

## LA GARANTIA CONSTITUCIONAL DE LEGALIDAD EJECUTIVA\*

Isidoro Sassón

### I. La garantía de legalidad ejecutiva como parte del bloque de constitucionalidad federal

La garantía constitucional de legalidad ejecutiva, forma parte del conjunto de garantías constitucionales aplicables a la ejecución de la pena privativa de libertad. Su significado y alcance, a partir de lo dispuesto por los arts. 18 –primera parte, primera disposición– y 19 –segundo párrafo– de la Constitución Nacional, debe ser interpretado en el marco de la evolución que se encuentra en esta materia.

Desde la teoría y la jurisprudencia, se ha ido señalando que la ejecución de la pena privativa de libertad, no tiene naturaleza administrativa y no es de competencia exclusiva del poder administrador. Por el contrario, constituye la última etapa del proceso penal y, por lo tanto, se encuentra sujeta a las garantías que son propias a esta clase de proceso. Esta conclusión se deriva de los arts. 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que se refieren a las garantías aplicables *durante* el proceso penal.<sup>1</sup> Lo expuesto significa que, “...*la justicia no puede detenerse en las puertas de las cárceles*”,<sup>2</sup> o, como lo tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “*el ingreso a la prisión, en tal calidad, no despoja al hombre de la protección de las leyes y, en primer lugar de la Constitución*”.<sup>3</sup>

El estudio de las garantías constitucionales en esta etapa del proceso, y entre ellas la de legalidad ejecutiva, exige ya no sólo tener en consideración las disposiciones previstas en el texto de la Constitución Nacional, sino también los Tratados Internacionales sobre derechos humanos, que a partir de la

\*Exposición realizada en el IX Encuentro de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE.

<sup>1</sup> Cf. Cafferata Nores, José I., *Proceso penal y derechos humanos*, 2ª edición actualizada por Santiago Martínez, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008, p. 234 y sgs.

<sup>2</sup> Cf. Cafferata Nores, *Proceso penal y derechos humanos*, p. 235.

<sup>3</sup> CSJN, “Romero Cacharane, Hugo A.”, 9/3/2004.

reforma constitucional del año 1994, adquirieron jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN).

La jerarquización constitucional de estos Tratados, que enriquece el marco de las garantías constitucionales, determina que la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Ley 24.660 –referida a la Ejecución de la pena privativa de la libertad–, como en general la de las distintas normas infraconstitucionales relativas a la ejecución penitenciaria, deban adecuarse no sólo a las garantías que surgen del texto de la Constitución Nacional del año 1853/60, sino también a las que se encuentran incluidas en los Tratados internacionales con jerarquía constitucional.

La jerarquización constitucional de los Tratados internacionales sobre derechos humanos, forma parte de un proceso de globalización de estos derechos, que tuvo lugar a partir de la segunda mitad del siglo XX. No se trata de una característica propia del orden jurídico argentino, como tampoco de una tendencia que se haya originado en nuestro país. El estudio comparado de los distintos ordenamientos jurídicos, da cuenta que se trata de un proceso que se extiende a países de Latinoamérica, como a otros de Europa, Asia y África, y que se manifestó en otras Constituciones con anterioridad a nuestra reforma constitucional del año 1994.<sup>4</sup>

La jerarquía constitucional de los Tratados enumerados en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, permite la formación de lo que en teoría se conoce como bloque de constitucionalidad federal, es decir, un conjunto de disposiciones que incluye a la Constitución y al resto de las normas internacionales, que materialmente no forman parte del cuerpo de la Constitución formal, con su mismo rango, y por el que se constituye un conjunto de garantías, y como parte de ellas la de legalidad ejecutiva, a favor de las personas sometidas a la ejecución de la pena privativa de libertad y que condicionan la validez constitucional de las normas que reglamentan su proceso de ejecución.

<sup>4</sup> Cf. Cesano, Daniel José, *Derecho penitenciario: aproximación a sus fundamentos*, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2007, p. 70 y sgs. El texto citado menciona como ejemplos de constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos a: Constitución italiana de 1947 (art. 10); Ley Fundamental para la República Federal Alemana de 1949 (art. 25); Constitución griega de 1975 (art. 28 –primer apartado–); Constitución portuguesa de 1976 (art. 8 –primer apartado–); Textos Constitucionales de la República Popular Democrática de Yemen de 1970 (art. 13 –primer párrafo–); Ley Fundamental de Malawi de 1966 (art. 2 –párrafo iii–); Constitución de Somalia de 1979 (art. 19); Ley Fundamental de Ecuador de 1992 (art. 44).

Estos tratados, según la propia literalidad del texto de la Constitución Nacional, tienen jerarquía constitucional *en las condiciones de su vigencia*. No hace al objeto principal de este trabajo ahondar en el debate referido a qué debe entenderse cuando la Constitución dice en las condiciones de su vigencia, pero si me parece oportuno precisar lo que tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En el año 1992, y por lo tanto con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, señaló: *“que los tribunales internos además de aplicar los instrumentos de derechos humanos, deben utilizar como guía interpretativa las decisiones de los organismos internacionales competentes para su interpretación”*.<sup>5</sup> Con posterioridad a la reforma constitucional, en el año 1995, en la causa Giroidi, consignó que, *“además de tener dicho rango las reservas efectuadas por la Argentina, también tendrían este valor las decisiones provenientes de los organismos internacionales competentes para su observación”*.<sup>6</sup> Cabe por lo tanto sostener que – en las condiciones de su vigencia –, son en las condiciones de vigencia del derecho internacional.

El conjunto de garantías que surgen de los Tratados internacionales jerarquizados constitucionalmente, tienden a explicitar y perfeccionar las garantías reconocidas por la Constitución Nacional, ampliando el ámbito de protección de los derechos individuales, acorde al reconocimiento y desarrollo que van adquiriendo los derechos humanos, y limitando, por consiguiente, el poder estatal. Este bloque de constitucionalidad federal, repercute en los distintos poderes del Estado. En el ámbito del Poder Legislativo, para que la legislación sancionada con anterioridad a la reforma constitucional del año 1994 se adecue debidamente a las garantías reconocidas por los Tratados internacionales; en el ámbito del Poder Judicial, constituyendo el deber de contralor jurisdiccional del proceso de ejecución de la pena, y en el ámbito del Poder Ejecutivo, para que, por una parte, la actuación de la administración penitenciaria, garantice el efectivo cumplimiento y aplicación de los Tratados internacionales, y, por otra, desarrolle una tarea de contenido pedagógico, destinada a la formación profesional del personal del servicio penitenciario para afianzar el cumplimiento de las garantías individuales.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> CSJN, “Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo”, 7/7/1992.

<sup>6</sup> CSJN, “Giroidi, Horacio D.”, 7/4/1995.

<sup>7</sup> Cf. Cesano, *Derecho penitenciario: aproximación a sus fundamentos*, ps. 78; 79; 80.

## **II. La garantía de legalidad ejecutiva vs. la doctrina de las relaciones especiales de sujeción**

No debería generar mayor debate, que la condena a pena privativa de libertad, no importa —para quien resulta penado— mayor restricción a sus derechos fundamentales, que en la estricta medida que resulta necesario para la ejecución de la pena. La garantía de legalidad ejecutiva, resulta a estos fines adecuada para mejorar las condiciones de detención de los internos. Su vigencia y operatividad permite corregir en alguna medida las restricciones a los derechos de los internos, que producen los efectos de una nueva determinación de la pena de contenido más gravoso a la impuesta por el tribunal.

La garantía de legalidad ejecutiva pone de manifiesto la tensión existente entre los derechos de los internos y la seguridad de la administración penitenciaria. De la propia tensión existente, deriva la necesidad de la preservación de un delicado y justo equilibrio, pero de la función que cumple como garantía individual, surge la necesidad de asegurar su efectiva vigencia en los casos en que, tras el pretexto de invocar razones basadas en la seguridad de la administración penitenciaria, se pretende restringir los derechos fundamentales de las personas privadas de su libertad como consecuencia de la imposición de la pena.

Si no se considera a la seguridad de la administración penitenciaria como una necesidad secundaria, resulta posible que se constituya en fuente de restricción de los derechos de los internos, pero nunca al extremo de su definitivo sacrificio. Lo contrario importa reconocer en el sistema penitenciario un orden interno o separado, que se encuentra ajeno al orden jurídico general del Estado o exento de los límites impuestos por medio de los derechos y garantías reconocidos en el bloque constitucional federal. No resulta esta una conclusión admisible, desde el momento que como se indica en la teoría<sup>8</sup>, sobre la base del reconocimiento del principio de igualdad, establecido por el art. 16 de la Constitución Nacional, y de los derechos fundamentales al individuo, e incluso en las formaciones sociales en las cuales se desarrolla su personalidad, no cabe la posibilidad de fundar teóricamente la existencia de un orden interno exento de los límites dispuestos por las reglas constitucionales. A partir del reconocimiento de esta conclusión, la noción teórica de especiales relaciones de sujeción o de sometimiento a una disciplina especial, no debe considerarse

<sup>8</sup> Cf. Ruotolo, Marco, *Derechos de los Detenidos y Constitución*, traducción de Pablo D. Eiroa, Ad-hoc, Buenos Aires, 2004, p. 54 y sgs.

admisible para entender que sus destinatarios son sujetos de un ordenamiento separado del Estatal. Construcciones de esta naturaleza, no resultan convincentes desde el momento que todo conjunto de reglas que constituyan una disciplina especial, no dejan de formar parte del ordenamiento jurídico general del Estado y por lo tanto deben ser compatibles con él.

La doctrina de las especiales relaciones de sujeción, a la cual habitualmente se recurre, para fundar la restricción de los derechos del interno, que se encontrarían ajenos a las garantías individuales, por ser consecuencia natural del estado de detención o del carácter aflictivo de la pena, resulta teóricamente débil al pretender justificar la existencia de un orden interno ajeno al propio ordenamiento jurídico general del Estado del cual forma parte.

Por medio del afianzamiento teórico de la garantía de legalidad ejecutiva, y de su efectiva operatividad en las decisiones de los jueces, se logra limitar la doctrina de las especiales relaciones de sujeción, cuyo origen se remonta a fines del siglo XIX y comienzos del XX, en el derecho público alemán, y que tiene a Laband como uno de sus originarios exponentes.<sup>9</sup> Por su intermedio se trata de explicar la existencia de espacios vacíos en el derecho estatal, que se traducirían en la existencia de poderes libres o ampliamente discrecionales con relación a los ciudadanos. Se pretende de este modo justificar, a la par de la existencia de una relación de sujeción general al Estado, una relación de sujeción especial sustraída a las reglas constitucionales.

Admitiendo incluso la existencia de ordenamientos especiales, no llega a ser suficiente para justificar una limitación natural a los derechos de los internos. Conforme lo vengo desarrollando, siguiendo a Marco Ruotolo<sup>10</sup>, la respuesta a la posibilidad de justificar la restricción de los derechos de los internos, debe buscarse en el marco de su compatibilidad con el orden constitucional vigente, sobre la base del reconocimiento del principio de igualdad (art. 16 CN) y de los derechos individuales en las formaciones sociales donde se desarrolla la personalidad del individuo, de la vinculación que tienen los derechos fundamentales para todos los Poderes del Estado y de la consecuente procedimentalización del ejercicio del poder, que importa la participación de los ciudadanos interesados en la decisión y el consiguiente control jurisdiccional de ella. Desde esta perspectiva no quedan espacios para el reconocimiento de ordenamientos separados o derogatorios, en los cuales pueda expresarse

<sup>9</sup> Cf. Cesano, *Derecho penitenciario: aproximación a sus fundamentos*, p. 111, nota 195. Ruotolo, *Derechos de los Detenidos y Constitución*, p. 57, nota 29.

<sup>10</sup> *Derechos de los Detenidos y Constitución*.

legítimamente un poder libre de la Administración, en virtud del cual los individuos pueden ser objeto de una relación de sujeción especial con ella.

### III. La garantía de legalidad ejecutiva como prevalencia de la ley formal

La garantía de legalidad ejecutiva manifiesta la prevalencia de la ley. Esta afirmación debe ser comprendida en dos sentidos, en el de prevalencia jerárquica de la ley formal por sobre los reglamentos administrativos y en que la restricción de un derecho fundamental sólo puede hacerse a través de una ley o con base en una ley.<sup>11</sup> La prevalencia jerárquica de la ley formal, determina la supremacía de ley de ejecución de la pena privativa de libertad por sobre los reglamentos administrativos. A su vez, la necesidad que la restricción de un derecho fundamental, sólo pueda hacerse a través de una ley o con base en una ley, limita la legitimidad constitucional de las normas reglamentarias dictadas por el Poder Ejecutivo, a las que tienen por contenido reglas de organización administrativa. Cuando se trata de normas restrictivas de los derechos fundamentales, la primacía de la ley, se convierte en reserva absoluta de la ley, de conformidad a lo dispuesto por el art. 19 –segunda parte– de la Constitución Nacional.

Lo expuesto se corresponde con lo que constituye el fundamento de lo que se pretende asegurar por medio de la garantía de legalidad ejecutiva: *“que la regulación de los ámbitos de libertad que correspondan a los ciudadanos, dependan exclusivamente de la voluntad de sus representantes, motivo por el cual, deben quedar exento de la competencia del Poder Ejecutivo y de sus productos normativos propios como son los reglamentos”*. (Tribunal Constitucional español 24/07/84).<sup>12</sup>

La vigencia de la garantía de legalidad, y la consiguiente crítica a la doctrina de las relaciones especiales de sujeción, se advierte en la jurisprudencia extranjera y en la de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El Tribunal Constitucional Federal alemán, se expidió en tal sentido ya en el año 1972, al referirse a la retención de la carta de un interno que contenía expresiones supuestamente injuriosas hacia el director del establecimiento penitenciario en donde se encontraba alojado, al señalar: *“Los derechos fun-*

<sup>11</sup> Cf. Borja Mapelli Caffarena, citado por, Cesano, *Derecho penitenciario: aproximación a sus fundamentos*, p. 117.

<sup>12</sup> Citado por Cesano, *Derecho penitenciario: aproximación a sus fundamentos*, p. 118, nota 207.

*damentales de los prisioneros, sólo pueden ser restringidos a través de una ley o con base en una ley... Antes bien, si se acude a la figura de la relaciones especiales de sujeción de poder, y se entiende a esta como una restricción autónoma implícita en los derechos fundamentales de los prisioneros, no se podrá considerar como de pleno derecho la expedición de una ley sobre cumplimiento de penas... esta concepción es admisible para relativizar así los derechos fundamentales de los prisioneros con una indeterminabilidad que se torna intolerable".<sup>13</sup>*

La vigencia de esta garantía fue reconocida por nuestro Máximo Tribunal de la Nación, al advertir la afectación indirecta de los derechos individuales derivados del cumplimiento de la pena, asegurando que esta se verifique del modo exactamente previsto en la ley. En sus precedentes se advierte que si bien para dar fundamento a sus decisiones se recurrió al art. 18 de la Constitución Nacional, no siempre lo hizo sobre la base de lo dispuesto por su primera parte, primera disposición, que para la teoría constituye a su vez el reconocimiento constitucional de la garantía de legalidad penal. En ocasiones fundó sus sentencias en la cláusula final, portadora del principio de humanidad. En este orden de ideas se señaló, que el defectuoso funcionamiento de las instalaciones sanitarias y la carencia de un servicio de salud adecuado, pueden llevar a que el modo en que se hace efectiva la pena, "*revistan el carácter de una verdadera condena accesoria*", que no se corresponde con la sentencia dictada por los jueces, ni con la pena fijada por la ley para el delito de que se trata (Fallos 310:2413). Resulta también relevante lo resultó en la causa Gustavo Gastón Dessy<sup>14</sup> al analizar la legitimidad constitucional del reglamento administrativo, por el cual autorizaba a la autoridad administrativa la supervisión y censura de la correspondencia epistolar que reciban los internos; en este caso, no sólo se reafirmó la reserva de ley como garantía de que la restricción de los derechos tiene que tener por fuente una ley formal, sino que también señaló, que la suspensión absoluta de este derecho, se traduce en la disminución definitiva de un bien jurídico que importa la imposición de una pena no prevista en la ley, de lo que cabe derivar que la garantía no sólo exige la existencia de una ley, sino que la regulación de los derechos no puede llegar al extremo de imposibilitar absolutamente su ejercicio. También se refirió a esta garantía en la causa Romero Cacharane.<sup>15</sup> En esta oportunidad para expedirse acerca

<sup>13</sup> Citado por Cesano, *Derecho penitenciario: aproximación a sus fundamentos*, p. 112 nota 197.

<sup>14</sup> CSJN, "Dessy, Gustavo Gastón", 19/10/1995.

<sup>15</sup> CSJN, "Romero Cacharane, Hugo A.", 9/3/2004.

de la denegación de la instancia casatoria, por parte de la Cámara Nacional de Casación Penal, a los fines de revisar la sanción disciplinaria impuesta a un interno condenado. Se refiere en esta causa a la teoría de la relación de sujeción espacial y a la concepción administrativista de ejecución de la pena con sentido altamente crítico, al señalar que esta concepción anacrónica de la ejecución de la pena trae como consecuencia la restricción a los derechos fundamentales de los reclusos, el ablandamiento del principio de legalidad en sede ejecutivo penal penitenciaria y el debilitamiento del control jurisdiccional de la actividad administrativa. La doctrina de la relación especial de sujeción, aparece invariablemente como un argumento destinado a debilitar los derechos fundamentales o los sistemas establecidos a los fines de garantizar su efectiva vigencia. Los avances derivados de la doctrina de la relación especial de sujeción, pueden eficazmente ser limitados mediante la efectiva operatividad de la garantía de legalidad ejecutiva.

De todos modos, la vigencia del principio de legalidad ejecutiva, como garantía de reserva de ley, no se encuentra debidamente satisfecha si no se precisa cuál es límite para restringir un derecho, aun en base a una ley o través de una ley. Descartada la posibilidad que la restricción importe la supresión absoluta del derecho individual, la legalidad de su restricción está subordinada a que constituya el medio adecuado, es decir, idóneo y menos lesivo, y proporcional con relación al interés que se pretende tutelar; a la par de que preserve el contenido esencial de los derechos reconocidos. La garantía de legalidad se extiende incluso al control de racionalidad de la restricción del derecho fundamental. Resulta ilustrativo, a los fines de comprender el límite que no debe superar la restricción impuesta por la una ley formal, el ejemplo que propone Cesano.<sup>16</sup> La condena, no podría ser fundamento para que la persona quede privada definitivamente de su derecho a remitir y recibir correspondencia, el cual, no deja ser una expresión del derecho a manifestarse libremente. Puede considerarse también, que la administración penitenciaria, implemente medios tendentes a detectar la introducción de objetos prohibidos. Piénsese que efectivamente se intenta, por medio de una correspondencia, ingresar un objeto de estas características, cuya infracción autoriza la aplicación de una sanción consistente en la suspensión del derecho a remitir y recibir correspondencia *sine die*. Aun cuando la infracción se encuentre prevista en una ley formal, de todos modos la anulación definitiva del ejercicio del derecho fundamental, importa una lesión al principio de legalidad, al contar la administración peni-

<sup>16</sup> *Derecho penitenciario: aproximación a sus fundamentos*, ps. 123; 124.

tenciaria con medios menos lesivos, por ejemplo la utilización de sensores, o exigir la apertura de la correspondencia en presencia de una autoridad, para lograr el interés que se pretende tutelar.

#### IV. La garantía de legalidad ejecutiva y las sanciones penitenciarias

La potestad sancionatoria de la administración penitenciaria se encuentra condicionada a su adecuación a la garantía de legalidad ejecutiva. Por ello resulta apropiado evaluar, si las disposiciones pertinentes de la Ley de ejecución de la pena privativa de la libertad y el Decreto Reglamentario en materia disciplinaria 18/97, resultan compatibles con la garantía analizada.

Su evaluación requiere determinar el *status jurídico* de la sanción penitenciaria, en el marco del poder sancionador de la administración. En la teoría<sup>17</sup> se diferencia entre la sanción disciplinaria y la de heterotutela. La primera se funda en la pretensión de mantener o restaurar el orden interno, mientras que, la segunda, aspira a la protección del orden social general. La sanción disciplinaria, a partir del fundamento que la determina, no estaría sujeta estrictamente a las garantías constitucionales del derecho penal, entre ellas el principio de legalidad. Si bien estas afirmaciones demandan un análisis más detenido, al igual que la caracterización de la sanción penitenciaria, básicamente siguiendo el trabajo de Malarino, resulta convincente sostener que presenta una naturaleza *sui generis*, desde el momento que, los destinatarios de las normas deben guardar alguna relación con la administración penitenciaria, ya sea en forma directa, como es el caso del interno, o indirecta, como ocurre con las visitas (Ley 24.660, art. 162), desde esta perspectiva no se presentan como poder sancionador general. Su imposición trasciende el marco estrictamente interno, debido a que incide en la determinación de la pena impuesta por el tribunal. Esta incidencia, que se manifiesta como una nueva determinación de la pena en el ámbito ejecutivo, es tanto cualitativa, a partir del perjuicio que en sí acarrea y cuantitativa en cuanto conduce a consecuencias más severas en el régimen de progresividad (Ley 24.660, arts. 17 y 28). Su incidencia en la determinación de la pena, hace que la sanción penitenciaria importe no sólo al condenado, sino también a la sociedad y, en este sentido, atienda también a expectativas

<sup>17</sup> Malarino, Ezequiel J., *Sanciones Penitenciarias, Legalidad Ejecutiva y su Contralor Judicial. (A propósito de la entrada en vigencia de la nueva ley de ejecución de penas privativas de la libertad)* "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", Año III, Número 6, ps. 820; 821.

sociales. Se funda básicamente en un fin resocializador, amen de reconocerse como uno de sus objetivos: posibilitar una ordenada convivencia (Ley 24.660, art. 79). Presentan una amplia gama de sanciones como son la amonestación, privación de derechos, aislamiento y traslados (Ley 24.660, art. 87), que en general tienen una entidad punitiva difícilmente distinguible de las penas.

Si bien en general la sanción penitenciaria no presenta una diferencia sustancial con la pena, las consecuencias que en todo caso genera sobre la determinación de la pena, al incidir en la calificación de la conducta y del concepto, y la incidencia que esto tiene en el régimen de progresividad y en los institutos de los cuales se nutre, (salidas transitorias, semilibertad (Ley 24.660, art. 17), libertad condicional (Ley 24660, art. 28), libertad asistida (Ley 24.660, art. 54) ), justifican que su instrumentación y aplicación se realice sobre las bases del estricto cumplimiento de las garantías propias del derecho penal.

Desde las exigencias propias del derecho penal, debe analizarse la genérica remisión de la ley 24.660 al reglamento de disciplina para la descripción de las infracciones, y el cumplimiento de la ley y del reglamento del principio de taxatividad o *lex certa*.

El art. 79 de la ley 24.660 dispone que el interno está obligado a acatar las normas de conducta que determinen esta ley y los reglamentos que se dicten. Por su parte, el art. 84 señala que, no habrá infracción ni sanción disciplinaria sin expresa ni anterior previsión legal o reglamentaria. Finalmente, el art. 85 prescribe que el incumplimiento de las normas de conducta a que alude el art. 79 constituye infracción disciplinaria, las que clasifica en: leves, medias y graves. Define las graves y dispone que: *Los reglamentos especificarán las leves y medias*.

Si la restricción de un derecho fundamental debe tener por base la ley formal, el reconocimiento de los reglamentos como fuente de conocimiento de la infracción, y por consiguiente a la autoridad administrativa como fuente de producción de las normas, no resulta compatible con la garantía analizada. No constituye argumento suficiente para legitimar el art. 85 de la ley 24.460 recurrir a la noción de ley penal en blanco. Si por ley penal en blanco se comprende aquellas disposiciones cuyo precepto es incompleto y variable en cuanto a su contenido y en las que sólo queda fijada con exactitud invariable la sanción, considero que no constituye este un supuesto de esta especie, desde el momento que no se trata de una integración de la ley en la cual, por medio de otra norma, se fije el alcance de la ilicitud sancionada, sino de una delegación de facultades a los fines de especificar las infracciones leves y medias, con lo

cual, se deja en la competencia de la autoridad administrativa la determinación de la infracción. Tomando los argumentos dados hace tiempo atrás por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa Mouviel<sup>18</sup>, cabe aquí también sostener que esta delegación atenta contra el principio de división de poderes en el que se asienta nuestra forma republicana de gobierno (art. 1 CN), razón por la cual, la competencia del Congreso de la Nación para legislar en esta materia debe considerarse indelegable, lesionándose, por esta vía, el art. 18 de la Constitución Nacional, en cuanto exige la necesidad de una ley formal previa al hecho que determina la sanción. La sola circunstancia de que los reglamentos no puedan definir las infracciones, los invalida constitucionalmente como fuente de conocimiento de ellas.

Señala a su vez la teoría<sup>19</sup> que la previsión de las infracciones graves –en la ley–, y leves y medias –en el reglamento– tampoco satisface la exigencia de taxatividad. La evaluación del cumplimiento de la garantía de la *lex certa* en el art. 85 de la Ley 24.660, demanda un análisis particular de cada una de las infracciones previstas, lo cual excede notoriamente el objetivo que persigo en este trabajo, lo que no empecé afirmar que, por no tratarse de un ámbito propio del derecho disciplinario, la garantía de legalidad no se puede considerar simplemente satisfecha con la existencia de la ley previa. También la ley previa debe definir con exactitud y precisión la conducta prohibida, no resultando admisibles las cláusulas legales indeterminadas.

La vigencia de la garantía de legalidad exige la previa determinación de la sanción. El art. 87 de la ley 24.660 dispone que sólo se podrá aplicar como sanción algunas de las correcciones allí previstas, sin perjuicio de la facultad reconocida al Director del establecimiento de retrotraer al periodo o fase inmediatamente anterior al interno sancionado por falta grave o reiterada (art. 89). El texto legal no prevé una correlación específica entre la infracción y la sanción, las que pueden ir desde la amonestación hasta el traslado a otro establecimiento (art. 87 incs. a y h). La discrecionalidad que se reconoce a quien debe aplicar la sanción, ha sido morigerada por el art. 20 del Reglamento de Disciplina al establecer, entre las sanciones previstas, las que corresponden a las infracciones leves, medias y graves.

Si bien sigue siendo cuestionable que por medio de un Reglamento se determine, entre las sanciones previstas, por cuál corresponde optar según se

<sup>18</sup> CSJN, “Mouviel, Raúl O.”, 17/5/1957.

<sup>19</sup> Malarino, *Sanciones Penitenciarias, Legalidad Ejecutiva y su Contralor Judicial*, p. 835 y sgs.

trate de una infracción leve, media o grave, como sostiene Malarino, por una parte, se mejora la situación de las infracciones leves, al excluirse la posibilidad de una sanción más severa, al admitirse sólo la aplicación de las sanciones de amonestación o exclusión de las actividades recreativas o deportivas hasta diez días. Pero, por el contrario, no ocurre esto respecto de las faltas medias y graves, que al encontrarse previstas con sanciones más severas, – las primeras – con exclusión de actividades en común hasta quince días, suspensión o restricción de derechos hasta quince días y permanencia en su alojamiento individual o celda hasta siete días ininterrumpidos o hasta tres fines de semana sucesivos o alternados, y – las segundas – con permanencia en su alojamiento individual o celda hasta quince días ininterrumpidos, o hasta siete fines de semana sucesivos o alternados, traslado a otra sección del establecimiento de régimen más riguroso o a otro establecimiento, no admiten la posibilidad de aplicar sanciones menos rigurosas que las previstas. La estricta aplicación de la garantía de legalidad requiere que la especie y la cuantía de la sanción tengan su estricta previsión en la ley formal según la gravedad de la infracción.

#### **V. La garantía de legalidad ejecutiva y la unidad del régimen penitenciario**

La teoría<sup>20</sup> no resulta uniforme respecto de la competencia del Congreso de la Nación para legislar con relación al régimen penitenciario. El art. 228 de la ley 24660 tan sólo dispone que la Nación y las provincias procederán a revisar la legislación y las reglamentaciones penitenciarias existentes, a efectos de concordarlas con las disposiciones contenidas en esta ley, mientras que el art. 229 establece que es complementaria del Código Penal. De la lectura del art. 228 cabe admitir la coexistencia de la ley 24660 con leyes y reglamentos provinciales de carácter penitenciario, en tanto concuerden con su contenido.

La legislación atinente a la modalidad del régimen de ejecución de la pena privativa de libertad no resulta indiferente con relación a la garantía de legalidad ejecutiva, por la incidencia que tiene en la restricción de los derechos de los condenados. No resulta convincente admitir la posibilidad que personas condenadas a una misma pena, se encuentren sujetas a diferentes restricciones a sus derechos, por medio de un régimen de ejecución más severo, sin otro fundamento que se trate de una norma sancionada por la provincia o la nación.

<sup>20</sup> Cf. Zaffaroni, Raúl Eugenio / Alagia, Alejandro / Slokar, Alejandro, *Derecho Penal*, PG, Ediar, Buenos Aires, 2000, ps. 167; 168.

Ricardo C. Núñez<sup>21</sup> consideraba que la competencia del Congreso de la Nación para legislar respecto del régimen penitenciario deriva de la facultad que tiene para dictar el código penal (art. 75 inc. 12 CN). Es coincidente la opinión de Julio B. J. Maier<sup>22</sup>, para quien, a su vez las provincias en sus territorios y la nación en el orden federal resultan competentes para legislar lo concerniente a la dirección, administración y control de los establecimientos penitenciarios. El principio de igualdad ante la ley (art. 16 CN) constituye un argumento que permite reafirmar esta conclusión.

Sin embargo considera Eugenio Raúl Zaffaroni<sup>23</sup> que no puede interpretarse el art. 16 de la Constitución Nacional de mala fe y que la cláusula *pro homine* prohíbe una igualdad para peor. Por lo tanto el principio de igualdad en la ejecución penal se satisface con un estándar mínimo de garantías que puede y debe ser establecido por el estado federal. Por el art. 228 de la ley 24660 las provincias deben revisar su legislación penitenciaria, lo que resulta constitucionalmente admisible si con ello se pretende eliminar de las leyes provinciales las normas que no garanticen en igual o mayor medida los derechos de los presos, pero en nada puede afectar a las restantes.

No cabría por lo tanto necesariamente concluir en la inconstitucionalidad de las normas provinciales. Su legitimidad constitucional estaría condicionada a que no afecten el estándar mínimo de garantías dispuestas por la legislación nacional.

## VI. Conclusiones

La realidad carcelaria en general imperante en nuestro país, dista mucho de ser la expresión del cumplimiento de las normas que la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos disponen con relación a la ejecución de la pena. De su simple observación se desprende ya el incumplimiento del deber constitucional que tiene el Estado de garantizar la existencia de cárceles sanas y limpias (art. 18 CN). Por el contrario, el proceso de ejecución de la pena privativa de libertad se desarrolla en un ámbito en el cual el hacinamiento, la falta de higiene y la violencia constituyen moneda

<sup>21</sup> *Derecho Penal Argentino*, t. segundo, PG., Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1965, p. 379.

<sup>22</sup> *Derecho Procesal Penal argentino*, t.1, vol. a, Fundamentos, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 110.

<sup>23</sup> *Derecho Penal*, p. 168.

corriente. Las condiciones en las que se ejecuta la pena, determinan por lo común un proceso de carácter inhumano, y naturalmente contrario al principio de dignidad de la persona. Frente a esta cruenta realidad, de la cual obviamente no escapa la provincia de Corrientes, la decisión política de reconocer jerarquía constitucional a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, reafirma la necesidad de seguir demandando al Estado el cumplimiento de las garantías constitucionales correspondientes al proceso de ejecución de la pena privativa de libertad. En este marco, el desarrollo y reconocimiento jurisdiccional que se logre de cada una de ellas, no dejará de constituir un mecanismo destinado a paliar, aun cuando tan sólo lo sea mínimamente, las lesiones a los derechos de las personas privadas de libertad.