

# La oralización de las decisiones durante la ejecución de la pena

**Diego García Yomha y Santiago Martínez**

*Abogados, Universidad de Buenos Aires.  
Integrantes del Instituto de Estudios Comparados  
en Ciencias Penales y Sociales (INECIP).  
diegogy@gmail.com / smarcaff@hotmail.com*



This article addresses the use of oral procedures in the third stage of the criminal process, which the author sees as a necessary and essential instrument for arriving at solutions that reflect the constitutional principles of due process. He presents an example from the city of Buenos Aires, where an issue related to the application of sentences was resolved using oral procedures despite the fact that this jurisdiction has not regulated the use of hearings. This is an important precedent, as it allows us to revisit the need to implement a comprehensive reform that identifies the application of the sentence as an indispensable part of the defense of the rights and guarantees of democratic rule of law.

"El expediente es un producto directo de la tradición del Estado moderno, en los términos en que la misma fue modelizada por la teoría weberiana, y alcanza su punto culminante en lo que dicho autor denominó la etapa "legal racional", momento en el cual deviene en ese objeto burocrático que hoy conocemos"

*Expedientes, María Josefina Martínez<sup>1</sup>*

## I. Planteo inicial

El objeto de este trabajo es destacar la importancia de la oralidad en la tercera etapa del proceso penal para resolver los incidentes que allí se sustancian, como instrumento necesario y esencial a fin de arribar a una solución acorde a los principios constitucionales del debido proceso.

Para nuestra reflexión tomaremos, a modo de ejemplo, un caso que ha sucedido en la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que, pese a no tener expresamente regulada la oralidad en aquella instancia, dio solución a una cuestión atinente a la ejecución a través de una audiencia.

La importancia de este precedente es que nos permite volver a insistir en la necesidad de producir una reforma integral del sistema que incluya también el proceso de ejecución de la pena como presupuesto indispensable para la defensa de los derechos y garantías propias de un Estado Democrático de Derecho.

## II. Breve reseña de la situación legal en la República Argentina

En su oportunidad, el tema propuesto nos obligó a efectuar un estudio comparativo de las legislaciones existentes en la República Argentina (a nivel federal y provincial) con el objeto de determinar cómo se ha regulado esta última etapa del proceso penal. Un análisis de los códigos procesales nos permitió afirmar que, en lo referido a la ejecución de las penas privativas de la libertad, no se encuentran adecuados a las exigencias constitucionales<sup>2</sup>.

El modelo seguido por la mayoría de ellos produce una grave afectación a los principios que rigen en la materia, ya que la lógica planteada en esos sistemas actualmente resulta incongruente. En consecuencia, los ordenamientos de forma han repetido la fórmula elaborada por el Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba del año 1939<sup>3</sup> de manera tal que, hoy en día, los trámites vinculados a la eje-

<sup>1</sup> Sistemas Judiciales Nº 7, CEJA-INECIP, Buenos Aires, 2004, p. 4 y ss.

<sup>2</sup> GARCÍA YOMHA, Diego; MARTÍNEZ, Santiago: Hacia un proceso de ejecución adecuado a las exigencias constitucionales en AA. VV. "Libro de ponencias generales y trabajos seleccionados. XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal", Editorial La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 842 y ss.

<sup>3</sup> Decreto Ley 5154, reformado por la ley 7139. Establecía en su art. 522 que "...el tribunal que la impuso será el juez de la causa" y respecto a los medios impugnativos el art. 524 regulaba que "...contra el auto que resuelva el incidente sólo procederá el recurso de casación...".

cución de la pena se realizan por escrito, a través de un incidente y son controlados, en la mayoría de los casos, por los mismos jueces que dictaron la sentencia condenatoria, siendo limitados los supuestos en los que el legislador decidió la creación de la figura del juez de ejecución.

Pues bien, al comenzar el trabajo dijimos que el caso que tomaremos para esta reflexión corresponde a la justicia local de la Ciudad de Buenos Aires. Por este motivo, será necesario efectuar un breve acercamiento a su régimen jurídico para una mejor comprensión por parte del lector. En primer lugar, conviene recordar que si bien la Ciudad alcanzó su autonomía con la reforma constitucional de 1994, a la fecha –por cuestiones políticas– no ha dictado su propio Código Procesal Penal<sup>4</sup>.

Debido a ello, la legislatura local sancionó una ley denominada “parche”<sup>5</sup> que regula un procedimiento acusatorio breve y remite, en forma supletoria, a la ley procesal federal, que se caracteriza por tener un sistema mixto. En lo que aquí interesa, sólo estableció que la ejecución estará a cargo del mismo juez que dictó la sentencia condenatoria, motivo por el cual los tribunales locales aplican el sistema previsto para el orden federal; que sigue los lineamientos del viejo código cordobés.

### III. Sobre la oralización de la etapa de la ejecución de la pena: entre los problemas actuales y las ventajas posibles

El juicio oral y público como presupuesto ineludible de una sentencia penal fue, sin lugar a dudas, el gran avance que se produjo en las legislaciones que provenían de la tradición inquisitiva<sup>6</sup>. Actualmente, el énfasis está puesto, a nivel regional, en mejorar o implementar la toma de decisiones a través de una audiencia oral durante la etapa de la investigación<sup>7</sup>. Sin embargo, esta necesidad no parece trasladarse a la tercera etapa del proceso penal. Es más, podríamos afirmar que no es motivo de discusión al

**Actualmente, el énfasis está puesto, a nivel regional, en mejorar o implementar la toma de decisiones a través de una audiencia oral durante la etapa de la investigación. Sin embargo, esta necesidad no parece trasladarse a la tercera etapa del proceso penal.**

momento de proyectar un proceso de reforma, ya que el eje se centra en las instancias anteriores.

La República Argentina no resulta ajena a esta realidad pues, como indicamos, las cuestiones vinculadas con la ejecución de la pena se tramitan por vía incidental, a pedido de parte, y son resueltas por el juez previa sustanciación e incorporación de los informes carcelarios.

Esta regulación presenta una serie de inconvenientes. Antes de comenzar con los problemas propios de la forma en que se lleva adelante los incidentes, entendemos necesario hacer dos aclaraciones referidas a los conflictos que generan los sistemas escritos. “En primer lugar, usando la escritura como materia prima este objeto {el expediente judicial, en nuestro caso, incidente de ejecución} ha contribuido a desdibujar al extremo las interacciones personales en la escena del conflicto judicial, favoreciendo en su reemplazo una cultura del registro minucioso y obsesivo de todos esos datos que, al cabo de un proceso, ocupan el lugar de insumos con los cuales resolver ese conflicto inicialmente planteado (...). En segundo lugar, esta forma de construcción de caso a partir del registro escrito es producto del conjunto de prácticas de una verdadera multitud de funcionarios –fedatarios, certificadores, escribientes y amanuenses–, verdaderos autores materiales de este objeto fetiche (...)”<sup>8</sup>.

Pues bien, en base a estas reflexiones debemos señalar los inconvenientes existentes en la tercera etapa del proceso penal. Lo primero que debemos indicar es que la totalidad de los incidentes se resuelven en base a los informes carcelarios realizados por el servicio penitenciario, sin que exista un control de las partes al momento de su confección. Como consecuencia, el trámite se demora cuando los actores (fiscal, defensor o juez) consideren que el informe no se encuentra completo o pretendan una medida previa vinculada a él. Ello genera una “superproducción” de informes carcelarios y, en algunos casos, que la resolución del incidente demore más que un juicio oral complejo. Además,

<sup>4</sup> Actualmente, en el ámbito de la legislatura, se encuentra en pleno proceso de discusión un proyecto de Código Procesal Penal de corte acusatorio.

<sup>5</sup> Ley n° 1330.

<sup>6</sup> STRUENSEE, Eberhard, MAIER, Julio: Introducción en AA.VV. “Las reformas procesales penales en América Latina” Fundación Konrad Adenauer/Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 17 y ss.; LEDESMA, Angela Ester: La reforma procesal penal, Nova Tesis Editorial Jurídica, Rosario, 2005, p. 9 y ss. y AA.VV. Congreso internacional de oralidad en materia penal, Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata/Instituto de Derecho Procesal Penal, 1996.

<sup>7</sup> Al respecto, cfr., entre otros, RIEGO, Cristian: Informe comparativo proyecto “seguimiento de los procesos de reforma judicial en América Latina” y BINDER, Alberto M.: La reforma de la justicia penal: entre el corto y el largo plazo ambos publicados en Sistemas Judiciales n° 3, INECIP/CEJA, Buenos Aires, 2002, p. 12 y ss. y 67 y ss. respectivamente; BINDER, Alberto M., OBANDO, Jorge: De las “repúblicas aéreas” al Estado de Derecho, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004; AA. VV.: Reformas procesales penales e América Latina: Discusiones locales, CEJA, Santiago de Chile, 2005; LEDESMA, Angela Ester: op. cit., p. 33 y ss. y NICORA, Guillermo: Oralización de las decisiones de la etapa de investigación preliminar en Revista Política Criminal Bonaerense n° 1, Lajouane/INECIP, Buenos Aires, 2005, p. 127 y ss.

<sup>8</sup> MARTÍNEZ, María Josefina: Expedientes en Sistemas Judiciales n° 7 INECIP/CEJA, Buenos Aires, 2004, p. 4. Lo escrito entre corchetes nos pertenece.

la defensa técnica del condenado se limita, al efectuar sólo este tipo de controles de la prueba, a una asistencia meramente formal<sup>9</sup>.

Por otro lado, al tramitarse por escrito, la persona privada de la libertad no interviene en el incidente de manera que no ejerce su derecho a ser oído y, en consecuencia, el juez no la conoce al momento de resolver. Si tenemos en cuenta que las decisiones que se toman en el marco de un proceso de la ejecución de la pena (Vgr. sanciones disciplinarias, salidas transitorias, semilibertad, libertad condicional, libertad asistida, arresto domiciliario, revisión de las calificaciones, los avances en las distintas etapas y periodos del sistema progresivo<sup>10</sup>) se vinculan directamente con el condenado, su participación resultará esencial.

A los problemas señalados anteriormente se suma la delegación de funciones del juez en sus empleados<sup>11</sup>. De este modo, ya no son los magistrados los que se ocupan de los asuntos sino que son sus subalternos quienes tomarán las decisiones en el caso concreto. Así, quienes deberían resolver pasan a depender de la maquinaria que los rodea. Esta circunstancia afecta el principio constitucional de independencia<sup>12</sup> de los magistrados.

En los sistemas de ejecución que cuentan con un régimen progresivo –como el argentino–, esta situación genera un inconveniente extra. Debido a las críticas que se efectuaron en relación a que la flexibilización de la sanción penal afectaba el principio de legalidad<sup>13</sup>, se estableció que todas las resoluciones que definan el contenido concreto del castigo, no queden en manos de la Administración Penitenciaria sino, antes bien, que sea un juez el encargado de completarlas (principio de judicialización). Los sistemas escritos, en lugar de materializar la vigencia de aquellos principios, llevaron a que la decisión sobre la ejecución de la pena que se le quitó al Servicio Penitenciario, no quede en manos del

juez sino que recaiga en el aparato burocrático de los empleados (delegación).

Los problemas descriptos tienen como solución la implementación de audiencias para resolver los planteos que se realicen a los jueces. Los principios, derechos y garantías afectados tornan imprescindible su efectiva realización. Los mismos argumentos que en su momento se utilizaron para instaurar el juicio oral y, actualmente, las audiencias preliminares, son aplicables a esta instancia. Veamos, entonces,

qué cuestiones deben tenerse en cuenta a tal fin.

La primera pregunta que debemos realizarnos es si es necesario que los códigos las contemplen expresamente. La respuesta afirmativa es la que debe primar pues los actores son reticentes a que se aplique este mecanismo y prefieren perpetuar las prácticas que fueron heredadas tras años de tradición inquisitiva.

En segundo lugar, habrá que determinar cuáles son las ventajas concretas que generan las audiencias. Básicamente, su aplicación posibilitará que las partes puedan convocar a los integrantes que elaboraron el informe criminológico (sea el servicio penitenciario o un órgano interdisciplinario ajeno a él) para que sean interrogados sobre su contenido y puedan dar las precisiones que las partes les requieran. De este modo, se garantizará la vigencia del contradictorio<sup>14</sup> y se evitará la ya criticada superproducción de informes.

A su vez, la persona privada de la libertad podrá participar en el trámite de los incidentes de ejecución, con la posibilidad de rebatir aquellos informes y expresar los argumentos que, a su criterio, resulten favorables para la resolución de su pretensión. Esto generará, además, que el juez tome contacto con el condenado ya que, como se señaló, en la mayoría de los casos, los magistrados sólo conocen su situación a través de la información que les proporciona la

...  
**al tramitarse por escrito, la persona privada de la libertad no interviene en el incidente de manera que no ejerce su derecho a ser oído y, en consecuencia, el juez no la conoce al momento de resolver.**

<sup>9</sup> Sobre el estado de la defensa pública en Argentina, que se encarga de la mayoría de los casos en la ejecución, cfr. MOLINARI, Luciana: Un posible modelo de defensa penal pública para el sistema federal de la República Argentina en "Reformas procesales penales en América Latina: Discusiones locales" citado, p. 64 y ss. y, específicamente, sobre el defensor en esta etapa, cfr. PLATT, Gustavo: El rol del defensor público en la etapa de ejecución en Revista Pena y Estado n° 5 "Defensa Pública", Ediciones del Instituto, INECIP, Buenos Aires, 2002, p. 183 y ss.

<sup>10</sup> La enunciación de estos institutos, es ejemplificativa y corresponde a la Ley de Ejecución de las Penas Privativas de la Libertad (Ley 24.660) vigente en el sistema federal de la Argentina.

<sup>11</sup> BINDER, Alberto M: Introducción al derecho procesal penal, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, pp. 146/147). El mismo autor, en un trabajo anterior, se preguntaba: "¿acaso no es una terrible violación de uno de los principios básicos de nuestro sistema constitucional, que innumerables actos procesales, e incluso innumerables decisiones judiciales, ¡y hasta las sentencias!, sean realizadas por empleados judiciales?" (Independencia judicial y delegación de funciones: el extraño caso del Dr. Jekyll y Mr. Hyde en Doctrina Penal 1989, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1989, pp. 370/371).

<sup>12</sup> En este sentido, HENKEL expresa que la independencia judicial debe ser entendida como: a) independencia frente a la administración de justicia; b) independencia frente a los demás poderes del Estado; c) independencia frente a otras autoridades o grupos de la vida pública; y d) independencia frente a otros jueces y tribunales (Strafverfahrensrecht, 2ª edición, W. Kohlhammer, Stuttgart, 1968, pp. 188/119).

<sup>13</sup> FERRAJOLI, Luigi: Derecho y razón. Teoría del garantismo, traducido por Perfecto Andrés Ibáñez et al, Editorial Trotta, 2001 p. 406 y ss.

<sup>14</sup> Afirma Juan MONTERO AROCA que este principio consustancial no atiende a un aspecto concreto del proceso, sino que es un presupuesto de la existencia del mismo: "sin contradicción no hay proceso, sino algo distinto y, por lo tanto, este principio es previo a cómo se conforme después el proceso" (cfr. Últimas reformas procesales en la legislación nacional y extranjera en el proceso penal: principio acusatorio, en AA.VV. "VIII Encuentro Panamericano de Derecho Procesal", Córdoba, p. 188).

administración penitenciaria y que se formaliza en un “legajo de ejecución”<sup>15</sup>.

Tampoco debe perderse de vista que la posibilidad de que las partes aleguen oralmente –luego de controlar la prueba– permite que le acerquen al magistrado información de mayor calidad. En consecuencia, las resoluciones que él tome verán reflejada aquella ventaja.

La última cuestión que será abordada en este apartado se encuentra relacionada con la organización de los tribunales. La implementación de las audiencias determina la necesidad de una nueva estructuración de los juzgados de ejecución penal. Asimismo, también requerirá replantear la función que el expediente de ejecución cumple hoy en día. No se puede desconocer que, por lo menos en la Argentina, los juzgados de Ejecución Penal destinan gran parte de su trabajo a incorporar y despachar los partes que el Servicio Penitenciario les envía. Sin embargo, por su cantidad –que no implica ni calidad, ni necesidad– aquellos nunca llegan a canalizarse, transformándose –en la mayoría de los casos– en información superflua que distrae la función jurisdiccional en la toma de decisiones.

#### IV. Los fundamentos del caso “Torrico”

El precedente que hemos elegido para mostrar las ventajas que tiene la oralidad en la etapa de ejecución corresponde al Juzgado Contravencional y de Faltas n° 13 de la Ciudad de Buenos Aires. A raíz de un convenio con la Nación<sup>16</sup>, estos tribunales tienen el juzgamiento de algunos delitos.

Sentado ello, corresponde el análisis de los hechos de este caso. El tribunal encontró a Nelson Andrés Torrico autor penalmente responsable del delito de portación de arma de uso civil sin la debida autorización. Ante la propuesta de la administración penitenciaria para que se lo incorpore al condenado al régimen de salidas transitorias<sup>17</sup>, el Juez Guillermo Morosi entendió que, con el objeto de garantizar la plena vigencia del sistema acusatorio en la etapa de ejecución penal y los principios de inmediatez y publicidad, correspondía convocar a una

audiencia oral y pública para que las partes se pronuncien acerca de la viabilidad del instituto.

Para fundamentar su decisión, el magistrado expresó que “(...) resultaría un contrasentido ignorar tales postulados precisamente en esta etapa, en la que habrá de definirse una diversa modalidad de cumplimiento de la pena que se le ha impuesto al condenado, y apegarse al procedimiento escrito

por medio de un incidente de ejecución, para reproducir no sólo los vicios constitucionales que se le atribuyen a todos los procedimientos de esta naturaleza, sino fundamentalmente porque ello recortaría la posibilidad también de que el propio interesado sea oído con la intermediación y alcance que sólo la audiencia oral y pública le garantiza”.

En base a la audiencia celebrada, ese mismo día, el juzgador decidió incorporar a Torrico al régimen de salidas transitorias y pudo dar solución a la cuestión en un plazo razonable y sin dilaciones indebidas. Resta agregar que, por escrito, este trámite hubiera tardado –por lo menos– 20 días hábiles.

**La implementación de las audiencias determina la necesidad de una nueva estructuración de los juzgados de ejecución penal. Asimismo, también requerirá replantear la función que el expediente de ejecución cumple hoy en día.**

#### V. Reflexión final: de una decisión judicial acertada a una reforma necesaria

A la luz de las ventajas que hemos señalado anteriormente, podemos afirmar que la decisión del juez contravencional de llamar a audiencia oral para resolver un incidente de ejecución demuestra que advirtió cuál es la importancia de aquel mecanismo. Claramente, interpretó de qué manera deben respetarse los derechos de los condenados en la tercera etapa del proceso. También comprendió que para realizarla no era necesario que se encuentre regulado forma expresa en la ley procesal.

Sin embargo, esta nota que intentamos resaltar no puede desviar nuestra atención de que lamentablemente esta actuación del juzgador constituye una excepción a la regla. La ausencia de una regulación normativa que prevea la realización de audiencias en la tercera etapa del proceso penal lleva a que las viejas prácticas continúen vigentes sin dar lugar a que innovaciones en el sistema judicial den un paso adelante<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> En sentido similar, GUILLAMONDEGUI afirmó que es de “suma relevancia en el ámbito de la ejecución penal, ya que su observancia permitirá arribar a resoluciones más justas al evitar la intromisión de factores ajenos a la valoración o la incorporación de informes técnico-criminológicos no ajustados a la realidad, que devienen en la mayoría de los casos puestos en consideración judicial, en decisiones de mérito que vulneran derechos penitenciarios y atentan contra el objetivo primero de las normas de la ejecución penal” (Los principios rectores de la ejecución penal Su recepción en la jurisprudencia de la Provincia de Catamarca, publicado en <http://www.pensamientopenal.com.ar> y en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal n° 12, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2005, p. 1115).

<sup>16</sup> A través de la Ley n° 25.752.

<sup>17</sup> Instituto que permite egresar del establecimiento carcelario los fines de semana.

<sup>18</sup> BINDER, Alberto M.: La fuerza de la inquisición y la debilidad de la república en Revista Política Criminal Bonaerense n° 1, citada, p. 244 (publicado también en <http://www.inecip.org>.)

Debemos insistir en que los tribunales son reticentes a la oralización del incidente de ejecución con fundamento en que no resultará posible llevarla a cabo por la cantidad de tareas que deben desarrollar los juzgados de ejecución. Este es un elemento más que no debe perderse de vista para justificar la necesidad de incorporar las nuevas prácticas a través de la ley procesal y replantear las estructuras de los actuales tribunales para que se desentiendan de las tareas administrativas que hoy en día ocupan gran parte de su labor.

Para finalizar esta reflexión, conviene recordar que “(...) los principios de la reforma le indican que el expediente debe ir perdiendo la centralidad ocupada hasta ese momento, producto del peso de la tradición inquisitiva, para dejar lugar a una concepción de investigación judicial cada vez más ágil y resolutive, y cada vez menos apegadas a las formalidades rígidas”<sup>19</sup>. Esto es así, en razón de que la oralidad sólo es compatible con un debate sencillo y

rápido<sup>20</sup>. Esta es la dirección que parece haber abierto el precedente judicial que motivó nuestro análisis y en el que debe encaminarse la reforma de esta etapa.

...  
**no es posible justificar la afectación de derechos fundamentales de los condenados en razón de los problemas estructurales que sufre la actual administración de justicia. La realización de audiencias para resolver los incidentes de ejecución es, sin lugar a dudas, una solución posible.**

Como se pudo observar, la posibilidad de que se realicen audiencias permitirá el respeto de los principios de inmediación, oralidad, publicidad y contradictorio, que deben continuar vigente durante la ejecución de la pena a la luz del principio de judicialización y legalidad ejecutivo. A su vez, su implementación generará mayores beneficios en términos de eficiencia y eficacia.

En base a ello, queremos volver a insistir en que no es posible justificar la afectación de derechos fundamentales de los condenados en razón de los problemas estructurales que sufre la actual administración de justicia. La realización de audiencias para resolver los incidentes de ejecución es, sin lugar a dudas, una solución posible. Sólo resta tomar la decisión. ■

<sup>19</sup> MARTINEZ, María Josefina: op. cit., p. 5.

<sup>20</sup> LEDESMA, Angela Ester: Principales problemas que plantea el sistema oral en Sistemas Judiciales n° 7 citada, p. 18.