

TITULO: ANALISIS DEL ANTEPROYECTO ELABORADO POR LA COMISION PARA LA REFORMA DEL CODIGO PENAL DE LA NACION, CREADA POR DECRETO DEL P.E.N. NRO. 103/2017.

TEMA: PARTE GENERAL: seguimiento socio judicial posterior al cumplimiento de la pena impuesta, medidas a cumplir -art. 10-, revisión de la idoneidad de la medida de seguimiento socio judicial o el logro de su finalidad -art. 11.

AUTORES: DAMIANA GACZYNSKY Y CRISTIAN MELERO

TEXTO VIGENTE: Inexistente.

TEXTO PROPUESTO POR COMISION ACTUAL:

ARTÍCULO 10.- En los casos previstos por los artículos 80, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 130 y en el Libro Tercero del presente Código o aquellos delitos que hubieran sido calificados en la sentencia como constitutivos de violencia de género, el tribunal podrá ordenar que con posterioridad al cumplimiento de la pena impuesta, se disponga un seguimiento socio judicial al que el condenado estará obligado a someterse, consistente en medidas de vigilancia y asistencia destinadas a prevenir la comisión de nuevos delitos, por el período que se deberá establecer en la sentencia y el que no podrá superar de DIEZ (10) años.

A tal fin, el tribunal podrá imponer, según las características del hecho por el cual fuera condenado, el cumplimiento de UNA (1) o más de las siguientes medidas:

1º) La obligación de estar siempre localizable mediante dispositivos electrónicos que permitan su seguimiento permanente.

2º) La obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el órgano competente establezca.

3º) La obligación de comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el órgano competente señale a tal efecto, cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo.

4º) La obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares.

5º) La obligación de seguir tratamiento médico o psicológico externo, o de someterse a un control médico periódico.

6º) La prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del órgano competente.

7º) La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el órgano competente.

8º) La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el órgano competente.

9º) La prohibición de acudir a determinados lugares o establecimientos.

10) La prohibición de residir en determinados lugares o establecimientos.

11) La prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza.

ARTÍCULO 11.- El órgano competente podrá revisar en todo momento la idoneidad de la medida de seguimiento socio judicial o el logro de su finalidad.

La revisión será obligatoria, por primera vez, a más tardar, en UN (1) año desde su disposición, y deberá ser reiterada cada SEIS (6) meses, debiendo ser dejada sin efecto en caso de que existieran indicios serios de que el condenado se encontrase en condiciones de ajustar su conducta a la legalidad.

Para ello, deberán valorarse los informes emitidos por los profesionales que asistiesen a la persona sometida a las medidas, las evaluaciones del servicio

penitenciario acerca de la situación y la evolución del condenado, su grado de rehabilitación y el pronóstico de reiteración delictiva.

El órgano judicial competente resolverá motivadamente a la vista de la propuesta o los informes a los que respectivamente se refiere el tercer párrafo, una vez oída a la propia persona sometida a la medida, así como al MINISTERIO PÚBLICO FISCAL y las demás partes. En caso de solicitarlo, podrá oírse a la víctima aunque no hubiera sido parte en el proceso.

TEXTO PROPUESTO POR COMISION Resoluciones Nos. 303/04 y 136/05 del Ministerio de Justicia: Inexistente.

TEXTO PROPUESTO POR COMISION DECRETO 678/2012: Inexistente.

ANALISIS:

Por demás resulta mencionar que este instituto carece de antecedentes en los anteriores anteproyectos de reforma de los años 2004 y 2012 presentados por comisiones oficiales dispuestas por el Poder Ejecutivo de la República.

Este instituto, lejos de pertenecer a un sistema de derecho penal del acto se erige como una de las figuras emblema del derecho penal de autor. Difícilmente pueda encontrarse conexión de proporcionalidad y culpabilidad entre el delito y la imposición de la medida de seguimiento socio judicial, la cual en nuestro sistema aparece como una pena accesoria —por el carácter facultativo de su aplicación—. Esta se presenta como un fracaso de los tratamientos resocializadores vigentes.

Tal como fuera adelantado por la comisión actual mediante un documento que es de público conocimiento este instituto se extrajo del Código Penal francés, aunque el articulado del anteproyecto se encuentra lejos de la codificación francesa de la cual solo

rescata el nombre del instituto y algunos lineamientos (cf. arts. 131-36-1 a 131-36-8 del mismo), para luego tomar el límite temporal y las medidas —éstas últimas como copia expresa—, del Código Penal español que regula el instituto bajo el nombre de “libertad vigilada” (cf. arts. 105 y 106).

Otro tema importante a resaltar es el que se vislumbra en la vaguedad del proyecto, respecto a los casos en los que es necesario la aplicación de tales medidas, no existe referencia alguna a la peligrosidad del sujeto, sólo mencionándose que tales medidas están destinadas a prevenir la comisión de nuevos delitos.

A ello podría oponerse las mismas dudas que suscitó la incorporación del instituto al Código Penal español, sobre el cual se expresó que “...el Anteproyecto impone la medida sobre la base de un juicio de peligrosidad que se asume que subsiste siempre para hechos delictivos de naturaleza sexual o terrorista, algo que podría oponerse a la presunción de inocencia. Apunta, así, que la reforma proyectada puede suscitar dudas de constitucionalidad, desde la perspectiva del artículo 25.2 de la Constitución, dada la finalidad estrictamente neutralizadora de la medida...” (del dictamen del Consejo de Estado de España, expediente 1404/2009, aprobado el 29/10/2009).

La imposición del seguimiento socio judicial al momento del dictado de la condena configura un prejuzgamiento por sobre la eficacia del tratamiento resocializador que se impondrá con el tratamiento penitenciario —debiendo agregarse a ello que las medidas de los numerales 4º y 5º bien podrían ser aplicables durante la ejecución de la condena de prisión—. Además, no existe presupuesto alguno para el juez respecto del dictado del seguimiento más que la comisión de determinados ilícitos —tal como surge del Código Penal Francés—, por lo que el dictado de las mismas pareciera quedar al arbitrio judicial en contrariedad con lo dispuesto respecto de la revisión de la misma que posee marcados estándares de motivación.

Tal como fuera destacado por la doctrina en el caso español con la incorporación de un instituto análogo en un anteproyecto de reforma del 14/11/2008, “la pena accesoria de libertad vigilada estaba relacionada con la necesidad del legislador de dar respuesta a casos

concretos que conmocionaron a la opinión pública a través de la opinión publicada en distintos medios (que no coincide siempre con la opinión pública), lo cual fue determinante para la creación de una nueva pena accesoria —la libertad vigilada— para hacer frente a la puesta en libertad de sujetos que ya habían cumplido con la condena impuesta” (JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Custodia. *La libertad vigilada en el CP de 2010: especial mención a la libertad vigilada para imputables peligrosos*. REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA, 3.a Época, n° 7—enero de 2012, p. 25).

Este es lo que se advierte de la propuesta de la comisión en consonancia con la frustración frente al incumplimiento del fin resocializador de la pena antes mencionado.

Sin perjuicio de advertir que el instituto aparece como una mixtura entre lo estipulado por los códigos penales de Francia y España, el tratamiento que se le ha dado en el anteproyecto dista mucho de acercarse a esas regulaciones, pues en ambos casos la legislación procesal resulta unificada por lo que en gran medida el instituto se encuentra complementado por la misma —aunque al menos en el caso Español existen quejas de los operadores judiciales y en la doctrina en cuanto a la indeterminación del órgano encargado de su supervisión¹—, como así también se dan en ambos casos, en el mismo ordenamiento de fondo, un gran número de disposiciones de carácter procesal, como la contenida en el artículo 11 del anteproyecto —a nuestro entender en exceso de competencia y que resulta adaptación a nuestro sistema del artículo 98 del Código Penal español—.

Por otro lado, respecto de la redacción de los artículos que regulan el instituto, se advierte que la misma resulta deficiente. Nótese que en el primer párrafo del artículo 10 prevé su dictado al momento del dictado de la sentencia. Sin embargo, el artículo 11 prevé la revisión obligatoria de la medida al año “de su disposición” y no resulta lógico plantear la revisión de la misma durante el cumplimiento de la pena y antes de su efectivización,

¹ Al respecto Jiménez Martínez sostiene en la obra ya citada: “Sin embargo el Código penal nada añade acerca de cómo ha de realizarse ese control judicial, ni cuándo, ni hace mención alguna, ni existe previsión normativa acerca de la existencia de un agente de vigilancia penitencia o de cualquier otro sujeto que realice materialmente ese control. Se trata de una previsión huérfana —en estos momentos— de desarrollo normativo que permita dotarla de contenido material, carente de desarrollo normativo y de la correspondiente habilitación presupuestaria...” (pág. 31).

sino que lo que se entiende quiso establecerse es que la misma sea revisada luego de su entrada en vigencia, tal como indica la totalidad del resto del artículo en tanto hace referencia a los informes de las personas encargadas de controlar la medida.

Nótese que atento la insuficiencia del propio artículo, conforme los delitos que habilitarían su aplicación, podría corresponder una pena de un mes de prisión (art. 123 inc. 3ro.) y la imposición de un seguimiento socio judicial de diez años, pues nada impediría lo contrario.

A modo ilustrativo, cabe destacar que un instituto similar fue propuesto por el Dr. Federico Pinedo a la comisión del año 2012 que elaboró el anteproyecto de código penal, en su caso bajo la denominación de “instrucciones judiciales accesorias a la pena de prisión”, las que conforme su propuesta debería cumplir todo condenado a prisión por más de diez años por delito contra la vida, la integridad física o la integridad y libertad sexual, cometido en circunstancias de máxima gravedad, por el término de la mitad de la condena impuesta, que no podía superar los diez años. Su propuesta no obtuvo mayoría en la comisión y quedó como una disidencia. La misma, manteniendo los problemas del instituto propuesto actualmente traía además el concepto de “máxima gravedad” que resulta totalmente indeterminado en sí mismo.

DOCTRINA:

“Pero incluso más allá de este temor por la mayor detección del incumplimiento, el efecto del seguimiento sobre el penado es claro desde el momento en que la supervisión invade la intimidad del individuo y, a través de ello, afecta también al ejercicio de la libertad y al libre desarrollo de su personalidad. Así, aun cuando no se hubieran impuesto obligaciones adicionales al penado y aun cuando éste no se vea incapacitado físicamente para actuar, se coarta la libertad del mismo por la vía de intervenir sobre su intimidad mediante una presencia permanente y constante del Estado que ejerce el control. Se trata, en definitiva, de un modelo próximo al pretendido por Bentham en su diseño del Panóptico dado que, igual que en las celdas controladas por el funcionario omnisciente, aquí los dispositivos de supervisión son visibles —pues el sujeto sabe que puede ser constantemente observado—

pero a su vez inverificables —pues no sabe exactamente en qué momento es visto, lo que puede redundar en un temor constante de detección y captura—”. (TORRES ROSELL, Núria. Libertad vigilada y seguimiento continuado de penados: contenido e implicaciones político criminales. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 2012, no 14-06, p. 28).

“Sin embargo, el saberse objeto de supervisión continuada puede conducir a ulteriores efectos negativos, tal vez no previstos inicialmente. Se señala en este sentido el riesgo de que como reacción el sujeto monitorizado oponga mayor resistencia a eventuales medidas de carácter resocializador, tanto por la percepción de la monitorización como una acumulación excesiva del castigo experimentado con la pena inicial, como por la contradicción que puede suponer intentar que alguien que se halla monitorizado durante 24 horas al día todos los días del año (24/7/365) se haga responsable de sus propios actos y decisiones, más allá del riesgo a la detección de los errores, y que, en definitiva, desarrolle las habilidades necesarias para comportarse como un individuo autónomo y responsable de su libertad. Además, los dispositivos pueden llegar a ser percibidos como una nueva marca, una nueva etiqueta, que potencia el ya de por sí elevado nivel de estigmatización al que se ven sometidos determinados delincuentes, fundamentalmente delincuentes sexuales”. (TORRES ROSELL, Núria. Op. Cit. p. 38).

“Analizado el instituto de la medida de seguridad de libertad vigilada, debe llegarse a la conclusión de que la misma no está pensada para cumplir con fines de prevención especial positiva sino de incapacitación general, pues así se desprende tanto de la misma Exposición de Motivos de la LO 5/2010 y de la del Proyecto de reforma de 2009 como del posible contenido de la libertad vigilada. Respecto al concreto contenido, en abstracto, sólo hay dos concretas obligaciones, cuya obligatoriedad en su ejecución resulta dudosa, que tienen un carácter nítidamente rehabilitador; el resto o pretenden tener controlado al sujeto o tienden a proteger a terceras personas, pero no a reducir el riesgo de reincidencia por un tiempo más allá del de la duración de la medida. De hecho, lo que se dice pretender con la introducción de la libertad vigilada podría ya conseguirse con una modificación del

régimen de ejecución de la pena de prisión, de modo que la última fase de ésta se ejecutara, en todo caso, en régimen de libertad condicional.” (PAISAL, Marc Salat. Regulación actual de la medida de seguridad de libertad vigilada y su aplicación por parte de los tribunales. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2016, vol. 20, p. 182).