisdicción consultiva. Y en el ámbito de las organizaciones internacionales y regionales de carácter económico, cabe destacar la previsión de las comunicaciones *amicus curiae* en el procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (artículo 37 del Estatuto) y ante el Grupo de Inspección del Banco Mundial (artículo 50 de los Procedimientos Operacionales).

5. La institución del *amicus curiae* se encuentra comprendida dentro de los alcances del artículo 44 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y el artículo 54.3 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos prevé de forma expresa la posibilidad de presentarse en calidad de *amicus curiae* ante dicho tribunal.

6. En América Latina, se puede mencionar que en Argentina se ha reconocido que la institución del *amicus curiae* forma parte de una tradición jurídica universal y nuestra Corte Suprema ha reglamentado su ejercicio en caso de interés público. Ha sido aceptada por los tribunales de países de nuestro continente como Chile y Paraguay. Incluso, por acción de los propios jueces su naturaleza ha sufrido una transformación: de una inicial colaboración neutra con el tribunal se ha transformado en una suerte de interventor comprometido con una de las partes.

7. El "*amicus curiae*" se ha convertido, así pues, en una institución que tiende a brindar aportes a la mejor resolución de las controversias. Desde ese punto de vista constituye un instrumento valioso para reforzar los argumentos en determinados temas que deban ser resueltos por los órganos jurisdiccionales.

8. El *amicus* "tiende a hacer transparente el debate público y la toma de posición ante asuntos que, siendo tratados por los tribunales, tienen una trascendencia social que va más allá de las particularidades del caso"².

² Citando a Martín ABREGÚ y Cristian COURTIS, "Perspectivas y posibilidades del *amicus curiae* en el derecho argentino", *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*, PNUD y Editores del Puerto, 2ª Edición, Bs. As., 1998.

III.- INTERÉS DE LA C.P.P.T. EN EL CASO:

La Comisión Provincial de Prevención de la Tortura de la Provincia de Mendoza fue creada mediante Ley Nro. 8.284 (B.O. 16/05/2011) como órgano de aplicación local del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura de Naciones Unidas. La mencionada Ley confirió a la Comisión plena capacidad para actuar en los ámbitos del derecho público y privado en ejercicio de las funciones asignadas, con independencia técnica, jerárquica y funcional respecto a cualquier otra autoridad, órgano u organismo provincial, determinando como su misión la defensa y protección de los derechos y garantías de toda persona que se encuentre o pueda encontrarse privada de su libertad de cualquier modo, en cualquier tipo de establecimiento bajo jurisdicción y control del Estado Provincial. Asimismo sus facultades se extienden a la protección de aquellas personas alojadas en entidades de carácter privado de las que no puedan egresar libremente, bajo cualquier forma de demora, retención, detención, internación o custodia, sea por orden de autoridad judicial, administrativa o de otra autoridad privada o pública, a instancia suya o con su consentimiento expreso o tácito. Entre las funciones generales de la CPPT encontramos:

- Visitar periódicamente y sin previo aviso los lugares en que se encuentren o pudieran encontrarse personas privadas de su libertad, con fines preventivos y claramente disuasivos.

- Controlar en forma permanente el trato que reciben las personas privadas de su libertad en los lugares de detención o durante los traslados, con miras a fortalecer su protección.

- Entrevistarse libre y privadamente con las personas privadas de su libertad.
- Mantener reuniones con familiares, magistrados y funcionarios judiciales, abogados, médicos y otros profesionales de la salud.
- Acceder sin restricción alguna a toda la información referida a las personas y a los lugares de detención, retención o internación, compulsar documentos, acceder a todo tipo de archivos, expedientes administrativos y judiciales.
- Hacer informes sobre las situaciones verificadas y efectuar recomendaciones a las autoridades competentes con objeto de mejorar el trato y las condiciones de las personas privadas de su libertad.
- Supervisar las condiciones de trabajo del personal de custodia.

Como se puede apreciar, siguiendo los criterios internacionales en la materia, el legislador mendocino acogió una acepción amplia de privación de libertad, asegurando así la presencia de un organismo independiente, objetivo y ajeno a los poderes del Estado en todo tipo de “instituciones totales”.

Este contexto sirve como base al interés de la CPPT en la actual presentación como *amicus curiae*, teniendo en cuenta que la ley mendocina ha sido regresiva en materia de derechos de las personas privadas de su libertad, al imponer condiciones más gravosas y elevando el piso de requisitos para el acceso a determinadas instancias del Régimen Progresivo de la Pena y, en algunos casos, prohibiendo el avance progresivo.

IV.- BASE FÁCTICA.

En el caso en cuestión, la defensa de Matías Zabaleta se encuentra cuestionando la constitucionalidad de la ley provincial N° 8.465 establecida como Código de Ejecución de la Pena privativa de libertad de la Provincia de Mendoza, particularmente su artículo 72 que es, quizás, uno de los que más dificulta la progresividad del régimen de ejecución de la pena, interponiendo condiciones más gravosas que las establecidas en la Ley Nacional 24.660.

La ley ahora controvertida apareció en el plexo normativo provincial como un desprendimiento de una, a nuestro criterio, errónea interpretación de los artículos 228 y 229 de la Ley 24.660. Ello nos lleva a la antigua y aún no resuelta cuestión de las facultades legislativas en materia de ejecución de la pena.

Si pretendemos encontrar algún origen documentado de la problemática que representa, podríamos remontarnos a la **Comisión** de legislación penal y carcelaria “**Argerich- Piñero-Reyna O'Connor**” que, ya en **1893**, señalaba con absoluta claridad: “...*La constitución Nacional ha querido que exista en la República Argentina una uniformidad completa de la penalidad, estableciendo al efecto que no habrá más que un Código Penal vigente en toda su extensión, y esa unidad de la penalidad jamás habrá de conseguirse mientras no existan disciplinas carcelarias idénticas para las diversas Penitenciarías existentes en la República...*”

El Diputado **Rodolfo Moreno (h)**, al debatir sobre cuestiones penales y penitenciarias en el Congreso a fines de los años '20,

sostenía: *“Es necesario que se dicte la ley carcelaria, una ley en la que se establezca el régimen de penalidad en primer término, pero el régimen de la penalidad en toda la República y bajo el sistema progresivo, si fuera posible, porque hoy en cada cárcel, en cada provincia y en cada lugar, se cumplen las penas como les parece oportuno a los gobiernos locales, es decir que, habiendo o debiendo haber un solo Código Penal, la aplicación de las represiones se hace de una manera totalmente diferente en unos y en otros lugares, como si no pertenecieran todos al mismo país”.*

Tal como afirma **Sergio Delgado** "Los arts. **228** y **229** de la Ley 24.660, en tanto disponen que la nación y las provincias procederán, a revisar la legislación y las reglamentaciones penitenciarias existentes a efectos de concordarlas con sus disposiciones y que la Ley es complementaria del Código Penal, solamente vienen a reiterar los arts. **131** y **132** del Decreto-Ley n° 412/58 ratificado por la Ley n° 14.467 (Ley Penitenciaria Nacional), que disponían sustancialmente lo mismo.

V. ANALISIS JURIDICO:

A) Facultades Legislativas:

La Constitución Nacional adopta la forma de Estado Federal, lo que significa la coexistencia de **dos órdenes**: El gobierno federal y los gobiernos provinciales, realizando un reparto de competencias legislativas a través de la delegación de los provinciales al federal.

Es sabido que el Congreso Nacional por delegación expresa provincial posee potestad para dictar tres clases de **leyes nacionales**: **locales, COMUNES y federales.**

Entre las leyes **COMUNES** figuran los **CÓDIGOS** que legislan de manera general y estable con relación a todo el territorio de la República,

Pero también se consideran **COMUNES las leyes** que se declaran incorporadas a esos Códigos, así como las que, no mediando tal declaración, los integran, modifican, o amplían.

Entonces, lo que pretendemos acá es interpretar, si la legislación que regula la **EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES** previstas por el "Código Penal" es también una competencia **delegada** por las provincias al gobierno central, si es una actividad **concurrente** o, por último, si es una materia **no delegada** al gobierno federal.

¿Qué pasa, en este aspecto en concreto?

En Argentina y pese a la contundencia del Art. **229 de la Ley 24.660**. — **"Esta ley es complementaria del Código Penal"** de igual manera algunas provincias se han "permitido" opciones respecto al tema:

- Las provincias de Tucumán, Jujuy, San Luis, Salta, Chaco, Santiago del Estero, La Rioja, Río Negro y Neuquén, **aplican directamente** la 24.660, sin más, al entenderla complementaria del Código.
- Entre Ríos, San Juan y Mendoza han dictado **leyes de adhesión** total a la ley nacional, sin formular ningún tipo de reserva.

La postura del legislador mendocino sobre la temática aparece muy claramente representada en el Artículo Primero de la Ley Provincial **6.513** (del 6 de agosto de 1997), que dice: *"Adhiérese, en cuanto es materia de legislación provincial, a la ley de la Nación 24660, que regirá en los*

establecimientos penitenciarios de la provincia de conformidad con las reglamentaciones que dicte el Poder Ejecutivo”.

Esta declaración, se nos presente cuanto menos como “polémica” por lo rotundo. ¿Es tan así? ¿Es realmente materia de legislación provincial?

- Por último, algunas provincias han legislado la ejecución con independencia de la Ley Nacional (excluyendo la aplicación de la Ley Nacional en su territorio), tales como Córdoba, Buenos Aires y Catamarca.

Como se puede apreciar, se trata de todo un **caos normativo** que se agrava aún más con el dictado de las diferentes reglamentaciones.

De todos modos, hasta el momento y antes de la existencia de este **nuevo Código de Ejecución mendocino**, las legislaciones provinciales **no** se habían alejado TANTO de la Nacional.

Ahora bien, tenemos que preguntarnos:

- ¿qué ocurre si tenemos una legislación provincial que establece un listado de delitos, en los cuales el autor no podrá acceder a ninguna instancia de progresividad, listado que va mas allá de los dispuesto en el, ya cuestionado, art. 56 bis de la Ley de Ejecución Penal?

- ¿Y si esa misma legislación deroga las salidas transitorias por afianzamiento de lazos familiares y sociales (casi la totalidad de las Salidas Transitorias son por este motivo)?

- ¿Y si esa misma legislación local recorta el tiempo de la Libertad Asistida a 3 meses en lugar de los clásicos 6 meses?

Mendoza, con este nuevo Código, se separó de su posición anterior “de adhesión”, al incluir entre sus polémicos artículos una derogación expresa de la Ley N° 6.513. La provincia queda ahora situada en la tercera postura expuesta respecto de las facultades.

Bueno, tenemos un alejamiento claro y casi... “desafiante” no sólo de la Ley Nacional N° 24.660 y la Constitución misma, sino de los compromisos internacionalmente adquiridos.

B) Teorías o Posturas respecto de las Facultades

Legislativas:

Al respecto podemos recordar, que dicha problemática ya se presentaba con la predecesora Ley Penitenciaria Nacional (Decreto-Ley 412/1958 ratif. por Ley 14.467), y **dos posturas (que podríamos llamarlas “clásicas”)** fijaban su pensamiento:

PRIMERA: en donde encontramos a **Núñez, Soler, Fontán Balestra, Creus, la primera posición de Zaffaroni, Edwards, Laje Anaya y López).**

Ellos entendían que la competencia en la materia era exclusiva del Parlamento nacional, toda vez que las provincias, dentro de las potestades delegadas a la Nación, habían encomendado expresamente el dictado del Código Penal, mandato que importa **implícitamente** la regulación consecuente de *“todo lo atinente a las modalidades del régimen de ejecución de la pena”*, procurando garantizar de ese modo la vigencia de los Principios constitucionales de **Legalidad e Igualdad**: esto al determinarse previamente en una norma escrita el desenvolvimiento del régimen penitenciario en miras a un trato procesal uniforme a la persona privada de libertad en todo nuestro país.

Entonces, siendo la Ley Penitenciaria Nacional *complementaria* del Código Penal (así lo dicen los Art. 131 de la Ley Penitenciaria Nacional y el Art. 228 Ley 24.660), y por ende Derecho de fondo o Común, la competencia legislativa del Congreso Nacional resultaba privativa y excluyente.

En un primer trabajo de 1983, **Eugenio Zaffaroni** sostenía que la facultad legislativa penitenciaria no podía quedar bajo la potestad de las provincias, a riesgo de quebrantarse en la práctica el Art. 16 CN, ya que: *“dos penas que se ejecutan de modo diferente son diferentes, y el art. 16 de la Constitución Nacional exige que el delincuente goce o no del sistema progresivo (o de otro) tanto en Buenos Aires como en Jujuy”*.

Algo muy distinto sucede cuando se trata de la dirección, administración y contralor de los establecimientos penitenciarios que, sin dudas pertenece a la órbita legislativa provincial.

También para **Sebastián Soler** *“cuando se sancionó el C.P. quedó sobreentendido que debía dictarse una ley penitenciaria general complementaria del Código Penal, a objeto de que a través de ella pudiera alcanzarse en el país un cierto nivel de uniformidad en la ejecución de las penas privativas de libertad”* (1978).-

SEGUNDA: Por el otro lado, concurrían autores que concebían que la delegación legislativa provincial a la Nación comprendía **únicamente** la sanción de los Códigos enumerados taxativamente en el texto constitucional, mientras que los restantes, no detallados, sean tanto de fondo como de forma, correspondían a la competencia de las legislaturas provinciales (máximo exponente **Italo Lúder -1958-**). *“En nuestra organización federativa el*

gobierno central es un gobierno de poderes enumerados y los gobiernos de provincias de poderes remanentes; los primeros son limitados, los últimos generales y comunes...”

Quizás esta postura peca de ser literal al extremo respecto del art. 75 inc. 12.

Además de las posturas tradicionales expuestas, **modernamente**, se expone:

TERCERA: (Zaffaroni-Alagia-Slokar, Ceruti y Rodríguez, Herbel, Perano, Celsi, etc.) Quizás la que más adeptos tiene en la actualidad, y cuya aplicación surge de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el conocido fallo Verbisky³, que evita esta larga discusión sobre las facultades legislativas, dando a entender que eso es indiferente, que en realidad, por imperio del art. 228 la norma nacional viene a actuar como un “**piso**”, un mínimo de derechos que el legislador provincial podría “**elevantar**” respecto de las personas privadas de libertad, aún a costa del principio de igualdad.

Expresa nuestro máximo tribunal que *“los arts. 228 y 229 de la ley 24.660 son constitucionales en tanto se los entienda como asignando a dicha ley Nacional el carácter de marco garantizador mínimo para las respectivas legislaciones provinciales”*, por lo que resulta constitucionalmente admisible para las provincias dictar regulaciones que garanticen *“en igual o mayor medida los derechos de los presos”* consagrados en la ley “marco” nacional.

³ CSJN, fallo “Verbisky, Horacio s/Habeas Corpus”, sentencia del 3 de Mayo de 2005.-

Agrega: “... el art. 16 constitucional no puede interpretarse de mala fe y, por ende, la cláusula **pro homine** prohíbe una igualdad para peor. Por lo tanto el principio de que no puede lesionarse la igualdad en la ejecución penal se satisface con un *standard mínimo de garantías*, que puede y debe ser establecido por el estado federal”.... Observamos que Eugenio Zaffaroni, previo al fallo ya había adopta una segunda postura sobre el tema al expresar que: “En síntesis, creemos que los arts. 228 y 229 de la ley 24.660 son constitucionales, en tanto se los entienda como asignando a dicha ley el carácter de marco garantizador mínimo para las respectivas legislaciones provinciales. Esto significa que en esta materia las provincias pueden dictar sus propios códigos y perfeccionar en ellos los principios limitadores y las garantías más allá de lo que hace la ley nacional, pero nunca legislar en forma menos limitadora ni con menores garantías” (cfr. Eugenio Raúl Zaffaroni, dictamen remitido a la Sra. Diputada Martha Arana, de la H. Cámara de Diputados de la Pcia. de Córdoba, junio 22 de 1988).-

CUARTA: Sergio Delgado sostiene que ante una hipótesis concreta de conflicto normativo entre una norma **nacional** y otra **provincial** será menester verificar cuál es la “*norma más idónea para la resocialización*” aspirada por el constituyente. No se detiene en la discusión de fondo, sino simplemente elabora un sistema para dilucidar que norma aplicar ante un conflicto particular y específico.

QUINTA: Sostenida por Julio Maier, similar a la primera postura, pero haciendo una distinción en la naturaleza de la norma al expresar que: “*la solución a la disputa sobre las competencias legislativas requiere... discriminar en el texto de la ley de ejecución, cuáles son las normas del derecho penal*”

material (definición legal del contenido de la pena), las procesales y las de derecho administrativo”.

En lo que respecta a **las normas materiales**, es claro que integran el derecho común que, por mandato constitucional, corresponde al Congreso de la Nación. En estos aspectos, la Ley de Ejecución tiene plena vigencia en todo el territorio del país sin que ni siquiera sea necesario que las provincias dicten leyes de adhesión o modifiquen sus normas tal como pretende el artículo 228 de la ley 24.660.

En el caso de las **normas procesales o administrativas**, al estar comprendidas en las facultades legislativas reservadas por las provincias, deben ser dictadas por las autoridades legislativas provinciales.

Sólo a estas últimas normas puede referirse el artículo 228 de la ley 24.660: la indicación a las provincias sobre la necesidad de adecuar su legislación al nuevo texto normativo se refiere a las normas procesales y administrativas y no a las reglas de fondo que se aplican desde la sanción de la ley sin necesidad de pronunciamiento alguno por parte de las legislaturas provinciales.

Un ferviente defensor de esta postura también es **José Daniel Cesano**, para quien la letra del Art. 229 es sumamente clara: al ser la 24.660 “complementaria” del código Penal, esto significa que es de derecho común y parcialmente modificatoria del Código, quedando absorbida por la norma constitucional que le habilita la legislación en cabeza del Congreso.

Aún si no existiera este Art. 229, para él la solución sería la misma ya que, **“basta que sus normas legislen sobre materias que por su naturaleza correspondan a los códigos”.**

Afirma, junto con **Esteban de la Fuente** que “cuando la CN le otorga al Congreso la facultad de dictar el código Penal, no puede entenderse que ello se limita al tipo y duración de las penas, sino que indudablemente comprende la posibilidad de regular el contenido mismo de su ejecución y las modalidades de su cumplimiento”.

SEXTA: Marcos Salt elabora una interesante crítica a la última postura de Eugenio Zaffaroni y al fallo Verbitsky.

Para él también es facultad del Congreso de la Nación legislar en materia penitenciaria. Entre sus argumentos señala que “... *no caben dudas de que el principio de **igualdad** exige que dos penas iguales se ejecuten de manera igual en todo el país y que el hecho de que se conviertan en penas diferentes sólo porque sea diferente la provincia donde deben cumplirse constituye una violación al mentado principio*”

El autor hace una defensa férrea de la facultad nacional legislativa sobre la materia de ejecución, y siempre priorizando el principio de igualdad. Critica a la Corte, y a su criterio del “marco mínimo” principalmente considerando que todas aquellas normas de la Ley 24.660 que tengan la característica de definir el **contenido cualitativo** de la pena son normas de **derecho penal material** que por imperio constitucional corresponden al congreso Nacional y no pueden ser modificados por las provincias **ni siquiera de manera más beneficiosa**.

Salt argumenta que la idea de que las provincias pudieran legislar de manera diferente atendiendo a las diferentes realidades regionales (por ejemplo, es evidente la diferencia que puede existir entre las posibilidades de control de una salida transitoria en una provincia como Tierra

del Fuego y la Ciudad de Buenos Aires), es atractiva desde un punto de vista **político criminal** pero inviable desde el punto de vista constitucional como lo sería también la modificación de la escala punitiva de un tipo penal atendiendo a estos mismos criterios.

C) Primera Conclusión:

A modo de conclusión con relación a las distintas posturas antes expuesta, creemos que a esta altura estamos en condiciones de afirmar que, sea cual fuere la postura que se asuma respecto a las facultades de legislar sobre ejecución penal, hay ciertos parámetros ya difícilmente discutibles:

1° El Derecho Penal material define qué es una pena, cómo y cuándo debe ejecutarse.

2° El Derecho Procesal Penal le compete instituir los órganos judiciales y el procedimiento adecuado para decidir en los casos

3° Corresponde al Derecho Administrativo decidir sobre la dirección y administración de establecimientos de ejecución penal.

Por lo tanto:

- Va a ser inconstitucional, o simplemente no va a ser aplicada por los jueces, una normativa que sea más restrictiva de derechos respecto de la Ley Nacional.

- Igual destino va a tener una normativa que viole o desconozca los principios generales que rigen la ejecución penal, como son los principios de legalidad, igualdad, progresividad, inocencia, resocialización, judicialización, etc.

- De igual modo una normativa que vaya contra los instrumentos internacionales de protección, incorporados por la Constitución Nacional al orden normativo argentino.

D) Finalidad del Nuevo Código de Ejecución:

Si bien el nuevo Código de Ejecución Penal de Mendoza deroga la adhesión a la Ley Nacional 24.660, en su estructura de progresividad de la pena mantiene las disposiciones de aquella. Sin embargo, el criterio sostenido a lo largo de su articulado, se basa principalmente en un claro **endurecimiento** de las condiciones y requisitos de acceso a las diferentes instancias del régimen progresivo, al punto de desnaturalizar algunos institutos propios, impidiendo a ciertos condenados su acceso.

La Ley contiene una serie de disposiciones, tanto de fondo como procedimentales, que intentan contener todo lo relativo a la ejecución de la pena. Si bien se menciona la misma finalidad de la pena privativa de la libertad que la Ley Nacional, se omite la clara referencia a la limitación del encierro y se agregan otros objetivos que generan un cambio sustancial de la privación de libertad, al expresar que: *“El objetivo de la ley es lograr la adecuada inserción social de los procesados y condenados a través de la asistencia, tratamiento y control y la protección de la sociedad frente al crimen...”* (Art. 8º). Diferencia que llama poderosamente la atención, aun más al incluir a los procesados.

Por otro lado, resulta llamativa la disposición del Art. 11 del mismo, que establece los derechos que les corresponden a los internos (sean procesados o penados) desconociendo que las personas privadas de su libertad son sujetos de derecho y sólo tienen restringidos ciertos derechos,

gozando plenamente de los demás, por lo que, en todo caso, lo que una ley de ejecución debería enumerar serían los derechos restringidos de un penado, no a la inversa.

Asimismo, se exige la extracción de ADN de los penados para el Registro de Huellas Genéticas Digitalizadas, como un requisito para el acceso al período de observación y se pretende en esta etapa “**modificar la personalidad del interno**”, algo impropio desde la psicología, en función que las estructuras de personalidad no se modifican, a diferencia de los modos de funcionamiento disocial, entendiéndose como tal a las conductas.

Por otro lado eleva, en todos los casos, el requisito de calificación de conducta y concepto para el acceso a las distintas fases y etapas del régimen. Asimismo el legislador ha optado por eliminar, lisa y llanamente y para todos los casos, las salidas transitorias cuando el objetivo de las mismas es “*afianzar y mejorar los lazos familiares y sociales*”. Además, incrementa el tiempo de condena para el acceso a las modalidades de ejecución de salidas transitoria y semilibertad.

En relación a la Libertad Asistida, ahora podrá obtenerse 3 meses antes del cumplimiento de la condena (en la Ley 24.660 es a los 6 meses) y habiendo alcanzado el grado máximo de conducta según el tiempo de internación.

Por último, el Art. 72, quizás el más polémico de todo el articulado, impide el acceso a salidas transitorias, semilibertad, prisión discontinua, semidetención y libertad asistida, a los condenados por los siguientes delitos: 1) Homicidio simple (art. 79 C.P.) y homicidio agravado (art. 80 C.P.); 2) Delitos contra la integridad sexual (arts. 119 segundo, tercer y cuarto

parrafo, 120 segundo parrafo, 124, 1 25, 125 bis, 1 26, 127, 130 tercer párrafo y 167 incisos 1) y 2) C.P.); 3) Robo agravado (art. 166 C.P.); 4) Homicidio en ocasión de robo (art. 165 C.P.); 5) Tortura seguida de muerte (art. 144 tercero, inciso 2 C.P.). Los reincidentes también se verán privados de estos derechos, al igual que todos aquellos a los que *prima facie* no proceda el otorgamiento de la libertad condicional. Impidiendo además al Gobernador el indulto y la conmutación de penas en estos casos.

La presente ley fue presentada en ambos recintos de la Legislatura Provincial como una solución a la “inseguridad” de los mendocinos, puesto que tiene por objeto prevenir futuros delitos, por lo que, si pensamos que su elaboración como política criminal se basa en una teoría criminológica, podríamos argumentar a su favor que responde a los postulados de la Escuela Clásica, por el convencimiento de que el castigo es único medio útil para reducir la delincuencia, al entender al hombre como un ser racional que se mueve sobre la base del cálculo de utilidad; libre, para optar por una u otra vía; y a-moral, ya que las consideraciones morales se ven desplazadas en beneficios de la consideraciones de utilidad⁴. Sin embargo, después de un siglo de criminología, las posteriores escuelas (Escuela Positivista, Escuela de Chicago, Teoría de la asociación diferencial, de la anomia, de las subculturas, del control, del etiquetamiento, la criminología crítica y las teorías integradoras) han lograr demostrar mediante estudios empíricos la fragilidad de la premisa anterior.

Sin embargo, atento al contexto en el que fue presentado el referido proyecto, podemos afirmar que la misma resulta una de respuesta urgente frente a los reclamos sociales de mayor seguridad, careciendo

⁴ Elena LARRAURI PIJOAN, “Política Criminal. ¿Para que sirve la Criminología?”, Consejo General del Poder Judicial. Madrid. pág. 23 y 24.

de cualquier análisis de racionalidad basado en los postulados de alguna de las teorías que intentan explicar la comisión de hechos delictivos.

En otro orden de ideas, con el objeto de realizar un análisis racional del nuevo código de ejecución penal, y siguiendo en este punto la dinámica de la legislación de Diez Ripollés⁵ que analíticamente describe, podemos observar que:

a) En la **Fase Prelegislativa**, la que constituye un proceso sociológico complejo formado por cinco etapas sucesivas, en la presente ley, las mismas se dieron en forma incompleta y desorganizada.

Si bien existió una acreditada disfunción social (primera etapa), es decir, la ausencia de una relación simétrica entre una determinada situación social y su respuesta jurídico penal, que dio paso a un malestar social (segunda etapa) al establecerse actitudes punitivas reinadas por el riesgo, miedo y preocupación por la inseguridad, generando la formación de una opinión pública (tercera etapa) que se manifestaba en las calles y reflejaban los medios de comunicación, ello no dio lugar a un programa de acción (cuarta etapa) elaborado por grupos de expertos, basado en datos o análisis de la realidad empírica social, sino que el proyecto de ley (quinta etapa) fue producto de grupos de presión mediática, los familiares de las víctimas y oportunismos políticos, sin contar con estudios que avalaran la necesidad de la misma y la consecuencias prácticas de su aplicación.

b) En la **Fase Legislativa**, la iniciativa fue presentada por el Diputado Luis Petri, junto al padre de Matías Quiroga exigiendo su

⁵ José Luis DIEZ RIPOLLES, “Presupuestos de un modelo racional de legislación penal”, Doxa, Universidad de Alicante.

tratamiento sobre tabla e impidiendo una correcta deliberación y análisis en comisión de expertos, habida cuenta la presión que la opinión pública y los medios de comunicación ejercían al resto de los miembros del recinto. Algunos legisladores manifestaron a los medios de prensa que, aun conociendo la inconstitucionalidad que pesaría indefectiblemente sobre la Ley, no querían cargar con el costo político de su rechazo⁶. El proyecto fue aprobado en ambas cámaras con algunas modificaciones de redacción, pese a las duras críticas realizadas por numerosos expertos quienes, teniendo en cuenta los resultados, sencillamente fueron ignorados. Lo más alarmante fue el desconocimiento en la temática que demostraron, a lo largo del proceso de aprobación legislativa, los propios funcionarios encargados de crear leyes; los que, al momento de votar, lo hicieron sin titubeos pese a la falta de información y educación sobre la implicancia de una ley en tal sentido y las distintas razones por las cuales será declarada inconstitucional.

c) En la **Fase Postlegislativa**, aun no podemos realizar una evaluación de los efectos, atento a que la misma está siendo aplicada recientemente, no obstante, podemos observar que debido a la presión mediática, en la actualidad se ha endurecido el régimen progresivo de la pena, conforme al aumento permanente de la población penitenciaria y a las manifestaciones de los operadores del sistema de ejecución⁷.

Ahora bien, atento a lo expuesto en los apartados anteriores, y teniendo en cuenta la definición de racionalidad penal dada por el

⁶ Ver: <http://www.mdzol.com/mdz/nota/407772/>

⁷ Ver: <http://www.mdzol.com/mdz/nota/415519-advienten-que-el-efecto-cerrojo-ya-afecta-a-los-presos-en-mendoza-y-se-tensa-el-clima-en-las-carceles/>

autor que seguimos⁸, según su modelo para la elaboración de las leyes, debemos analizar si la presente ley, pasa el tamiz de racionalidad penal en su aspecto estático, recordando que el modelo puede desglosarse en distintos tipos de racionalidades, siendo la primera el punto de partida del análisis, quedando las demás sujetas a ésta:

1) Racionalidad Ética: definida como un sistema de creencias, cultural e históricamente condicionado, que sustenta a una determinada colectividad, compuesta por tres grupos de principios: de protección, de responsabilidad y de sanción.

2) Racionalidad Teleológica: entendida como el momento de confrontar las bases éticas anteriores con los objetivos pretendidos en si mismos.

3) Racionalidad Pragmática: momento donde se produce la acomodación de los objetivos planteados en las decisiones legislativas a las posibilidades reales que tiene la norma jurídica de ser cumplida y aplicada.

4) Racionalidad Jurídico-Formal: entendida como aquella racionalidad destinada al logro de un sistema jurídico coherente.

5) Racionalidad Lingüística: definida como la cualidad de garantizar las habilidades comunicacionales de las normas jurídicas.

Atento al contenido de las mismas, observamos que la presente ley, resulta contraria a la racionalidad ética, principalmente en lo referente al grupo de principios que integran el principio de sanción, al

⁸ Ob. cit. 5. pág. 34 y 35.

desnaturalizar los principios de humanidad de las penas, agravando las condiciones de detención, al modificar el principio de los fines de la pena, desconociendo la finalidad de reinserción social de la pena privativa de la libertad, incluso reconocida en los tratados internacional de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 5.6 CADH y art. 10.3 PIDCyP) y al afectar el principio de igualdad y proporcionalidad, agravando los tiempos reales de privación de la libertad a lo que hermenéuticamente debe tenerse en cuenta, conforme lo previsto por el legislador nacional al fijar las penas, según el bien jurídico protegido.

En consecuencia, resulta innecesario continuar con el análisis metodológico de las siguientes racionalidades, al no lograr la nueva ley conformar la racionalidad ética, quedando las demás (teleológica, pragmática, jurídico-formal y lingüística) sujetas a ésta y en el orden indicado.

Por todo lo expuesto, debemos afirmar que el nuevo régimen de ejecución penal sancionado, responde únicamente a los intereses punitivistas, respondiendo únicamente a sus sentimientos de venganza, olvidando la resocialización del delincuente, pese a su soporte constitucional⁹

E) Segunda Conclusión:

El nuevo Código de Ejecución Penal de Mendoza que deroga la adhesión a la Ley Nacional 24.660 es inconstitucional por desnaturalizar principios y fines garantizados por nuestro Carta Magna y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con igual jerarquía (art. 75 inc. 22 de C.N.) a las personas privadas de libertad, tales como la finalidad de

⁹ José Luis DÍEZ RIPOLLÉS. “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. ARTÍCULOS ISSN 1695-0194 RECPC 06-03 (2004). pág. 12.

reinserción social de la pena privativa de la libertad, que exige humanidad de las penas y no agravamiento de las condiciones de detención, el principio de igualdad y el principio de proporcionalidad.

VI.- CONCLUSIÓN FINAL:

Teniendo en cuenta todo lo expuesto *ut supra*, entendemos que correspondería a Usía declarar la inconstitucionalidad del nuevo Código de Ejecución Penal de Mendoza por afectar derechos y facultades prevista en nuestra Carta Magna. Asimismo, teniendo en cuenta que a partir del caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, pesa sobre todos los miembros del Poder Judicial el deber de ejercer una especie de “*control de convencionalidad*” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, teniendo siempre en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana¹⁰. En consecuencia, corresponde no solo su declaración de inconstitucionalidad, sino también la de inconvencionalidad, por afectar derechos y garantías previstos en la Convención Americana de Derechos Humanos.

VII.- PETITORIO:

Con la intención que los argumentos aportados, proporcionen a V.S. elementos que le permitan asimilar criterios de parte de un organismo dedicado a la tarea de monitoreo de lugares de detención y ampliar la visión de la situación descrita en el caso de marras, solicitamos:

¹⁰ Conf. CORTE IDH, Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154. Párr. 124.

a) Se tenga por presentada a la Comisión Provincial de Prevención de la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (C.P.P.T.) como *amicus curiae* en la presente causa; y por constituido el domicilio legal indicado.

b) Oportunamente, se tengan en cuenta los argumentos jurídicos y sociales expuestos en el presente.

PROVEER DE CONFORMIDAD

POR SER JUSTICIA

LUCAS LECOUR

Comité Local para la Prevención de
la Tortura – Xumek

FABRICIO IMPARADO

Procurador de las Personas Privadas
de Libertad