



Determinación judicial de la pena y Ejecución de la pena

Compendio de doctrinas

- Incluye las ponencias presentadas en el marco del “Congreso Internacional de Ejecución Penal”, realizado en la Facultad de Derecho (UBA), en agosto de 2013



Ministerio de
Justicia y Derechos Humanos
Presidencia de la Nación



Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE
INFORMACIÓN JURÍDICA



Determinación judicial de la pena y Ejecución de la pena

Compendio de doctrinas

- Incluye las ponencias presentadas en el marco del “Congreso Internacional de Ejecución Penal”, realizado en la Facultad de Derecho (UBA), en agosto de 2013

PRESIDENCIA DE LA NACIÓN

Dra. Cristina Fernández de Kirchner

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

Dr. Julio Alak

SECRETARÍA DE JUSTICIA

Dr. Julián Álvarez

SUBSECRETARÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA

Lic. María Florencia Carignano

**DIRECCIÓN NACIONAL DEL SISTEMA ARGENTINO
DE INFORMACIÓN JURÍDICA**

Dra. María Paula Pontoriero



Ministerio de
Justicia y Derechos Humanos
Presidencia de la Nación



Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE
INFORMACIÓN JURÍDICA

Alagia, Alejandro

Determinación judicial de la pena y ejecución de la pena, compendio de doctrinas : incluye las ponencias presentadas en el marco del "Congreso Internacional de Ejecución Penal", realizado en la Facultad de Derecho ,UBA, en agosto de 2013 / Alejandro Alagia ; Javier A. De Luca ; Alejandro W. Slokar. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Infojus, 2014.

E-Book.

ISBN 978-987-3720-01-7

1. Derecho Penal. 2. Actas de Congreso. I. De Luca, Javier A. II. Alejandro W. Slokar III. Título
CDD 345

Fecha de catalogación: 05/05/2014

ISBN: 978-987-3720-01-7

Determinación judicial de la pena y ejecución de la pena, compendio de doctrinas
Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329,
C.P. 1041AFF, C.A.B.A.

Editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica.

Directora: María Paula Pontoriero

Correo electrónico: ediciones@infojus.gov.ar

Todos los derechos reservados. Distribución gratuita. Prohibida su venta. Se permite la reproducción total o parcial de este libro, su almacenamiento en un sistema informático, su transmisión en cualquier forma, o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, con la previa autorización del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Directores

Alejandro Alagia

Javier De Luca

Alejandro Slokar

Secretarios de Redacción

Martín Gerardo Degoumois

Ernesto Kreplak

Franco Picardi

Renato Vannelli Viel

Colaboradores

Francisco Figueroa

Gabriela L. Gusis

Antonela C. Ghezzi

María Ángeles Ramos

Vilma Bisceglia

Emiliano Espejo

Índice General

Doctrina

p. I

Relaciones entre cárcel y criminología

por GABRIEL IGNACIO ANITUA.....5

Urgencias en la ejecución de la pena

por VILMA BISCEGLIA 19

Límites constitucionales en la determinación judicial de la pena. La función referencial del mínimo de pena dentro del marco legal

por GABRIEL BOMBINI 33

La necesidad de revisión del monto de la pena durante su ejecución.

Pena ilícita y pena natural

por MARÍA SOLEDAD CARROZZA 55

Trabajo y cárceles. Puntos ciegos a la vista

por RAÚL CERUTI.....79

Una interpretación constitucional reincidente: la ley 24.660

y la derogación tácita del art. 14 CP

por PABLO CORBO 89

Delitos sexuales. Una propuesta de trabajo

desde la teoría cognitiva-conductual

por DANIEL DALLA VIA.....109

Congreso Internacional de Ejecución Penal 2013. Presentación

por SERGIO DELGADO.....117

ÍNDICE GENERAL

Estímulo educativo. Discusiones acerca de la forma de computar las reducciones. Su aplicación respecto de los extranjeros sujetos a extrañamiento por MARTÍN FIUZA CASAS	119
Los miedos de prensa: ¿inseguridad por el delito? por JUAN SEBASTIÁN GALARRETA	147
¿Tiene carácter vinculante el acuerdo del fiscal en la etapa de ejecución penal en la provincia de Buenos Aires? por JUAN SEBASTIÁN GALARRETA	157
La determinación judicial de la pena ¿Redefinición de la teoría del ámbito de juego? por JORGE AMÍLCAR LUCIANO GARCÍA	173
La disminución de la escala penal en el exceso en la legítima defensa por MARÍA MERCEDES GONZÁLEZ	197
Políticas públicas penitenciarias actuales en Colombia por ALFONSO GONZÁLEZ LÓPEZ	209
Reflexiones acerca de las calificaciones de conducta y concepto. Propuestas de discusión en procura de arribar a un mecanismo de valoración de los informes criminológicos respetuoso de la finalidad jurídica de la ejecución de la pena privativa de libertad por LUIS RAÚL GUILLAMONDEGUI	227
El derecho al trabajo y a la libertad sindical de las personas privadas de la libertad ambulatoria por MATÍAS ISEQUILLA	239
Visita al Complejo Penitenciario de Devoto y al Centro Universitario Devoto (CUD) por LORENA LESCANO	267
Consejos de la Comunidad: historia, estructura y perspectivas por LUCIANO ANDRÉ LOSEKANN	271
Algo más sobre determinación de la pena Notas sobre la necesaria disminución de habilitación de poder punitivo por ADRIÁN N. MARTÍN	295

ÍNDICE GENERAL

Una propuesta para limitar el uso de la prisión preventiva por SANTIAGO MARTÍNEZ	309
La Arquitectura Carcelaria por MARLON CÉSAR MARTÍNEZ	329
Subjetividad y ley. Encuentros y desencuentros entre el discurso jurídico y el discurso psicoanalítico por OMAR MENÚ	347
El estado peligroso del delincuente: 90 años después. Psiquiatría y prognosis criminal en el ámbito de ejecución de la pena por EZEQUIEL N. MERCURIO	353
El Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura. La aprobación de la ley que promueve su creación establecida en el Protocolo Facultativo del Convenio contra la Tortura por FRANCISCO MUGNOLO	377
Del (so)juzgamiento de la palabra a la palabra del sujeto por NATALIA MACCORIN y PABLO PARNES	387
Especialización en el fuero penal juvenil: ¿realidad, ficción o utopía? por DAVID PERELMUTER	395
La protección de los derechos laborales de los internos trabajadores por ELSA PORTA	411
La prisión como solución y problema. Una revisión por FABIÁN A. QUINTERO	439
Reforma a la ley 24.660: tratamientos disponibles por M. LAURA RODRÍGUEZ; LEILA L. GARCÍA CASTELO; ANDREA SUÁREZ y MARCELO DELLA MORA	455
Tratamiento psicológico grupal (de y entre) personas privadas de su libertad acusadas de abuso sexual por JUAN PABLO SCARPINELLI	473
Algunas notas sobre las experiencias del abordaje psicológico a personas privadas de la libertad por delitos contra la integridad sexual por JUAN PABLO SCARPINELLI y MARINA ALEJANDRA RETA	481

ÍNDICE GENERAL

Aproximaciones a la problemática de la reincidencia sexual. Estadísticas, factores de riesgo y medidas de política criminal por VIVIANA SCHWEIZER y GUADALUPE BLANCO	493
La ley de los sin ley por ALEJANDRO W. SLOKAR	515
La determinación punitiva en la fase ejecutiva de la condena por PABLO ANDRÉS VACANI.....	527
Consecuencias de la videoconferencia en las políticas penitenciarias locales por CARMEN BEATRIZ VIALE	547
Reflexiones sobre el tratamiento penitenciario por JULIO VIRGOLINI	555
El sistema penitenciario en China por SHIZHOU WANG	561
El fundamento de la libertad condicional, la “observancia de los reglamentos carcelarios” y las “teorías de la unión” por PATRICIA S. ZIFFER.....	591
Sistemas penales comparados y determinación de la pena en Europa por DIEGO ZYSMAN QUIRÓS	613
Recomendación II/2013. Sistema de Coordinación y Seguimiento del Control Judicial de las Unidades Carcelarias.....	635



Doctrina



I. Determinación
judicial de la pena

II. Ejecución
de la pena

Relaciones entre cárcel y criminología⁽¹⁾

por **GABRIEL IGNACIO ANITUA**⁽²⁾

En primer lugar, agradezco la presencia de ustedes, el tiempo que nos dedican. Pero en segundo y no menos importante lugar, agradezco a quienes organizan este evento y me invitaron a participar de él, principalmente porque me invitan a participar también de un muy merecido homenaje a Raúl Zaffaroni.

Raúl Zaffaroni es el autor que nos permite pensar, podríamos decir. Antes de decir cualquier otra cosa, hay que recordar que todos nosotros hemos pensado o hemos dicho cosas a partir de lo que él ha dicho expresamente o ha sugerido. En particular, ese antecedente es importante en esta relación compleja entre la criminología y la cárcel, que es lo que nos convoca en este panel.

Las relaciones entre la criminología y la cárcel, en el ámbito global y también en el ámbito concretamente argentino, son de ida y vuelta. Hay un necesario juego entre el adentro y afuera que abarca, también, a los discursos y a las prácticas —se trata de investigar pero hay que actuar también—, que desde la cárcel ha permitido pensar a la criminología, ha dado

(1) Conferencia presentada en “III Jornadas de Ejecución Penal. Homenaje a Raúl Zaffaroni”, Facultad de Derecho, UBA, 11 y 12 de octubre de 2012.

(2) Doctor en Derecho (Universidad de Barcelona). Magíster en “Sistema penal y problemas sociales” (Universidad de Barcelona). Diploma de Estudios Avanzados en Derecho Penal (Universidad del País Vasco). Abogado (Universidad de Buenos Aires) y Licenciado en Sociología (Universidad de Buenos Aires). Becario pre-doctoral del Gobierno Vasco, en la UPV de San Sebastián (1997-1999), y post-doctoral de la Fundación Humboldt, en la Johann Wolfgang Goethe de Frankfurt (2004-2005). Actualmente trabaja como Defensor Público oficial ante los Tribunales Orales en lo Criminal y como Profesor adjunto regular de derecho penal y criminología en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

una base sobre la cual montar esos discursos criminológicos, y que a su vez, como contrapartida, desde la criminología ha moldeado la cárcel, le ha dado algunas posibilidades de formas y de reformas.

Es así que la criminología y la cárcel están íntimamente unidas desde estos lugares necesariamente separados y esto puede, otra vez, vincularnos con la obra de Zaffaroni.

Y es que en el pensamiento del propio Raúl Zaffaroni, sobremanera si analizamos su obra, vamos a encontrarnos con una obra teórica monumental, una nueva criminología, que es indisociable de las experiencias personales que nuestro maestro vivió en vinculación con la cárcel.

Ello se verifica en su primigenia formación en los años 60, en los contactos que tiene con algunos profesores y personajes que a todos los que tenemos una formación más estrictamente jurídica, o incluso sociológica, nos parecen raros, extraños, pero que son fundamentales para esa primera formación que tuvo Zaffaroni. Son aquellos que él mismo siempre menciona y que reivindica, como Alfonso Quiroz Cuarón, criminólogo positivista y médico mexicano; Roberto Pettinato, técnico penitenciario argentino; Antonio Beristain, cura, jurista, vasco y ecléctico; y Elias Neuman, un hombre universal, filósofo y abogado de causas perdidas, entre muchos otros. Todos ellos tienen en común, más allá de las múltiples diferencias en lo heterogéneo de sus actividades, así como de las enseñanzas que Zaffaroni bien recibe, tienen en común haber vivido la cárcel, haber estado dentro de las cárceles mucho tiempo. Ellos sabían de lo que hablaban, desde sus distintas formaciones, y es notable cómo influía ese contacto existencial con la cárcel sobre lo que ellos hacían y decían. Precisamente este saber vinculado a un contacto directo con la experiencia carcelaria se vuelve determinante en la formación del joven Zaffaroni, quien vinculado a una muy compleja realidad argentina en los años setenta, regresa desde México y comienza una muy importante producción teórica.

Asimismo, la influencia de este contacto con la cárcel será otra vez fundamental en la obra de Zaffaroni en el momento en que empezaba a gestarse una nueva criminología. En este punto es fundamental, otra vez, el contacto con personas extraordinarias como Louk Hulsman o Alessandro Baratta, pero lo es también una experiencia de investigación activa de Zaffaroni, en el año 1980, vinculada a un proyecto hecho a nivel continental para toda

América Latina con el objetivo de analizar las cárceles regionales. En esa oportunidad especialmente vio ese gran fenómeno que redundó en ese estudio fundamental sobre el preso sin condena, que es la característica —como bien dijo Gabriela— de las cárceles argentinas y latinoamericanas.

Ese es el comienzo de la originalísima reflexión teórica zaffaroniana sobre esa materialidad concreta, específica, del castigo que, en nuestro margen, es la cárcel. Es cierto que Zaffaroni llega a ello porque ya tenía una base filosófica para hacerlo, pero me parece que lo que hace que esa reflexión tenga, a la vez, una propuesta muy concreta, real, punto de partida de ese “realismo jurídico penal marginal”, es ese contacto vivencial, concreto, con las cárceles latinoamericanas.

Esto que hace a la obra de nuestro homenajeado, lejos de ser una digresión, resulta fundamental, porque deja en evidencia (podríamos decir que Zaffaroni nos propone), al menos, tres vías de abordaje a esa compleja relación entre la cárcel y la criminología. Seguramente hay muchas más, pero nos quedaremos, a los fines de esta charla, con estas tres que creo se deben seguir de la profundización de su obra teórico/práctica.

De dos de ellas ya se ha hablado bastante en ese panel. Una de esas primeras vías de contacto entre la criminología zaffaroniana y las prácticas en la cárcel se relaciona, desde un punto de vista crítico o de ruptura, con tomar en cuenta lo efectivamente existente en el mundo de las prisiones pero para invertir sus efectos, que ya se ha mencionado en este panel como la “criminología clínica de la vulnerabilidad”. Se trata de una política penitenciaria, o de las condiciones concretas de las formas punitivas, reorientadas para reducir la vulnerabilidad del seleccionado. En este punto propone Zaffaroni un paso de la clínica del tratamiento presidida por el postulado resocializador, al ofrecimiento (al autor del delito) de una suerte de clínica que se dirija a lograr una disminución de su vulnerabilidad: se trata de hacer algo no para la resocialización, si no para reducir la vulnerabilidad.

Admitiendo que la prisión tiene un efecto deteriorante que “re-vulnerabiliza”, pero que hay individuos que están presos, la clínica debe disminuir, hasta donde sea posible, esta característica estructural de la vida carcelaria haciendo que la cárcel sea lo menos cárcel posible, y ofreciendo, pero sin imponer, la posibilidad de prepararse para egresar con los elementos que correspondan a un mayor nivel de invulnerabilidad (por ejemplo, modifi-

car su autoestima, procurar salir del estereotipo, intentar que comprendan el papel que se les asigna al reclamarles roles conforme a estereotipos, tratar de modificar su autopercepción, etcétera). Lo intelectualmente brillante de esta propuesta es que logra “dar vuelta” los pensamientos y las prácticas existentes e invierte, desde el punto de vista crítico, las prácticas legitimadas por esos pensamientos médicos y psiquiátricos, y nos enseña, a la vez, a utilizar en forma inteligente ese “poso” de criminología y de práctica penitenciaria ya existente.

La otra vía de aproximación tiene que ver con las estrategias también mencionadas por quienes me precedieron en el uso de la palabra —tanto desde un contexto más teórico, en la exposición de Gabriela Gusis, y desde otro más concreto, como en una de las investigaciones mencionadas por Gabriel Bombini—, que podemos resumir en esa “cautela” de tipo jurídica y también política. Se trata del núcleo duro de la criminología zaffaroniana y que nosotros debemos desarrollar especialmente en nuestra intervención con y contra la cárcel. Se trata de ponerle límites a la insaciabilidad de la estructura penitenciaria, de la cárcel, que es heredada de la misma lógica del poder punitivo todo. Alertar sobre esa inflación que no solo es penitenciaria o carcelaria, sino que es estrictamente penal, es una forma de intervenir para que no empeoren o se deterioren las cárceles existentes y las vidas de los que por allí pasan.

El papel del jurista como juez o defensor, el uso que haga de las herramientas del derecho para limitar esos avances, es fundamental. Pero también el jurista debe actuar políticamente para impedir leyes punitivistas y para pensar otras que descompriman y reduzcan el sobre-encarcelamiento. Así, la estrategia del cupo, o de no construir más cárceles, y otras estrategias jurídico-penales de legislación son importantes para lograr esto (baja de los máximos legales, abolición de la así llamada reincidencia, eliminación de los mínimos). Esta criminología y esta práctica jurídica y política forman parte de la misión política del penalismo liberal, del penalismo clásico. Pero hay algo novedoso. La criminología de la cautela, al abandonar certezas, también hace ese mismo ejercicio de dar vuelta, de poner de cabeza aquellos pensamientos penales que ya no pueden justificar prácticas punitivas, pero a la vez recupera eso de garantista que ya existe en ese pensamiento liberal clásico para utilizarlo para limitar consecuencias inhumanas o violadoras de derecho que sabemos que existen en las manifestaciones concretas del castigo en la prisión.

Pero creo que hay una vía más de contacto con la prisión en la criminología zaffaroniana. Este tercer punto, que es al que dedicaré mayor atención, y es el que tiene que ver con cierto uso de la memoria a partir de estas instituciones carcelarias realmente existentes.

Entiendo que el realismo marginal necesariamente tiene que estar vinculado con la historia, y esto aparece más directamente vinculado a las últimas obras de Zaffaroni, estrictamente criminológicas. Más allá de sus limitaciones, también la criminología histórica, la teórica, sugiere vías de acción para una cárcel del futuro, incluso más que la criminología estática o sistemática.

Y es que en la historia (tanto local como global) es donde la cárcel tiene un lugar evidentemente fundamental, tanto en ese momento central del paso del feudalismo al capitalismo, a esta aparición del poder punitivo con ciertas instituciones de encierro que lo van a caracterizar y que en ese momento no están homologadas a la pena (esos sencillos, austeros orígenes) y se dedican expresamente a los pobres. Y luego, ya con el surgimiento de esa pena privativa de la libertad, que va a ir asociando a la cárcel con una forma concreta del capitalismo, el capitalismo industrial.

Esto sucede hace pocos años, unos doscientos, doscientos cincuenta años. Estos dos momentos aparecen claramente en la obra de Zaffaroni y aparecen enfocados más bien desde un punto de vista global, lo que no está mal ya que necesariamente lo local tiene una relación con lo global. Para entender la historia de nuestra institución penal hay que hacer eso. Así como habíamos mencionado antes la dualidad, ese adentro y afuera con el espacio cárcel y el espacio de la sociedad, y lo mismo con la acción y la teorización, aquí también lo global y local aparecen en una directa vinculación y como una necesidad de tener en cuenta ambos aspectos para producir un realismo marginal desde lo teórico, desde lo más criminológico, y también desde la intervención práctica en el ámbito de nuestras prisiones.

Por un lado, porque estos esquemas y prácticas, en estos doscientos años de historia, son internacionales. Pero también son locales porque, de su origen en los países centrales —que, en la historia de la cárcel, principalmente son los Estados Unidos de América— que en la historia de la cárcel principalmente son los Estados Unidos de América, todos estos pensamientos y prácticas tienen inmediatas relaciones, tienen traslados, tienen

traducciones que afectan directamente a nuestro medio. Desde esa impronta, son locales; son conocimientos y prácticas propias, y los cambios en aquellos países son recibidos aquí. Pero también, evidentemente, hay acontecimientos locales que hay que tener en cuenta, que hay que considerar para analizar esa relación entre la cárcel y la criminología argentinas.

Y es que el pensamiento legitimador de la cárcel, como deudor del poder punitivo, es un pensamiento que es hegemónico y globalizador, y por eso también nos afecta, en nuestra constitución de lo carcelario, lo que sucede en ese país central que es Estados Unidos. De allí la necesidad de fijarnos en el desarrollo de la criminología y de la cárcel y en la relación con la sociedad estadounidense es estos últimos doscientos años.

Para ello tendré en cuenta una periodización en ciclos largos, de acuerdo a lo propuesto por algunos historiadores. Esa periodización nos lleva seguramente a simplificar, a eludir algunas complejidades, pero también nos permite decir algo más explicativo sobre ese desarrollo de lo carcelario. Estos ciclos, a su vez, pueden relacionarse con los económicos, y en ello seguimos aquí la obra aun hoy no superada de Rusche, que teniendo en cuenta esa percepción de Marx acerca de los ciclos económicos nos dice algo acerca de la cárcel y su relación directa con la estructura económico social.

Esos ciclos largos, de unos 50 años cada uno y en los que podemos encontrar cierta lógica común, dejan ver una distinción ya consagrada en el análisis de las prisiones de Estados Unidos. Hay un primer momento —podríamos fecharlo en 1830, con la visita de Tocqueville a los Estados Unidos—, que es el de la cárcel “modelo” o la cárcel que sigue esa discusión acerca de distintos modelos que están ligados a las cuestiones religiosas (recuerden la importancia de los cuáqueros), pero también están ligados al surgimiento de esa nueva república que intenta romper los lazos de continuidad con la noción de Estado soberano europeo, y así con esa idea de formar ciudadanos disciplinados para esa nueva república. Estos dos aspectos van a ser muy importantes en la configuración de ese modelo penitenciario —el modelo filadélfico— para las prácticas y para los discursos que van a legitimar esas prácticas, que luego van a dar origen a la criminología, y a la arquitectura, por cierto, de lo que será la cárcel de ahí en adelante, para todo el discurso no solo jurídico, sino también biológico y médico que surgirá y performará luego a la prisión.

En un segundo ciclo, digamos que a partir de 1880, aquel modelo va a ser reemplazado por otro denominado del *big house* —la gran cárcel, la gran casa— que va a abandonar aquellas pretensiones, enormes pretensiones que se tenían en los principios del siglo XIX, por un modelo más de gestión, más político, incluso “clientelar”. De hecho, así es denominado por los propios criminólogos estadounidenses —modelo “clientelar”— muy vinculado entre el adentro y el afuera, en momentos de conformación de partidos políticos profesionales con punteros (no es un invento argentino esto del clientelismo, y tiene bastantes puntos en común, tanto en la historia política, como en la historia de la cárcel y sobre todo en la gestión de la cárcel en Estados Unidos en este período).

Este modelo, a su vez, va a entrar en crisis 50 años después, más o menos, por varios motivos, pero sobre todo por este gran crecimiento del número de personas que estaban allí encerrados y que dificultaba enormemente gestionar con este discurso meramente clientelar que sostenía de esta manera algunas lógicas internas dentro del funcionamiento de la cárcel. Ahí aparece la denuncia que hace Rusche de esas cárceles de 1930. Pero también, en gran medida influidos por la crisis económica de esos años, el crack del año '29, y también por la respuesta política a dicha crisis en el *New Deal*, se va a reemplazar ese modelo masificado y cuestionado por un modelo estrictamente denominado “de la penalidad del bienestar”. Unas prácticas y unas legitimaciones que exceden lo carcelario, y que lo mantienen asociado también a esa forma Estado, al Estado de Bienestar, con una modalidad en la cual la misma cárcel interioriza el modelo correccional y el modelo de resocialización como forma de gestión de las propias unidades carcelarias.

Hay, para este ciclo, otro acontecimiento también crucial, muy importante, aunque afecta en menor medida a Estados Unidos y América Latina, y mucho más a Europa, pero que en definitiva afecta a todo el mundo, que es el acontecimiento Auschwitz, el conocimiento sobre la Shoa, sobre la realidad de lo sucedido en los campos de concentración nazis. Especialmente aquellos que se dieron cuenta que esos campos de concentración no son el producto un lógica diversa, distinta, monstruosa, sino que es la propia lógica del encierro de las cárceles la que llevo a ese desastre, a eso que es casi innombrable, al Holocausto de seres humanos. Esa percepción, junto a la lógica del bienestar, va a incidir en el funcionamiento de estas cárceles, va a permitir también el funcionamiento (al menos la propuesta)

de otro tipo de medidas alternativas, fuera de los muros de la cárcel, y también va a permitir un discurso criminológico crítico.

Tomar a la práctica carcelaria con fines resocializadores en serio originará la constante constatación de que las cárceles no servían para ello. Esta reflexión sobre el fracaso permite que haya todo un discurso ligado a lo compartamental, médico, psiquiátrico, pero también a lo sociológico, que concluya, a partir de ver efectivamente qué efectos produce la prisión, en un discurso de lo que podemos denominar una criminología crítica (aun cuando la crítica de lo que realmente produce la prisión no es solo originaria de este período, sino que acompaña a la prisión desde sus orígenes).

Pero lejos de producir efectos sobre la cárcel real, ese discurso del “no funciona” servirá de abono a un cuarto y último período en el cual la criminología norteamericana habla, desde 1980, del modelo de la “cárcel depósito”, que ya fue mencionado también por quienes me precedieron. Se trata de un momento de la cárcel que es novedoso en Estados Unidos, y que a falta de otra criminología, en gran medida se agrupa en esa crítica al modelo resocializador que va a ir montando un nuevo discurso criminológico (paralelamente a la producción de otros discursos junto a otras prácticas) vinculado a la idea de la extrema seguridad y también la idea del “exilio”, del mandar fuera; una idea que se ha cristalizado incluso en un proyecto denominado “Proyecto exilio” y que trata de construir cárceles fuera de los ámbitos urbanos, depósitos enormes en donde la gente va a ser dejada afuera de la sociedad durante un tiempo.

Bueno, ese dejar fuera —que, en realidad, para nosotros es dejar adentro, dejar adentro de la cárcel y que se “pudran ahí”, que no salgan nunca más— eso tiene que ver también con una revisión de la idea de “frontera” en los Estados Unidos, concepto que allí fue original, fue diferente al resto del mundo y ahora retoma la idea de expulsión.

Recordemos que en el siglo XIX, esta idea de mandar afuera para colonizar territorios inexplorados, vacíos, se asociaba al castigo, tanto en la lógica británica —que mandaba a los presos a Australia— o rusa —que los mandaba a Siberia—, como, o en Rusia, que los mandaban a Siberia, como en Francia y sus Guyanas, o algunos otros territorios en África, en Brasil y la “degrado”, e incluso en Argentina, con esas cárceles construidas en Ushuaia y luego en los territorios nacionales.

En Estados Unidos esto no sucede, porque en Estados Unidos la idea de frontera era vista más como una oportunidad: irse afuera era irse a hacer mundo, a conquistar (el oeste) a mejorar la fortuna. Por lo tanto, la cárcel no estuvo asociada en el siglo XIX a ese echar hacia fuera, y luego incluso se justificó como una forma de incluir. Pero ahora sí. A partir de 1980 más o menos, y conjuntamente con una nueva visión sobre el extranjero y sobre las fronteras territoriales, el exilio, el dejar afuera estará asociado con la lógica de la exclusión. Este nuevo modelo está directamente vinculado con la exclusión y esto es lo que se produce en ruptura con los modelos anteriores, que de una forma u otra se vinculaban con la inclusión. En este nuevo modelo, claramente, la exclusión se convertirá la finalidad del castigo y del castigo en las cárceles, y esto también va a afectar de alguna forma a los pensamientos criminológicos que desde la propia cárcel van a producir lógicas actuariales, de gestión de riesgos y que van luego a ser llevadas al análisis incluso de la realidad del control extra muros.

Es probable, como también lo mencionaba Bombini, que quizás los ciclos se acorten, los tiempos se aceleran. O tal vez este modelo es inviable, porque lo que es cierto es que actualmente en California, que es el Estado estrella en llevar adelante este tipo de proyecto, están repensando ese tipo de cárcel-depósito, un modelo masificador, expansivo, principalmente porque cuesta mucho pagar esto, preguntarse por los costos es tal vez la manera de frenar ese crecimiento del número de penados, ínsito a dicho modelo.

Más allá de esa evolución... digamos, interna, se relacionan esos ciclos con cuestiones económicas y también con políticas locales, de los Estados Unidos. Es así que la aparición del modelo penitenciario filadélfico corre paralelo con el proceso democratizador del presidente Andrew Jackson, de extensión del voto, lo que lleva a pensar a la cárcel como un instrumento de esa posibilidad de construcción de ciudadanía; que el fin de la guerra de secesión y las leyes que en 1880 posibilitan la liberación de los esclavos hace en gran medida también crecer el número de cárceles, la esclavitud de alguna forma reemplazaba, excluía a la pena, la pena de la cárcel reemplaza históricamente a la esclavitud (Gustav Radbruch, que es el más brillante de los penalistas alemanes, había hecho una relación al respecto en el año 1938 en un texto que está en alemán "*Der Ursprung des Strafrechts aus dem Stande der Unfreien*" en *Elegantiae Juris Criminalis* y —que yo sepa— no está traducido, y luego Thortsein Sellin lo sigue en *Slavery and Penal System*, de 1976); luego, como ya he dicho, hay un vínculo evidente entre

la salida política de la crisis del 29 las formas punitivas del *welfare*; así como lo hay en el año 1980 entre esa revolución conservadora personificada en la figura de Ronald Reagan y las formas punitivas de la exclusión. Como siempre se ha de decir, no sé ahora qué puede pasar.

Menciono eso porque así creo necesario destacar que, además de ver cómo vinculamos esto, cómo trasladamos esa evolución de la institución carcelaria a la Argentina, reconociendo a la vez el proceso interno de lo carcelario y el global (así como el local de los Estados Unidos), debemos analizar los acontecimientos locales, que dan otro o el mismo sentido.

Porque, claro, lo que he mencionado de alguna forma afecta, da sentido, construye discursos criminológicos y prácticas penológicas a la Argentina aunque nuestro país tenga, por supuesto, su propia historia de acontecimientos locales.

Por ejemplo, el año 1880 aparece estrictamente vinculado con el momento de la cárcel positivista, con el surgimiento de nuestros sistemas penitenciarios, y no es casual que ese sea el momento de la consolidación nacional, el momento en que la Argentina se constituye como Estado afianzado, como una República posible. Ciertamente es que ese modelo de cárcel positivista no estaba extendido ni se extendería a todo el país; aun con un peso en lo simbólico y en la criminología, el referido modelo carcelario tiene como ejemplos primordiales la penitenciaría de la Ciudad de Buenos Aires construida en 1877 y la cárcel de Ushuaia. Pero también está vinculado ese penal con aquella otra lógica de la colonización de territorios vacíos, inexplorados, con el expulsar, o echar fuera (y esa lógica también estuvo presente entonces).

Y, por cierto, para mencionar la tercera lógica presente en ese entonces, y que marca al modelo (ya que, a pesar de los cambios epocales, son posos, sedimentos que actualmente continúan estando y que también explican las cárceles actuales), hay que decir que la mayoría de las cárceles entonces siguieron el viejo modelo colonial de la "mazmorra", la cárcel pre-ilustrada (incluso la cárcel todavía existente para 1880 era la del Cabildo que tenía al edificio superior como visible, como forma legitimadora de la administración de lo comunal, pero en el sótano tenía las mazmorras: en verdad la misma visión que aún hoy está presente en el Palacio de los Tribunales, como lo mencionó el profesor Delgado, esos cimientos, esa verdadera justificación

de todo el boato, todo el lujo, toda esa "Justicia" con mayúscula que está en esos pisos superiores, en los que hay mucho reconocimiento social, todo ello está amparado, está justificado por lo que pasa en el sótano, sótano que es una mazmorra, de ninguna manera justificable). Esa cárcel preilustrada no se justificaba siquiera para el modelo de Estado de República posible del año 1880, que mostraba la otra cárcel, la Penitenciaría, como modelo. Que lo será también en lo legal. Ese modelo de cárcel, al menos en lo discursivo, va a estar asociado a ese modelo positivista, al muy original positivismo local, al positivismo criminológico de José Ingenieros y, además, tan vinculado (el propio Ingenieros fue uno de los asesores de Roca) a esa generación del 80.

Para el año 1930/1940 vamos a verificar la emergencia de un nuevo modelo que, aun basándose en este anterior, va a estar ligado a una cierta lógica institucional de relegitimación de las prácticas de encierro, particularmente en la propia cárcel. También este momento o modelo debe ser asociado a lo que entonces sucede. Desde el discurso nacionalista, hasta un Estado interventor, los acontecimientos políticos argentinos delimitados por golpes militares, por el dualismo peronismo/antiperonismo, pero en todos los casos con una preminencia de lo militar, de las jerarquías como lo que legitiman, jerarquizan (efectivamente, jerarquizan pero en el peor de los sentidos), dan condiciones de posibilidad al Estado. Ese modelo militarizado va a marcar una gran cantidad de discursos de la legitimidad de la cárcel, de sus funcionarios; no solo ello sino que va a permitirles actuar.

Debe destacarse que hay una producción muy importante en ese entonces, tanto de textos criminológicos como estrictamente producidos por la propia institución penitenciaria, para hacer políticas y para legitimarlas. Pasa también en otras instituciones, pero el carcelario vive un momento que va de la militarización y la institucionalización a obras fundamentales en ese sentido como las de O'Connor o Pettinato, o criminologías como las de Luder o García Basalo. Obras muy importantes, como también lo serán la de los técnicos penitenciarios y post-penitenciarios.

Pero todo ello desaparece en los años 1980, cincuenta años después de un tímido comienzo. Aquí podríamos analizar si efectivamente aparece el modelo que se imponía en los Estados Unidos, el de la cárcel depósito, con nuevos legitimadores. Pero en verdad lo que se advierte, tanto en la criminología como en la cárcel, es una gran crisis de discurso, observamos que no se produce casi nada.

Más allá de la irrupción de cierto pensamiento crítico (ya ejemplificado en la trayectoria de Zaffaroni) lo cierto es que en este último ciclo no estamos produciendo un discurso criminológico en relación con la cárcel, hay un llamativo silencio carcelario después de las críticas importantes en esos años 80. Desde la criminología no se investiga, no hay producciones de criminológica empírica sobre ese gran laboratorio que es la cárcel. Pero es que tampoco la propia cárcel produce un conocimiento criminológico, ya no intenta legitimar lo que hace. Creo que este fenómeno se observa mucho más en la Argentina que en los Estados Unidos, que en el mundo global. Y es llamativo en nuestra propia historia de la prisión, donde no se hace ni lo que se hacía hace 100 años, ni lo que se hacía hace 50 años. Estrictamente en la criminología parece que se acabó esa relación con la cárcel, y que esta hizo un silencio de radio. Pero la cárcel sigue. Y sigue ciertas lógicas o modelos que deberíamos estudiar.

Para ello, y también para saber el porqué de esos silencios, de esas ausencias, de esas prácticas culposas y de omisiones reprochables, también es importante volver a vincular la cárcel con la historia argentina.

Y en esta última etapa hay evidentemente un acontecimiento, en el que todos ustedes estarán pensando, que es un acontecimiento que marca a la Argentina y que marca también (no podría ser de otra manera) la principal institución represiva de la Argentina.

Ese acontecimiento, claro, es el de la dictadura que terminó en diciembre de 1983. Entre otros productos terribles de ese momento, y —que perduraron luego y que, de alguna forma, marcaron el ciclo—, está eso que efectivamente es como un obstáculo, una tara, una traba, algo que impide de alguna medida pensar. También define algunos aspectos, los peores (la tortura) de nuestras instituciones de encierro.

Pero mi tesis es que también ese acontecimiento y su recuerdo puede ser visto como una oportunidad, una oportunidad para la cárcel argentina, para pararse y crear un discurso nuevo, original, distinto al de los países centrales, basado en la memoria, los derechos humanos, en las ideas antidictatoriales, antijerárquicas, antitotalitarias.

Si bien en el terreno de lo carcelario ese acontecimiento de la dictadura del '76 al '83 tiene que ser todavía estudiado, algunas intuiciones tenemos

acerca de la forma en que rompe y fija, a la vez, las prácticas carcelarias y el discurso criminológico.

Debemos pensar cómo ese momento, y luego la reflexión crítica sobre el mismo, discontinúa esas prácticas y discursos previos. Si bien los modelos previos, el positivista y luego el institucionalizado, en gran medida fueron el origen de la masacre posterior, es notable que incluso ese discurso oficial, ese discurso legitimador, fue abandonado. Esas criminologías fueron olvidadas por los críticos porque era oficial (y evidentemente responsable de la cárcel de la dictadura) y por los “oficiales”, porque bueno, mejor no hablar mucho de estas cosas. Insisto, no se recupera ese pasado por parte de la criminología, pero tampoco por la cárcel, que sin discurso difícilmente puede continuar.

Y es que si bien se discontinúa y se abandona ese discurso legitimador, se continúan y perpetúan e incluso se fijan las peores prácticas del pasado predictatorial, y se vinculan con nuevas prácticas.

Con la dictadura se introducen peores prácticas incluso a las ya existentes en el mundo penitenciario. Se fija la militarización, esa jerarquización del personal penitenciario que afecta al personal penitenciario pero que afecta también directamente a los internos y a la sociedad toda, y que define al espacio de la cárcel como un espacio de no derecho, no jurídico; y se fija también la práctica de la tortura, la práctica de la tortura que era parte de la lógica punitiva legal e ilegal de la dictadura militar y que sigue marcando a la cárcel, al universo penitenciario, incluso con la democracia ya consolidada.

En fin, muchas de las cuestiones que van a ser mencionadas en los próximos paneles se vinculan con ese acontecimiento, que por eso debe ser desmontado.

Pero yo quiero insistir en ver esto: nuestro triste pasado como una oportunidad, una oportunidad para pensar, para hacer este juego de la memoria que nos propone Zaffaroni, este uso de la historia para tener presente a los muertos, tener presente a los productos más negativos de esa historia, y para pensar en nuestra cárcel argentina o en un modelo para la cárcel argentina para el futuro, un modelo que sea contrario, que esté en contra de ese sentido común, de ese cierto sentido común del que nos habla Pavarini, que es globalizador, hegemónico en el mundo penitenciario, que está en Estados Unidos pero le llega al resto del mundo, y que también es local, es argentino, es producto de los modelos que llevaron a la dictadura y de la misma dictadura.

Propongo seguir esta tercera vía de acercamiento entre la cárcel y la criminología, esta brecha que también abre Zaffaroni en esa necesaria relación, para —otra vez utilizando la inteligencia del maestro para dar vuelta— poner de cabeza las lógicas existentes diseñar investigaciones, hacer criminología, y emprender prácticas, modificar la cárcel con esa presencia de lo que sucedió y constituye el pasado de lo que tenemos vivencialmente en nuestras cárceles.

Hacer una criminología y una cárcel, entonces, que estén radicalmente en contra, que sean lo contrario de la dictadura y del legado procesista en las cárceles, —que siguen presentes y que, si no se discute, van a seguir estando presentes—; que también contradiga esos legados previos pero que recupere —en forma inteligente— ese discurso de los Ingenieros, de los García Basallo, de los grandes penitenciarios y criminólogos de principios de siglo XX y de alrededor de la década del 50.

Que se recupere de todo esto, sobre todo, la voluntad investigadora, ahora no para legitimar si no para transparentar, para decir algo acerca de lo que se hace, de lo que sucede en las prisiones, de lo que pasa en el adentro y en el afuera en esa relación con la sociedad y, sobre todo para hacer algo nuevo.

En esto es fundamental seguir la senda de nuestro maestro Zaffaroni para intentar utilizar estas herramientas múltiples para detener, para impedir esa masacre, esa masacre por goteo que realiza el sistema carcelario. Intervenir de esta forma políticamente con las reformas negativas a lo Mathiesen; con esa clínica de la vulnerabilidad que efectivamente no tiene que estar solo en manos del personal penitenciario, sino que también tiene que tener intervención directa de la Universidad, en alguna medida, y del afuera en general, con herramientas jurídicas para esa reducción progresiva de la inflación penal, con esa cautela en lo legislativo y especialmente en lo jurisdiccional.

En todo caso, para intervenir en esta doble vertiente de teorizar y de actuar, tanto en la denuncia como en los límites, desde lo estrictamente académico y desde organizaciones no gubernamentales, pero también en el diseño y en la gestión, en la evaluación y en el control, sería importante aprovechar esa oportunidad de reflexionar de nuestra historia, de hacer memoria, y por lo tanto organizar esa criminología, esa política sobre las cárceles basada en la política de la memoria y en la política de los derechos humanos.

Urgencias en la ejecución de la pena

por **VILMA BISCEGLIA**⁽¹⁾

I | Introducción

En 1991 fue incorporada al Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984) la figura del juez de ejecución penal cuya competencia, primigeniamente limitada a los “asuntos establecidos en el Libro V” (art. 30), fue paulatinamente ampliada por sucesivas reformas legislativas e interpretaciones jurisprudenciales.

En el mismo año, la ley 24.050, de Competencia e Integración del Poder Judicial de la Nación en Materia Penal dispuso en su art. 29:

1. que el juez de ejecución “será asistido por (...) un equipo interdisciplinario integrado por especialistas en medicina, psiquiatría, psicología, sociología, asistencia social y, en su caso, antropología...”
2. que se “...organizará en los establecimientos penitenciarios que por su entidad así lo justifique, una Oficina a cargo de un funcionario que representará al tribunal en todo lo concerniente a las potestades que le asigna la ley procesal relativas a la ejecución de la pena...”
3. y “Del mismo modo, organizará también una Oficina para el control de la suspensión del proceso a prueba en los lugares que juzgue conveniente...”.

En el 2006 se amplió esta estructura (ley 26.070) y en el 2008 (art. 11, ley 26.371) se dispensa a los jueces nacionales de ejecución penal de

(1) Secretaria de Ejecución. Coordinadora Comisión de Salud del Centro de Estudios de Ejecución Penal (CEEP).

entender en las decisiones de los Juzgados Federales y en lo Penal Económico, otrora también de su competencia.

En 1996, la ley 24.660 preveé que los diversos momentos de la ejecución privativa de la libertad se encuentran sujetos al “permanente control judicial” (art. 3), criterio que ha sido definitivamente consagrado y fortalecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en el conocido fallo “Romero Cacharane” (2004), tras el cual no queda margen de dudas acerca de que cualquier circunstancia que pueda incidir cualitativa o cuantitativamente en la ejecución de la pena habilita la intervención jurisdiccional.

A su vez, el Libro V, Título I del Código Procesal Penal de la Nación (CPPN) establece someramente el procedimiento que debe seguir el juez de ejecución durante la última etapa del proceso (CSJN, sentencia firme “Ola-riaga”, 2007) y encuadra su competencia sobre las condenas privativas de libertad, efectivas o dejadas en suspenso (Plenario CNCP, “Maldonado”, 1994), las salidas transitorias, los traslados por enfermedad, las autorizaciones para las visitas íntimas, el cumplimiento de la pena en establecimientos de jurisdicción provincial, las penas de inhabilitación y las de multa, la detención domiciliaria (art. 10 CP, con la reforma de la ley 26.472), la aplicación de la ley más benigna, la libertad condicional y las medidas de seguridad —impactada por la ley 26.657 de Salud Mental y el fallo “Gramajo” (2006) de la CSJN, que declaró la inconstitucionalidad de la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado prevista en el art. 52 CP—.

Por ende, pese a la amplitud de la competencia de los jueces de ejecución penal (JEP), el fuero no se encuentra integrado del modo previsto en la ley 24.050, ampliado por la ley 24.121, posteriormente por la ley 26.070 y reseñada su interdisciplinariedad por la ley 26.813.

2 | Análisis y diagnóstico de la situación

Actualmente existen tres Juzgados Nacionales de Ejecución Penal sobre un total de cinco, los dos restantes nunca fueron puestos en funcionamiento. Desde el año 2011 se encuentra en trámite el concurso para cubrir las vacantes de los Juzgados 1, 2 y 5.

Cada JEP tiene, en promedio, mil privados de libertad y seis mil legajos de *probation* y condenas en suspenso, las que se supervisan con la colaboración del Patronato de Liberados Dr. Frías. Se transcribe a continuación parte de las estadísticas proporcionadas a los JEP por la Dirección de Tecnología del Consejo de la Magistratura de la Nación, desde el 01/11/2007, momento en que se implementó el sistema informático, hasta el 28/08/2013.

Estadísticas de Legajos Ingresados por Instituto al 28/08/2013				
Instituto	JEP N° 1	JEP N°2	JEP N° 3	Total Instituto
Suspensión Juicio a Prueba	6197	6451	6698	19.346
Inimputabilidad	106	110	104	320
Medida de seguridad - ley 23.737	61	90	82	233
Multa	83	115	142	340
Prisión en Suspenso	1942	2200	2159	6301
Prisión efectivo cumplimiento	3844	4075	4060	11.979
Excarcelación	341	346	376	1063
Inhabilitación	128	179	192	499
Total Juzgado	12.702	13.566	13.813	40.081

A la cantidad de legajos, debe sumarse la calidad de las intervenciones requeridas, que va en aumento por diversas razones:

- Las penas más recientes, impuestas por los tribunales de sentencia, son cada vez más largas a causa de las modificaciones introducidas al Código Penal a partir del 2004, con la consiguiente acumulación de legajos por reducción del flujo ingreso-egreso.
- Las salidas anticipadas vienen siendo reclamadas con aplicación de la ley 26.695 "de estímulo educativo", situación favorecida por los recientes fallos "Domínguez" de la Sala II, "Ojeda" de la Sala I y "Alonso" de la Sala IV, entre otros, de la Cámara Federal de Casación Penal, lo que implica la necesidad de practicar cómputos con reducción de plazos en base a los informes de educación penitenciarios.
- La declaración de inconstitucionalidad del art. 14 CP (que impide el acceso a la libertad condicional a aquéllos que fueron declarados reincidentes), resuelta por la Sala II en la causa "Argañaraz"(2012), ha provocado una fuerte demanda para que los jueces de ejecución se pronuncien en el mismo sentido, lo que también implica un incremento de incidencias a tramitar y resolver. Cabe re-

cordar que si bien por el momento la CSJN, en su actual composición, no se ha pronunciado sobre el punto —salvo el Dr. Zaffaroni, en disidencia, en “Alvarez Ordóñez” (2013)—, resulta relevante: a) la jurisprudencia internacional, que postula una postura contraria a la “peligrosidad” como fundamento o medida de la pena, fijada en “Fermín Ramírez c/ Guatemala” (CIDH, 2005), y b) la jurisprudencia local, que en “Gramajo” (CSJN, 2006) refiere a la “peligrosidad” fundante de la accesoria por tiempo indeterminado para multireincidentes, declarando como consecuencia de ello la inconstitucionalidad del art. 52 CP.

- Los traslados de detenidos al interior del país por parte del SPF no cesan. Tal situación complejiza y dilata la ejecución penal, impidiendo la intermediación del juez con los eventos que se generan en torno a la privación de la libertad, así como la escucha al condenado antes de adoptar una resolución (extremo ahora exigido en la ley 26.813 para “agresores sexuales”). El juez se encuentra imposibilitado de revisar, en tiempo y forma, las medidas cautelares y sancionatorias impuestas por la autoridad administrativa. De este modo, la judicialización no se produce o acaece sobre un hecho consumado, doblemente complicado de revertir porque las decisiones administrativas traccionan la progresividad en sentido inverso. Judicializar tales actos implica ejercer el control de legalidad y razonabilidad dispuesto por la CSJN en “Romero Cacharane” (2004).
- Los jueces de ejecución tienen la facultad de controlar y el deber de remediar las condiciones de alojamiento y trato que recibe el detenido, incluso fuera y lejos de su jurisdicción. Existen 40 establecimientos del Servicio Penitenciario Federal (SPF), algunos ubicados a más de mil kilómetros de la CABA. Esta facultad se debilita proporcionalmente con la distancia y aunque las visitas a los penales más lejanos se realicen coordinadamente con los otros jueces, resulta a todas luces imposible sostener temporalmente un control efectivo sobre cualquier práctica o situación observada durante la visita. Las videoconferencias con el preso son un paliativo en cuanto a la recepción de denuncias, siempre que se le garantice la posibilidad de expresarse libremente, misión que podrían cumplir las Secretarías previstas en la ley 24.050. Visualizar, verificar y corregir tales padecimientos constituyen un mandato constitucional expresado en el art. 18: “...las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable a juez que la autorice”.
- Las medidas cautelares y sanciones adoptadas en el ámbito administrativo (SPF) no cuentan con la intervención oportuna y temprana del defensor del interno y no son comunicadas en tiempo y forma al juez de ejecución, pese a las expresas disposiciones que prevé al respecto la ley 24.660 y el decreto reglamentario 18/1997. Tales actos administrativos tienen como consecuencia inmediata la aplicación de una restricción de derechos sobre el interno y, a cierto plazo, la retrogradación en la progresividad del tratamiento. Constituye un mandato constitucional la judicialización de cualquier circunstancias que implique la modificación en las condiciones de ejecución (CSJN, “Romero Cacharane”, 2004).

- Se ha producido un cambio de “paradigma” con el dictado de la nueva Ley de Salud Mental: a) sobre los inimputables (art. 34, inc. 1 CP) ya no pesan medidas de seguridad en los términos del art. 511 CPPN, sino tratamientos supervisados por jueces civiles (art. 482 CC), por lo que cesa la intervención penal mediante el procedimiento aportado por el Programa PRISMA, se archiva el legajo y se remiten testimonios a la justicia civil (Sala I CNCC Federal, fallo “F. R. E. s/ medida de seguridad”, abril/2012, entre otros); b) asimismo, el concepto de “peligrosidad” ha sido sustituido por el de “situación de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros” (art. 20 de la ley 26.657), única situación legal habilitante para la imposición judicial de tratamiento con internación involuntaria. Para tomar decisiones con implicancia en la salud de los sujetos que se encuentran a su disposición, el juez de ejecución debe contar con el auxilio del equipo interdisciplinario previsto por el art. 29 de la ley 24.050, cuyo funcionamiento se encuentra pendiente desde 1991 y cuya composición deberá adecuarse a las nuevas exigencias de la ley 26.657. Cabe agregar que este cambio de paradigma ya se había anticipado en “Fermín Ramírez c/ Guatemala” (CIDH, 2005) y en “Gramajo” (CSJN, 2006), donde se expresó que la “peligrosidad” no puede ser la base de imputación ni de la mensuración de la pena. La “personalidad” sólo puede ser la base argumentativa de un derecho penal de autor no compatible con nuestra constitución.
- Los programas de salud mental dirigidos a privados de libertad que padecen adicciones a drogas y a los llamados “agresores sexuales” son insuficientes y deficientes, dado que no provienen ni son implementados o supervisados por el Ministerio de Salud, conforme lo establece la ley 26.529. Por estar la asistencia y tratamiento a cargo del personal penitenciario, no se resguardan la autonomía de la voluntad del paciente, la preservación de la intimidad, la confidencialidad y consentimiento informado, ni el derecho a una interconsulta médica. Ningún tratamiento podrá tener carácter voluntario (art. 5, párr. 2º, ley 24.660) mientras sea proporcionado por el cuerpo penitenciario que lo evalúa y la historia clínica integre la historia criminológica (art. 145, ley 24.660). Por otra parte, no existe fuera del ámbito carcelario dispositivos de salud mental para “agresores sexuales”, recurso exigido por la ley 26.813 para habilitar la soltura anticipada. La Red Metropolitana de Violencia ha incluido “violentos” pero no en la modalidad “sexual”, por “falta de demanda”, en tanto no se cuestionan espontáneamente su conducta. Con la modificación de la ley 24.660 se pretende que dicha “demanda” se genere en grado de interpelación judicial respecto de los condenados por delitos previstos en los arts. 119, 120 y 125 CP. Sin embargo, los JEP deben valerse de los informes penitenciarios para evaluar ciertas solturas anticipadas, sin la asistencia del equipo interdisciplinario propio (ley 24.050) y sin programas de salud extracarcelarios donde derivar a los que están en condiciones de egreso.
- Las suspensiones del proceso a prueba, previstas en el art. 76 bis, ter y quater CP (introducida por ley 24.316), cuya competencia fuera atribuida a los Juzgados de Ejecución por el art. 515 CPPN, incrementan grandemente

la carga laboral de los mismos, quitándole eficacia a las otras intervenciones mencionadas precedentemente. Durante la *probation* los jueces de ejecución no realizan actos jurisdiccionales sino ordenatorios y de mero trámite. El único acto jurisdiccional relevante consiste en decidir sobre la “**revocatoria o subsistencia del beneficio**”, revocatoria muchas veces invalidada por el tribunal que la otorgó,⁽²⁾ quien tiene reservada para sí la potestad de decidir sobre el cumplimiento del instituto y la consiguiente extinción de la acción penal. Actualmente, cada juzgado tramita un promedio de siete mil legajos de *probation* con el auxilio del Patronato de Liberados de la Nación Dr. Frías, el que, a su vez, se ha sobrecargado con esa gestión y ha reducido su verdadero rol resocializador y asistencial orientado a detenidos y liberados. Hay que tomar en cuenta que desde 1922 el patronato de Liberados se ocupó de la supervisión de los que egresaban con una libertad condicional (art. 13 CP) y, desde que en 1994 se introdujeron al Código Penal reglas de conducta para los beneficiados con condena condicional (art. 27 *bis* CP) y *probation* (art. 76 *ter*), la Cámara “Nacional” de Casación Penal le asignó también la supervisión de los beneficiados con ambos institutos.⁽³⁾

3 | Medidas urgentes

Dadas las circunstancias mencionadas precedentemente, es necesario:

- Poner en funcionamiento las Secretarías creadas por el art. 29 de la ley 24.050 y el art. 77 de la ley 24.121 (17 cargos) “en las unidades penitenciarias 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 19, 26, 30 y 32”. Resulta imperioso, luego del transcurso de 22 años, la efectiva puesta en funcionamiento de esas Secretarías y de otras no previstas, pero sumamente necesarias, en los complejos penitenciarios más cercanos (I y II y CABA). Tales funcionarios coadyuvarían en la tarea de supervisar las condiciones alojamiento, seguridad e higiene de todos los establecimientos donde se encuentren (o puedan ser alojados) los condenados a su disposición, así como las condiciones de trato y tratamiento, con especial énfasis en la prevención de la tortura, tratos crueles e inhumanos (Reglas Mínimas, Naciones Unidas, 1955). Asimismo, podrían recepcionar los requerimientos de libertad anticipada (facultad exclusiva de los jueces) y los recursos que se interpongan contra las sanciones administrativas aplicadas (potestad judicial de revisión). La presencia de estas Secretarías dentro de los establecimientos facilitarían el acceso a la justicia; incluso las videoconferencias ya implementadas, con la presencia de tales funcionarios, garantizarán al juez que el detenido se está expresando sin condicionamientos. Tales Secretarías podrían también-

(2) TOC n° 7, LL 27/11/2000, f. 101.245.

(3) Informe de la Lic. Norma Gaozza de Terrile en “La experiencia del Patronato de Liberados de Capital Federal ‘Dr. Jorge Frías’ en la supervisión de *probation*”.

garantizar el efectivo cumplimiento de las órdenes judiciales impartidas al SPF y facilitar la revisión judicial de una medida de coerción personal que importe una injerencia en los derechos fundamentales del preso (ej. aislamiento), la cual debe ser sometida a

“...un test de orden internacional y constitucional que importa la teoría general de los límites o conjuntos de requisitos formales y materiales para las restricciones de derechos, que operan a modo de límites a la capacidad limitadora, y que en la especie en trato resulten ser: la habilitación constitucional, la reserva de ley, la causalización, la judicialidad, la adecuación, la necesidad, la proporcionalidad y la compatibilidad con el orden democrático...” (CFCP, “Díaz”, Sala II, 2012).

- No obstante lo expuesto, los traslados de detenidos deben cesar. Los recursos de conectividad apuntados tienen un límite; y el juez, una obligación constitucional que no suple ese medio. Tales traslados tienen diversas consecuencias: a) afecta el derecho de defensa (arts. 8.1 y 2 d) de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) al coartar los principios de inmediación y acceso a la justicia (juez de ejecución o tribunal competente); b) restringe o imposibilita el contacto de la familia con el condenado (principio de intrascendencia de la pena (art. 5.3 CADH). Los traslados, además, inciden negativamente en la progresividad del tratamiento penitenciario porque el preso debe “adaptarse” al nuevo establecimiento: el ingreso y destino al pabellón son altamente traumáticos y son de público conocimiento las famosas “bienvenidas” humillantes y vejatorias impuestas; c) la derivación al pabellón suele tardar varios días o semanas, según el establecimiento, y durante ese período —por lo general— no tiene el preso ninguna actividad educativa o laboral, ni recreativa (modalidad de encierro 23-1); d) generalmente, la oferta educativa no es compatible con los estudios que venía realizando, lo que implica perder el año cursado y tener que repetirlo al año siguiente. La prestación educativa depende de cada provincia donde se encuentre el establecimiento federal, por lo que suele reclamarse como objetivo de tratamiento la cursada o aprobación de “equivalencias” o de otras materias no previstas en la currícula del establecimiento de donde proviene; e) la “oferta” laboral en los establecimientos federales es escasa y cada preso la procura como puede. El traslado implica la pérdida del “peculio” por un largo período hasta que el preso logra una nueva ocupación —situación que, vivida como “castigo”, también trasciende a su familia, a la que, generalmente, el preso-trabajador, sostiene—.
- Poner en funcionamiento el equipo interdisciplinario previsto en los arts. 29 de la ley 24.050 y 77 de la ley 24.121, ampliado por la ley 26.070: “créase dos (2) cargos de médico, dos (2) cargos de médico psiquiatra, dos (2) cargos de psicólogo y cuatro (4) cargos de asistente social para el equipo interdisciplinario de los juzgados nacionales de Ejecución Penal de la Capital Federal”. Como en el caso anterior, resulta cada año más imperioso e impostergable que los jueces

de ejecución cuenten con este equipo cuyos profesionales tengan una especial versación y compromiso con la ejecución de la pena, conocimientos que no se agotan en la especialización forense acotada al diagnóstico y/o, eventualmente, en la indicación de un tratamiento, por cuanto lo forense no abarca el amplio abanico de objetivos de resocializadores dispuestos en la ley 24.660. La actividad de este equipo debe consistir en auxiliar al juez: a) en la evaluación de la pertinencia y eficacia del tratamiento cuyo resultado es puesto a consideración del juez o al que debe ser derivado el privado de libertad en caso de obtener su libertad anticipada; b) en el relevamiento de los dispositivos de salud y de inclusión social más idóneos para el sujeto, cuya implementación debe ser controlada mediante una tarea de seguimiento; c) en la creación y promoción de estos dispositivos cuando no se cuente con ellos (como sucede actualmente, por ejemplo, con "agresores sexuales") y en la fundamentación de su aplicación al caso concreto; d) en la interpelación de los objetivos del tratamiento penitenciario en tanto coincidan con los terapéuticos, en los que suele buscarse el "reconocimiento" del delito y se trabaja sobre el estímulo para evitar la "recaída";⁽⁴⁾ e) en la propensión a la oferta real de programas de salud del Ministerio de Salud o bajo su estricto control, con efectores de salud pública (mediante comisiones de servicio, adscripciones o bajo la modalidad que corresponda) que estén en condiciones de resguardar los principios rectores de voluntariedad, confidencialidad y consentimiento informado (Ley de Salud Pública 26.657; Ley de Salud Mental 26.529; Capítulo 3, punto C, apartados 2 y 3 del Protocolo de Estambul); e) en la información respecto de cuáles son las estrategias paliativas de la vulneración psicosocial que el encierro profundiza y en auxiliar al juez de ejecución para hacer efectiva la implementación de las mismas; g) en el asesoramiento, en oportunidad de las visitas a los establecimientos penitenciarios, respecto de donde mantener entrevistas no sólo con los internos sino con los equipos interdisciplinarios responsables de la aplicación del tratamiento penitenciario a fin de diagnosticar déficit materiales, humanos, de gestión, operativos o logísticos que impidan, obstaculicen o distorsionen la correcta aplicación de la ley 24.660 y el control judicial permanente; h) en el asesoramiento respecto de todo lo relacionado con los diversos dispositivos (Evaluación-Tratamiento-Egreso) del Programa Interministerial de Salud Mental Argentino (PRISMA), tomando en especial consideración lo dispuesto en el siguiente punto:

"2-2 Población a la que está dirigido el Dispositivo. Criterios de Admisión: Deben ser ingresados: I) los pacientes con Trastornos Psíquicos Agudos y Transitorios (CIE 10 F-23). II) Los pacientes con elevado riesgo de suicidio, incluyendo Episodios Depresivos Graves

(4) Véase, por ejemplo, Fase I. Lista de primeros pasos para el abordaje y Fase II. Contenidos, en SPFA, "Aspectos básicos para la implementación del programa de *tratamiento* para internos condenados por delitos de agresión sexual", en *Boletín Público Normativo*, año 17, n° 401 01/11/2012.

(CIE 10 F-31 y F-32). Este riesgo debe ser claramente especificado por el equipo de evaluación. Debe describirse con detalle las medidas apropiadas tomadas para impedir este acto, el diagnóstico y el tratamiento realizado en el establecimiento de origen. III) Pacientes con Cuadros de excitación psicomotriz. En todos los casos se deberá explicitar el diagnóstico, el motivo, el riesgo de auto o heteroagresión, y el tratamiento suministrado en la unidad de origen. IV) Pacientes con esquizofrenia (CIA 10 F-20) y/o trastorno de ideas delirantes persistentes (CIE 10 F-22). V) Pacientes con Retraso Mental Moderado (CIE 10 F-71) grave (CIE 10 F-72) y/o Profundo (CIE 10 F-73). VI) Pacientes con trastornos mentales severos (F20, F21, F24, F25, F28, F29, F31, F32.3, F33, F42). Criterios de no Admisión: I) Las personas con el solo diagnóstico de ideación suicida o ideación de muerte, siempre que no presenten planes o tentativas de suicidio. En caso de duda se deberá aplicar una batería diagnóstico que evalúe potencial simulación. II) Personas con Trastornos mentales y del comportamiento debido al consumo de múltiples drogas o de otras sustancias psicotrópicas (F19). III) Personas con Trastornos de la Personalidad y del comportamiento del adulto (F60. F62). IV) Personas con retraso mental leve (F70). V) Todas aquellas personas en situaciones en los cuales los diagnósticos no sean los contemplados en los criterios de admisión”.⁽⁵⁾

La ejecución de la pena es una tarea multidisciplinaria que debe sostenerse, en cada caso, hasta su agotamiento, poniendo constantemente énfasis en programar la libertad del sujeto desde el momento mismo en que la condena adquiere firmeza.

- Poner en funcionamiento los programas y dispositivos de salud previstos en la ley 24.660 y reforma introducida por la ley 26.813. Tal como tiene dicho nuestra la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Romero Cacharane”, con cita del Superior Tribunal Español, la “sujeción especial de un interno en un establecimiento penitenciario no puede implicar la eliminación de sus derechos fundamentales”, entre ellos, el de tener acceso a la salud mental en los términos de la ley 26.529. Las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos de Naciones Unidas (1955) y la ley 24.660 (1994) disponen que la asistencia médica, dentro de los establecimientos, debe cubrir el control sanitario (comida, alojamiento, vestimenta, luz, agua potable, organización de los centros de salud, recursos farmacológicos e infraestructura en general) y forense (que consiste en informar a las autoridades del SPF y al Juez sobre la necesidad, tipo y “evolución” de los tratamientos ofrecidos. Todos estos informes y relevamientos son parte de la Historia Criminológica (art. 145) y base de las decisiones del Consejo Criminológico.

(5) Ministerio de Salud, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Presidencia de la Nación.

El cumplimiento pleno y eficaz de ambos roles (el sanitario y el forense) excluye el de tratante. Es importante deslindar estos roles y permitir que otros efectores realicen la tarea clínica para que el tratamiento rinda sus resultados, pueda evaluarse su eficacia y corregirse lo que corresponda en beneficio del privado de libertad y de la comunidad, más aún en los casos de “agresores sexuales” o de “violencia de género”, en los que es unánime la voluntad de buscar una solución para evitar su reiteración y hay coincidencia en vincular al agresor con un dispositivo de salud mental que sirva, que sea efectivo, que “atraiga” al agresor interpelado por la justicia, que sea capaz de “crear demanda” reflexionando sobre la violencia, sobre el sometimiento de la víctima, sobre las causas que generan tales actos, sobre la posibilidad de controlarlos y modificar su conducta. Estos dispositivos de salud mental internos y externos (arts.185 y 56 ter a la ley 24.660) deben ser provistos por el Ministerio de Salud de la Nación y los prestadores de ese servicio de salud también deben provenir de dicho ministerio (bajo las condiciones laborales que corresponda); es decir, deben estar desvinculados del cuerpo penitenciario, por el momento altamente militarizado y con un fuerte estructura jerárquica. Finalmente, será necesario ajustar los contenidos de los “pronósticos” de resocialización y de “peligro” (art. 13 CP, art. 17, punto IV y 54 de la ley 24.660), a la nueva Ley de Salud Mental 26.529 y tener permanentemente en cuenta que la restricción de la libertad por razones de salud mental sólo puede judicialmente imponerse (internación involuntaria) en forma excepcional, cuando “no sean posibles los abordajes ambulatorios, y sólo podrá realizarse cuando a criterio del equipo de salud mediere situación de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros”, y deben verificarse los demás extremos dispuesto en su art. 20. Esto significa que:

“el concepto positivista de peligrosidad del Siglo XIX es insostenible por doctrinariamente perimido, inverificable y esencialmente incompatible con la Constitución y el derecho Internacional de los derechos Humanos. Se trata de un juicio de futuro y es un pronóstico de conducta resuelto conforme un cálculo de probabilidades y es inaceptable que una restricción de tan negativas consecuencias se funde en un cálculo de probabilidades que conforme a su naturaleza resulta inverificable”.⁽⁶⁾

Por otra parte, es importante reivindicar el valor acotante del art. 101 de la ley 24.660 que instruye sobre el contenido de los informes criminológicos y, finalmente, el carácter no vinculante de los mismos.

“De no ser así, la decisión de conceder o no la libertad en los términos del art. 13 del CP, se hallaría indirectamente en cabeza de la autoridad

(6) Ver cita de ZAFFARONI, EUGENIO R. (*Derecho penal. Parte General*, Bs. As., Ediar, p. 997), en LTF-CELS, “Observaciones sobre los derechos de las personas privadas de libertad con padecimientos mentales”.

penitenciaria, interviniendo la jurisdicción como un mero órgano homologador del criterio administrativo, lo cual significaría una inaceptable violación a la división de poderes, consagrada por el principio republicano de gobierno, art. 1 de la Constitución Nacional...".⁽⁷⁾

- Poner en funcionamiento la "oficina para el control de la suspensión del proceso a prueba en los lugares que juzgue conveniente" (art. 29 de la ley 24.050). Al respecto corresponde hacer dos observaciones. En primer lugar, como ya se señalara precedentemente, los Juzgados de Ejecución tienen una actuación muy limitada con respecto a las *probation* por lo que sería funcional al programa procesal actual que dicha Oficina recibiera de los Tribunales Orales y Juzgados Correccionales los legajos y reportara a los mismos los resultados del trámite. A tales efectos, vale tener presente la experiencia del fuero Penal, Contravenicional y de Faltas del Poder Judicial de la CABA, donde funciona una Secretaría de Ejecución que depende de la Cámara de Apelaciones y supervisa las resoluciones adoptadas por treinta y un (31) juzgados. Esta Secretaría comenzó a funcionar en el año 2005 y lleva ejecutados más de 15.000 legajos con un alto porcentaje de cumplimiento. Las estadísticas pueden consultarse en la página web del Consejo de la Magistratura de la CABA. Cabe mencionar, en apoyo al modelo propuesto, que en el Proyecto de Reforma al Código Procesal Penal de la Nación,⁽⁸⁾ se prevé la creación de una Oficina Judicial, en su art. 59, para atender el seguimiento de estos legajos de *probation*. Se prevé que tal oficina controle legajos "desformalizados" y reporte el resultado los juzgados que dictaron la *probation*; es decir, los Juzgados de Ejecución quedan, en este proyecto legislativo, completamente desvinculados de la suspensión del proceso a prueba. También se prevé en el art. 332 la creación de otra Oficina Judicial que dependa de los Juzgados de Ejecución y que tendría a su cargo el control de las reglas de conducta impuestas en las condenas de ejecución condicional, en las libertades condicionales o asistidas y en las medidas educativas o curativas, reportando cualquier novedad a los jueces de ejecución, quienes no podrían delegar su potestad jurisdiccional. Contar con estas Secretarías judiciales implica una enorme ventaja para los jueces que podrían avocarse de lleno a la resolución de los casos contenciosos sin distraer recursos al seguimiento cotidiano de los legajos, resguardando siempre la imparcialidad en el trámite y la intermediación judicial. Por tal razón, resulta poco entendible que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires haya declarado a través de un acuerdo (3562/2011), la invalidez de los artículos 1 y 4 de la ley 14.296. A estos efectos, los ministros recordaron que:

"de conformidad a la norma citada, se establece que las Secretarías de Control se encuentran facultadas para recibir las comunicaciones

(7) Ver CCPB, "E.G s/Rec. de Casación".

(8) Que lleva el N°4050-D-2010, con trámite parlamentario 072 (09/06/2010).

de los Jueces o Tribunales que dicten penas de ejecución condicional o suspendan el proceso a prueba, recibir las constancias de cumplimiento de condiciones compromisorias y/o reglas de conducta en la suspensión condicional de la ejecución de la pena y de los procesos a prueba (...) controlar los plazos de presentación, y efectuar las intimaciones y las comunicaciones previstas en el art. 223 de la ley 12.256, designar los organismos o instituciones en los que puedan cumplirse los trabajos no remunerados impuestos como regla de conducta y, en su caso, definir el tipo de trabajo, y/o la carga horaria, de conformidad a lo previsto por los arts. 182, 184 y 185 de la ley 12.256”.

Los Ministros del Supremo Tribunal Provincial consideraron “Tal función (...) como una actividad de neto carácter administrativo, dado que la determinación específica de los organismos o instituciones en las que se desarrollaran las tareas —así como el modo de ejecución de las mismas—, deben regirse por criterios de política criminal y de utilidad social que resultan ajenos al Poder Judicial”, lo cual es no es correcto dado que en todo Juzgado existen tareas de carácter administrativo y jurisdiccional y, no por ello, se delegan las primeras en el Poder Ejecutivo. Finalmente, tales Oficinas o Secretarías comunes a varios juzgados permiten a los Patronatos de Liberados o instituciones afines, liberarse también del control y supervisión de los condenados o sujetos a reglas de conducta, reforzando su rol asistencial, inclusivo, social, hoy contaminado por obligaciones propias de un poder de policía, cuyo ejemplo más claro es el párrafo 3 del art. 33 de la ley 24.660, referido a la supervisión de la prisión domiciliaria. En consecuencia, además de poner en funcionamiento la Oficina Judicial de *probation* prevista en la ley 24.050, y que ésta quede fuera de la competencia de los Juzgados de Ejecución, sería indispensable contar con otra oficina, como la proyectada en la reforma legal mencionada, que aborde solamente los casos de condenados sujetos a reglas de conducta, en libertad o con medidas restrictivas.

4 | Conclusión

La tarea del Juez de Ejecución no se limita a la organización interna de su juzgado sino que comprende muchas otras que se desarrollan fuera del mismo: visitas a los privados de libertad anotados a su disposición en los 40 complejos y unidades penitenciarias federales del país; relevamiento de sus condiciones de detención; entrevistas con las autoridades y funcionarios de dichos establecimientos para conocer, propiciar o interpelar los programas que se implementan en salud, educación, trabajo, asistencia social, disciplina, requisas, recreación y toda actividad que

incida en la progresión del tratamiento y en las calificaciones, es decir, en la ejecución de la pena y en la paulatina recuperación de la libertad. En igual sentido, trabajo conjunto con los Patronatos de Liberados, con la Dirección de Readaptación Social, con el Ministerio de Salud, la Sedronar, el Ministerio de Trabajo y con todos aquéllos que puedan, con su experticia, promover la resocialización esperada y propiciada por la ley 24.660. Todo ello, respetando y afianzando el principio de judicialización, de legalidad, de progresividad y de humanización de la privación de la libertad, buscando siempre la reducción de riesgos de vulnerabilidad durante la privación de la libertad e, incluso, en las solturas anticipadas, con acompañamiento y asistencia por parte del Poder Ejecutivo y las organizaciones sociales y de derechos humanos. Esa tarea sólo puede lograrse eficazmente con la colaboración de un equipo interdisciplinario, con secretarías en las unidades y complejos penitenciarios y con secretarías de supervisión de reglas de conducta. La necesidad ha sido reconocida en la ley 24.050; luego, en la ley 24.121; posteriormente, en la 26.070; y, recientemente, en la ley 26.813. Sin embargo, la demora de más de dos décadas no tiene justificación. De la necesidad se ha pasado a la urgencia. Es hora de su efectiva implementación.

Límites constitucionales en la determinación judicial de la pena

La función referencial del mínimo de pena dentro del marco legal

por **GABRIEL BOMBINI**⁽¹⁾

I | Introducción. La hipótesis en discusión: la función referencial del mínimo legal de la escala penal

El presente trabajo pretende poner en discusión la siguiente hipótesis: En el proceso de determinación judicial de la pena en las sanciones divisibles, el mínimo de pena previsto dentro del marco de la escala legal no sólo debe ser el punto de partida para la mensuración sancionatoria, sino que resulta la referencia central y más ajustada para la satisfacción de las exigencias constitucionales en materia punitiva.

Para concretar el debate propuesto, inicialmente se analizarán brevemente los presupuestos socio-jurídicos que —como punto de partida realista—,

.....
(1) Profesor e Investigador en Derecho Penal y Criminología, Universidad Nacional de Mar del Plata.

pretenderán describir, en términos generales, algunos elementos del estado de situación actual tanto en la práctica jurídica forense como en la discusión teórica y académica en torno al proceso de determinación judicial de la pena.

En segundo orden, ya desde una perspectiva del **deber ser** —pero sin desdeñar de aquella información empírica que sirve de base realista—, se enunciarán los aspectos que hacen al diseño y concreción de un programa de orden constitucional que estructure, rija y moldee suficientemente los contornos de la temática.

Por último, se expondrán unas primeras referencias conclusivas en orden a las proyecciones concretas que puedan derivarse de esta postulación de base realista y definición constitucional, y que tiene como aspecto capital el arraigo —como punto de partida y pivote básico en el proceso de determinación judicial de la pena— al mínimo legal de la escala penal en las denominadas penas divisibles.

Sobre esta base, se asentará el núcleo básico de las ideas siguientes, procurando poner en debate un tema de enorme polémica y complejidad que lejos de estar zanjado en los ámbitos académicos y judiciales, exige una adecuada profundización para poder ensamblarse al paradigma de un Estado constitucional de derecho.

2 | Presupuestos socio-jurídicos

Como primera tarea para la afirmación de la hipótesis arriesgada, es necesario bucear desde una óptica socio-jurídica en el campo del debate teórico y de la práctica forense para consolidar los presupuestos realistas, sobre los que se asentará la presente propuesta.

En el primer caso y a los efectos del presente trabajo, se trata de una labor —obviamente panorámica y breve—, desde el punto de vista de la **sociología del conocimiento** para poder delimitar el estado de la cuestión en el campo de la literatura penal y el punto de las reflexiones actuales sobre los avances concretos que se han podido ensayar y se han reconocido en el campo específico de la determinación judicial de la pena.

En el segundo supuesto, también con total brevedad y munido de las inferencias deducibles de la mera observación de la práctica judicial, se llevará

adelante otra tarea, ya ligada a la **sociología de las instituciones**, para sugerir algunos lineamientos de aquello que pueden estar produciendo en este acotado espacio disciplinar, las burocracias estatales a las que se les asigna legalmente la función aludida.

Veamos.

2.1 | El proceso de determinación judicial de la pena como espacio de irreductible discrecionalidad

Es un lugar común en la literatura penalística referirse al proceso de determinación judicial de la pena como un espacio de irreductible discrecionalidad.⁽²⁾

Así, es tradicional la afirmación de Jescheck, en el sentido de que la "...fijación de la pena, dentro de los límites que impone el marco penal, es un acto discrecional del juez..."⁽³⁾ Y aunque pretende matizar la afirmación precedente al sostener que se trata de una "discrecionalidad jurídicamente vinculada" por la culpabilidad y los fines de la pena, no deja de reconocer que "...no puede desconocerse que el acto decisorio del juez también contiene un 'componente individual', que no es controlable plenamente de un modo racional, ya que se trata de convertir justamente la cantidad de culpabilidad en magnitudes penales y los principios que rigen la determinación de la pena son sólo pautas que no muestran la misma concreción que los elementos legales del tipo..."⁽⁴⁾

(2) Señala Ziffer (*Lineamientos de la determinación de la pena*, Bs. As., Ad hoc, 1999, p. 26) que "concebir a la determinación de la pena como una decisión sujeta a la discrecionalidad de los jueces parece ser un lugar común en nuestra doctrina. Jiménez de Asúa no ve en la previsión de atenuantes y agravantes genéricas otra cosa que el reconocimiento del arbitrio judicial en la medida de la pena. Según Chichizola, se trata de un 'acto de discrecionalidad técnica del juez'. En esto coinciden, asimismo, Nuñez y Baigún, si bien este último acentúa con mayor decisión que ello no debe implicar pura apreciación personal..."

(3) JESCHECK, HANS HEINRICH, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1978. p. 1191.

(4) JESCHECK, HANS HEINRICH, *op. cit.*, p. 1192. Sobre esta afirmación de Jescheck, Ziffer comenta: "...tal afirmación sería más atinada si se tratara simplemente de una descripción de la realidad, pero, si se la formulara en forma irrestricta, toda reflexión sobre la determinación de la pena estaría condenada al fracaso. El objetivo de la dogmática de la determinación de la pena debe ser, justamente, tratar de identificar y de erradicar, en la medida de lo posible, todos los elementos irracionales de la decisión..."; para concluir: "...La discusión en torno a la libre discrecionalidad del juez tiene una estrecha relación con los fundamentos ocultos de la selección de una pena, es

En igual dirección, Schünemann define a la determinación de la pena como: "...un campo de la ley hasta ahora controlado por la discrecionalidad y la arbitrariedad del juez..." en el que "...la gran discrecionalidad de que goza el juez para la mensuración de la pena (por la carencia de precisión dogmática) condujo a una sobrevaloración de la imprecisión que le causó el hecho, inmediatamente después de celebrado el juicio oral y bajo condiciones psicológicas anormales que priman...".⁽⁵⁾

Incluso, se adjudica a autores clásicos y representativos en la materia como Dreher recoger la noción de que la sentencia es "...un acto de creación social (*Theorie des sozialen Gestaltungsakts*)...", lo que significó dejar los criterios simplemente a la discreción de los jueces.⁽⁶⁾

Ziffer, entre nosotros, ratifica tal posicionamiento, asumiendo una crítica severa a la idea de la determinación de la pena como un ámbito sujeto al libre arbitrio judicial: "...Esta noción no sólo favorece la justificación de penas arbitrarias, sino que, más que ninguna otra, ha desalentado las reflexiones teóricas acerca de la determinación de la pena...".⁽⁷⁾

Para concluir tajantemente: "...Si la determinación judicial de la pena es el 'feudo inexpugnable del juez', ¿qué sentido tiene preguntarse acerca de cuáles son los criterios que se deben utilizar para llegar a una pena adecuada? Y si no tiene sentido razonar al respecto, ¿para qué revisar la decisión? Pues la consecuencia procesal de afirmar que la pena sólo puede ser individualizada por el juez del hecho ha sido, en la práctica, la restricción casi absoluta de las posibilidades de recurrir su decisión, de criticarla...",⁽⁸⁾ una postulación claramente inadmisibles en un Estado constitucional de derecho.

.....
decir, con la posibilidad del juez de tomar una decisión sin expresar sus motivos, o de hacerlo por razones distintas de las manifestadas..."

(5) SCHÜNEMANN, BERND, "Prólogo", en Tatjana Hörmle, *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena*, Bs. As., Fabian Di Plácido, 2003, p. 17.

(6) HÖRNLE, TATJANA, *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena*, Bs. As., Fabian Di Plácido, 2003, p. 35.

(7) Incluso inicia el prólogo de su obra citando una conocida frase de Lang-Hinrichsen en el sentido que: "...Es el destino de la determinación de la pena el tener que conformarse con lineamientos generales..." (ZIFFER, PATRICIA, *op. cit.*, p. 17).

(8) ZIFFER, PATRICIA, *op. cit.*, p. 26.

2.2 | La insuficiencia de las propuestas normativas, doctrinarias y jurisprudenciales para superar tal déficit de racionalidad

Ahora bien, frente a esta connatural dificultad que presenta el proceso de determinación judicial de la pena, los intentos normativos, doctrinarios y jurisprudenciales de otorgar racionalidad —y reducir tal espacio de discrecionalidad— en esta tarea de individualización jurídica se han mostrado infructuosos en su incidencia en la práctica forense.

Si bien recientemente han comenzado a resultar loables y a provocar un avance a la vez que significativo —especialmente desde el punto de vista de las exigencias adjetivas de fundamentación de la decisión— de todos modos, por el momento, imponen todavía una labor más profunda y continua de la academia y la jurisprudencia.

Particularmente, ha observado Ziffer que:

[el] "...desarrollo de la teoría de la determinación de la pena sólo ha permitido hasta el momento un amplio análisis de los factores que pueden ser considerados relevantes para la toma de decisiones y cómo deben valorarse (...). Sin embargo, queda sin respuesta la pregunta acerca de cómo se relacionan los factores entre sí, cómo deben ser ponderados y a cuáles debe darse mayor o menor peso en la decisión final. Subsiste también sin resolución la temática de la expresión en cifras de la pena. A este respecto, se ha dicho que la principal barrera la constituye la imposibilidad de transformar en cantidades numéricas los juicios de valor...".⁽⁹⁾

Zaffaroni, Alagia y Slokar han subrayado también el déficit teórico en la materia, al decir que:

"...Una gran parte de responsabilidad incumbe a las agencias académicas en razón del magro desarrollo dogmático en esta materia que sólo mereció la atención desde hace escasas déca-

(9) ZIFFER, PATRICIA, *op. cit.*, p. 29.

das, sin que por ello existan hasta el presente demasiados resultados positivos: es a todas luces evidente que se ha operado un raquitismo teórico en orden a la cuantificación penal, al par que el ámbito de la teoría del delito desarrolló una hipertrofia discursiva...".⁽¹⁰⁾

Hassemer es particularmente crítico al sostener:

"...La determinación de la pena es desde hace tiempo un muro de lamentaciones de los penalistas, tanto del campo de la Ciencia como de foro. Y lo lamentable es que la dogmática de la determinación de la pena, es decir, la elaboración sistemática de los criterios establecidos por la ley, no haya alcanzado ni con mucho un grado de precisión y transparencia como el de la dogmática de los presupuestos de punibilidad...".⁽¹¹⁾

En esta dirección, los diversos emprendimientos teóricos que ligan desde las teorías del espacio de juego hasta las de la pena puntual o bien los intentos de dotarla de precisión matemática,⁽¹²⁾ han resultado infruc-

(10) ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal. Parte General*, Bs. As., Ediar, 2000, pp. 948/949.

(11) Asevera Hassemer (*Fundamentos de Derecho Penal*, Barcelona, Bosch, 1984, pp. 137/138) en torno al estado de la dogmática y la práctica de la determinación de la pena: "...Existe numeroso material jurisprudencial; existe incluso una cierta sistematización de dicho material; se han dado intentos de esclarecer la determinación de la pena desde el plano científico-social y de preparar su introducción en la formación jurídica; por último, se ha intentado hacer 'racional' la determinación de la pena con ayuda de métodos formales para liberarla de la actual arbitrariedad..."; sin embargo, añade: "...La determinación de la pena sigue siendo dominio de la 'Justicia Real' de antaño, sin que apenas haya rastro de las cadenas que sometieron el arbitrio de aquella en materia de los presupuestos de la punibilidad...".

(12) Dice Ziffer con relación a estas perspectivas: "...la exactitud en materia de determinación de la pena está muy lejos de ser alcanzada. Ninguno de los esfuerzos doctrinales realizados para dotarla de precisión matemática ha logrado avances decisivos en este aspecto. Esto sólo es posible mediante la limitación de los factores a tomar en cuenta, con la consiguiente pérdida de 'individualización', o bien mediante fórmulas que exigen una valoración previa, y que por su imprecisión, aun cuando no restringen los factores a considerar, tampoco representan un avance decisivo respecto del modelo 'tradicional'. Pues los esfuerzos por aplicar métodos matemáticos sólo resultan aplicables a partir del momento en que ya se ha tomado la decisión acerca de cuáles son los factores relevante, y cómo deben ser valorados, y este es uno de los puntos sobre los que existe menos acuerdo (...). Sin embargo, el mérito de este tipo de esfuerzos, es el haber dejado en claro que el argumento de la barrera insalvable de la transformación de los juicios de valor en cantidades numéricas plantea incorrectamente

tuosos e insuficientes para concretar las pretensiones racionalistas en la materia.⁽¹³⁾

Tampoco ha resultado eficaces en esta dirección, las **estrategias legislativas para evitar la imprevisibilidad de las decisiones**, sustentadas en reducir el espacio de discrecionalidad judicial por vía o bien de la imposición de penas absolutas o bien a través de la estandarización o tabulación de infracciones, donde igualmente persisten momentos de tensión entre la aspiración de previsibilidad y las de justicia.⁽¹⁴⁾

2.3 | Racionalidad tecnocrática y racionalidad moral como criterios preponderantes en la práctica forense

Amén de las dificultades ya advertidas desde el punto de vista de la sociología del conocimiento, puede afirmarse que, en buena medida, desde el punto de vista empírico, ya en el propio terreno de la práctica judicial y, favorecidos —en una cantidad relevantes de casos— por la difusión del juicio abreviado, se imponen criterios o racionalidades tecnocráticas y de corte moralista ajenos al **modelo normativo constitucional**.

En efecto, es frecuente apreciar cómo en los tribunales penales, aunque en decisiones por lo general escasamente fundadas,⁽¹⁵⁾ las consideraciones en torno al hecho en juzgamiento, los antecedentes penales del encausado y el así llamado en el terreno judicial “informe de concepto y solvencia” son la base excluyente de toda consideración en relación a la mensuración de la pena. E incluso, también puede observarse que cuando se proyectan valoraciones sobre estos tópicos, las mismas subrayan su tinte de reproche moralista, por la reacción emotiva que despierta en el

el problema. Pues no se trata de reducir ilícito culpable y pena a un denominador común —lo cual sí parece aún imposible—, sino un proceso de atribución...”. (ZIFFER, PATRICIA, *op. cit.*, p. 31).

(13) Ver ZIFFER, PATRICIA, *op. cit.* y ZYSMAN, DIEGO, *Sociología del castigo. Genealogía de la determinación de la pena*, Bs. As., Didot, 2012.

(14) ZIFFER, PATRICIA, *op. cit.*, pp. 33/36.

(15) BINDER, ALBERTO, *Introducción al Derecho Penal*, Bs. As., Ad-Hoc, 2004, p. 252.

hecho y la repugnancia hacia su autor⁽¹⁶⁾ o por la conducción de vida del autor que se juzga moralmente inadmisible.⁽¹⁷⁾

Así, por ejemplo, ya Zaffaroni, Alagia y Slokar han señalado que: "...con fundadas razones se sostuvo que en la cuantificación de las penas las consideraciones teóricas no juegan ningún papel importante, partiéndose frecuentemente de valoraciones generales que en muy amplia medida dependen de consideraciones morales...".⁽¹⁸⁾

En particular, el juicio abreviado, en la práctica exhibe la caracterización más acabada de una racionalidad tecnocrática⁽¹⁹⁾ en la cual el momento negocial de la pena⁽²⁰⁾ remite a pautas absolutamente ajenas a criterios de racionalidad valorativa o instrumental, afincándose en forma excluyente en razones sistémicas, burocráticas o rutinarias signadas por una lógica práctica⁽²¹⁾ que, en ocasiones, incluso so riesgo de menguar la plenitud

(16) Esta dimensión moral del castigo es desarrollada por Emile Durkheim en *La División del Trabajo Social*, 4ª ed., Madrid, Akal, 2001; ver una presentación más extensa en GARLAND, DAVID, *Castigo y Sociedad Moderna*, México, Siglo XXI, 1999.

(17) Se atribuye a Mezger y Bockelmann la adopción de este concepto. Al respecto, ver, por todos, las referencias de DEMETRIO CRESPO, EDUARDO, *Prevención General e Individualización Judicial de la Pena*, Universidad de Salamanca, 1999, p. 277.

(18) ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO, (op. cit., pp. 948/949), citan a este respecto a Friedrich Nowakowski, "*Strafrechtliche Probleme der Gegenwart*" (nota 1).

(19) Ver ANITUA, GABRIEL IGNACIO, "El juicio abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadounidense que posibilitan la expansión punitiva", en Julio B. J. Maier y Alberto Bovino (comps.), *El procedimiento abreviado*, Bs. As., Ad-Hoc, 2001, pp. 137/160.

(20) LYNCH, GERARD, "*Plea Bargaining*: el sistema no contradictorio de justicia penal en Estados Unidos", en NDP, 1998/A, 1998; LANGER, MÁXIMO, "La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado", en Julio B. J. Maier y Alberto Bovino (comps.), *El procedimiento abreviado*, Bs. As., Ad-Hoc, 2001, pp. 97/133.

(21) Es muy interesante el trabajo de Varela en cuanto señala como su hipótesis central: "...que el juicio abreviado abre al interior de nuestros sistemas de justicia un campo pre-judicial, signado por una lógica práctica. En éste los actores judiciales privilegian las evaluaciones de tipo costo-beneficio, produciéndose, por un lado, una indiferenciación entre los tradicionales roles asociados a la figura del defensor, juez y fiscal y, por el otro, transformándose la verdad 'jurídica' del caso en un tema menor. Esta última pasa a constituirse como un producto derivado en función de una rentabilidad emergente de una ecuación de tipo costo-beneficio...". (VARELA, CECILIA, "Los profesionales del derecho y la lógica práctica. Un análisis de la implementación del juicio abreviado", en *Delito y Sociedad*, año 12, n° 18/19, 2003, p. 69.).

del derecho de defensa en juicio⁽²²⁾ y aun en una situación de evidente disparidad frente al poder estatal,⁽²³⁾ pueden, eventualmente, favorecer al encausado por la determinación de una pena situada en el mínimo legal o cercana a él.⁽²⁴⁾

En todo caso, no es aventurado sostener que el proceso de determinación judicial de la pena, ajeno a cualquier racionalidad jurídico-constitucional, parece resolverse en una compleja fusión de parámetros de valoración moralista del mayor o menor desprecio del autor por el hecho cometido o por su vida precedente por parte de los funcionarios intervinientes compensada por una racionalidad de neto corte burocrático que atiende a necesidades o comportamientos institucionales completamente extraños a aquellos criterios pensados como “deseables” desde el purismo dogmático.

3 | Presupuestos normativo-constitucionales

Ahora bien, sobre una base realista como la detallada —que da cuenta no sólo de las dificultades científicas y prácticas que se han venido padeciendo para la fijación de criterios válidos y fiables desde una racionalidad jurídico-penal, sino también de algunas de las características empíricas centrales de las prácticas judiciales de determinación judicial de la pena—; es posible procurar construir un andamiaje constitucional cimentado en principios básicos derivados de la carta conformante y contemplativos del espacio de actuación real sobre el que se lleva a cabo la labor de mensuración del poder punitivo estatal.⁽²⁵⁾

Desde esta óptica realista e inacabada, es necesario discutir las afirmaciones que siguen a continuación.

(22) FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón*, Madrid, Trotta, 1995.

(23) SCHÜNEMANN, BERND, “¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, T. 8/A, 1998.

(24) HAZAN, LUCIANO, “El plan piloto para la profundización del sistema acusatorio en Mar del Plata. Descripción, resultados y reflexiones”, en *NDP*, 2006/A. 2006, p. 270.

(25) ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO, *op. cit.*

3.1 | El mínimo de pena de la escala legal satisface las exigencias punitivas pretendidas por el legislador en sede de criminalización primaria

La primera señalización que puede realizarse desde una adecuada óptica constitucional, es que aquellas decisiones que se adoptan en el campo legislativo para la concreción del proceso de criminalización primaria, en líneas generales y abstractas —sea que asuman finalidades normativamente asignadas a la penalidad estatal de corte preventivo generales o especiales—, se ven siempre satisfechas por la imposición de, al menos, el mínimo de pena de la escala legal.

En este punto, como dato de la realidad reciente, no puede obviarse que:

“...En las agencias políticas la tendencia a reducir el ámbito de cuantificación judicial mediante la sanción de mínimos penales altos, es producto de presiones y relaciones de cooperación con las agencias policiales, como también de su manifiesta intención de demostrar preocupación por muchos conflictos sociales mediante criminalizaciones primarias irracionales, cuya ineffectividad imputan a las agencias policiales y judiciales...”⁽²⁶⁾

Por tanto, al menos, siempre los mínimos penales podrán ser considerados penalidad suficiente para respetar el paradigma constitucional de la división de poderes y acatar judicialmente las mandas del poder soberano.

En este sentido, expresa Vázquez que: “...en el marco de nuestro sistema jurídico, puede decirse que el mínimo legal de la especie de pena involucrada, como resabio de un idealismo retributivo, era la sanción que el legislador pretende asegurar para el autor de un delito determinado...”⁽²⁷⁾

Así es entonces que, amén de los casos en que la irracionalidad de la proyección legal provoque la necesidad de la declaración de su

(26) ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO, *op. cit.*, p. 948.

(27) VÁZQUEZ, ROBERTO, *La racionalidad de la pena*, Córdoba, Alción Editora, 1995, p. 73.

inconstitucionalidad,⁽²⁸⁾ el mínimo legal de la escala penal es una referencia válida para garantizar la satisfacción de los principios constitucionales que se anuncian a continuación.

3.2 | Sobre la necesidad de anclar las penas sobre una base normativo-constitucional

En esta dirección y resultando imperioso desde un punto de vista constitucional otorgar una base de racionalidad —en términos de satisfacción de exigencias de legalidad, igualdad, seguridad jurídica y proporcionalidad a la respuesta punitiva—, es menester construir una referencia cierta y con anclaje en el derecho positivo, para satisfacer aquella pretensión.

Así las cosas, entiendo que el mínimo legal de la escala penal parece solidificarse como la referencia central tanto para lograr anclar las penas⁽²⁹⁾ frente a sistemas que expresan su severidad punitiva en sede de criminalización primaria,⁽³⁰⁾ como para pretender racionalizar el castigo sobre

(28) Producto del fenómeno de irracionalidad antes descrito, agregan Zaffaroni, Alagia y Slokar (*op. cit.*, p. 949): "...el derecho penal debe contener la irracionalidad del ejercicio del poder punitivo y, por ende, debe hacerlo desde que se abre el marco abstracto para su ejercicio hasta que se agota el que se impone sobre cualquier persona criminalizada. Pretender que el derecho penal no puede objetar los ámbitos de arbitrio punitivo señalados por las agencias legislativas, y que la administración tiene un encargo casi exclusivo en la ejecución, es tanto como negar ese control sobre la actividad criminalizante de las agencias políticas y penitenciarias (...). De este modo, el control judicial debe ser ejercido tanto sobre los límites punitivos autorizados por las agencias legislativas (legalidad penal infraconstitucional), como en el concreto proceso de criminalización secundaria (legalidad penal y procesal), mediante la limitación de la irracionalidad punitiva en el caso concreto, que no concluye con la sentencia que lo acota (pronunciamiento punitivo), sino con la ejecución de la pena, esto es, con el agotamiento mismo de ese ejercicio, que hasta ese momento debe estar sometido a su custodia (control judicial de la ejecución penal en su totalidad)...". En la misma dirección, señala Binder, "...los jueces así como están obligados a realizar un discernimiento fundado del grado de culpabilidad no están obligados a aplicar la presunción de culpabilidad que implica el establecimiento de mínimos obligatorios en las escalas de pena. Aquí el legislador ha excedido su competencia y ese mínimo puede cumplir una función indicativa pero nunca obligatoria. Así que por más que la previsión de esa reacción punitiva mínima sea expresa en la legislación penal, ello no implica la imposibilidad de autorizar una reacción menor a esa previsión, fundándose en el grado real de culpabilidad y no en el que surge de una presunción legal de culpabilidad..." (en BINDER, ALBERTO, *op. cit.*, p. 252).

(29) VON HIRSCH, ANDREW, *op. cit.*

(30) Ver FERRAJOLI, LUIGI, *op. cit.*; PAVARINI, MASSIMO, *Un arte abyecto. Ensayo sobre el gobierno de la penalidad*, Bs. As., Ad-Hoc, 2006.

bases de respeto a la legalidad pero también a la igualdad ante la ley y, fundamentalmente, a la seguridad como preocupación permanente en el proceso de determinación judicial de penas.

No se trata de un mero modelo neoclásico que aspire a un mote ambiguo y abstracto de **racionalidad**, sino de una referencia cierta, concreta e igualitaria para reducir ese espacio de arbitrariedad, tal como lo exige el mandato de legalidad penal y, a su vez, para el anclaje de las penas acorde con los principios constitucionales subsiguientes.

3.3 | Bases constitucionales que fundan la solución de adoptar como referencia central al mínimo de la escala penal

Acorde con el desarrollo prometido, corresponde ahora bucear en las bases constitucionales materiales que fundan un posicionamiento referencial en el mínimo legal de la escala penal.

Desde este punto de vista, Zaffaroni, Alagia y Slokar, aluden a la labor judicial del siguiente modo: "...el juez debe cuantificar la pena, dejando pasar sólo el poder punitivo que no es obstaculizado por las normas de un sistema jerarquizado de fuentes que provienen del derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos, en cuanto consagran niveles medios de formulación provisional...",⁽³¹⁾ enunciando específicamente una serie de principios a observar, tales como: legalidad, taxatividad legal e interpretativa o interpretación restrictiva, ley penal más benigna, proporcionalidad mínima, trascendencia mínima, humanidad o proscripción de la crueldad y prohibición de doble punición, los que vinculan la interpretación de la legislación infraconstitucional.

Es así que, precisamente en función de tales principios constitucionales, puede derivarse la idea de que la referencia central para el proceso de determinación de la pena no puede ser otra que el mínimo de pena de la escala legal en las sanciones divisibles.

(31) ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO, *op. cit.*, p. 951.

Desde este punto de vista, si la función de los marcos penales no se restringe exclusivamente a la de poner límites amplios a la discrecionalidad judicial sino también a establecer, a través de ellos, el **valor proporcional** de la norma dentro del sistema,⁽³²⁾ la dificultad radica, precisamente y como ya se ha dicho, en el déficit dogmático de poder determinar el punto más o menos preciso de concreción numérica de esa gravedad proporcional.

En adición, frente a las críticas e inconsistencias de las diversas soluciones posibles,⁽³³⁾ y al carácter esencialmente complejo de la pretensión racionalista,⁽³⁴⁾ se impone la búsqueda de soluciones limitantes en el propio espacio constitucional.

Aquí cobran relevancia los principios constitucionales en materia penal de **estricta necesidad, ultima ratio y de intervención subsidiaria, proporcionalidad mínima, trascendencia mínima, humanidad o proscripción de la crueldad** y, en materia procesal, el **acusatorio e in dubio pro reo**, a partir de los cuales puede inferirse la necesidad de anclar la penalidad —como se anunció— en el mínimo de pena de la escala legal en las sanciones divisibles.

Vale decir, que hasta que no se acredite fehacientemente por la acusación en el curso del proceso penal, la necesidad real y excepcional de apartamiento, por la gravedad del ilícito o la culpabilidad del agente, del mínimo legal de pena, aquella debe regirse por los principios aludidos **estricta necesidad, ultima ratio y de intervención subsidiaria, proporcionalidad mínima, trascendencia mínima, humanidad o proscripción de la crueldad**, que convergen necesariamente hacia una penalidad mínima.

4 | Consecuencias jurídico-penales

Ahora bien, sentadas las bases o presupuestos constitucionales que dan sustento a la posición traída a debate, es conveniente proyectar las concretas consecuencias jurídico-penales que se derivan de ese modelo de corte limitativo.

.....
(32) ZIFFER, PATRICIA, *op. cit.*, p. 37.

(33) VON HIRSCH, ANDREW, *Censurar y Castigar*, Madrid, Trotta, 2001; y ROBINSON, PAUL, *Principios distributivos del Derecho Penal. A quién debe sancionarse y en qué medida*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

(34) ZYSMAN, DIEGO, *op. cit.*

4.1 | El problema del punto de partida para la determinación judicial de la pena

La primera consecuencia que puede extraerse de esta construcción acotante es aquella que sugiere que al momento de determinar la sanción en las penas divisibles, el juez debe tomar como punto de partida el mínimo de pena previsto en la escala legal.

El ingreso en la escala penal ha sido tradicionalmente un punto de controversia y discusión en el campo de la determinación judicial de la pena. Desde esta perspectiva, ha señalado Ziffer que "...la indeterminación de las agravantes y atenuantes aumenta las dificultades para resolver un problema común a todo sistema de determinación de la pena que parta de la graduación del hecho: no sólo no está establecido de antemano qué es lo que hay que tomar en cuenta para atenuar o agravar, sino tampoco con relación a qué se agrava o atenúa..."⁽³⁵⁾

Así, las preguntas centrales son las siguientes: ¿cómo debe estar estructurado el caso que debe servir de punto de referencia para la comparación del caso a juzgar?, ¿cuál es la pena que le corresponde a ese caso ideal dentro del marco penal?⁽³⁶⁾

Pero, aun con la identificación precisa de los interrogantes clave, en el estado actual de la dogmática de la determinación de la pena, se afirma que no es posible encontrar soluciones convincentes a esta problemática.⁽³⁷⁾

En este sentido, aludiendo a las eventuales soluciones propuestas, Ziffer destaca:

"...Entre la expectativa máxima, a la que le corresponde la nota máxima y la mínima, existe una serie de posibilidades intermedias, mucho más difusas, y que sólo comienzan a delinearse a

(35) ZIFFER, PATRICIA, *op. cit.*, p. 101.

(36) *Ibid.*, p. 102.

(37) Dice Ziffer "...Hasta el momento, sólo es posible encontrar aportes de importancia en esta materia en cuanto a cuáles son los criterios que deben resultar decisivos para fijar la pena, pero el problema de cuál es el caso del que se parte y de la cuantificación, del peso que se debe otorgar a cada uno de los criterios relevantes por sí o en sus relaciones recíprocas, por ahora, no ha sido respondido satisfactoriamente..." , *ibid.*

medida en que se logra fundar una decisión intermedia, y a partir de allí, comparar los exámenes siguientes. Se ha sugerido apoyarse, o bien en el mínimo, y considerar a todos los factores como agravantes, o bien en el máximo, y considerarlos atenuantes. Esta solución intenta lograr la precisión acerca de la pena que corresponde al caso comparativo, haciéndola coincidir con uno de los extremos del marco penal legal, pero deja sin resolver el problema principal...”.

[Añade en su crítica que] “...desde el punto de vista del lenguaje, resulta irritante reducir todo factor de determinación de la pena a ‘agravantes’ o ‘atenuantes’. Partir de casos ubicables en los extremos de la escala llevará, por lo general, a utilizar casos de una levedad o una gravedad tal que prácticamente ya nada tengan en común con el caso a juzgar, y que, por lo tanto, dejen de servir de guía...”.⁽³⁸⁾

Por tanto, desde su punto de vista, siguiendo a Frisch, “el mínimo y el máximo de la escala penal constituyen pautas de orientación con relación a las cuales se debe ubicar un tercer punto, que debería estar configurado por un caso respecto del cual exista consenso en cuanto a la pena que le corresponde, y a partir de allí sí atenuar o agravar...”,⁽³⁹⁾ marco dentro del cual se han sugerido como soluciones prácticas el recurrir al caso regular conforme a la “criminalidad cotidiana”, que presentaría una gravedad proporcionalmente escasa y que es ubicada generalmente en el tercio inferior del marco legal.

Como la propia Ziffer destaca, “se trata de una construcción evidentemente difusa, a pesar de lo cual, esta definición del caso regular puede ser considerada una descripción más o menos precisa de cómo actúa la *praxis* forense...”.⁽⁴⁰⁾

Un punto más avanzado en la consideración dogmática, en la medida en que a pesar de sus deficiencias pretende concretar un punto de partida

(38) *Ibid.*, p. 103.

(39) *Ibid.*

(40) Ziffer también menciona las propuestas de Dreher sobre el caso de *gravedad media*, o de Frisch (*Ibid.*, p. 104).

normativamente fundado para la determinación de la pena, es el establecimiento del caso regular normativo, para cuya elaboración en el modelo de Frisch, se debe intentar buscar el punto de partida de la valoración legislativa y formular expresamente las valoraciones implícitas en el tipo, a fin de caracterizar un hecho "regular" que permita identificar las circunstancias que se apartan de él. Frente a la desviación del caso regular, previsto tácitamente en la ley, se podrá definir si esto debe agravar o atenuar.⁽⁴¹⁾

La idea básica del caso regular normativo, expresa Ziffer con cita de Albrecht, "...sería la construcción de un caso ideal, de un punto cero, un caso en el que no haya nada que hable ni a favor ni en contra del autor, o en el que se compensen las circunstancias atenuantes y agravantes..."⁽⁴²⁾ concluyendo que en realidad se trata de que "...existan argumentos para mantener la pena dentro del mínimo del marco penal, o para comenzar a desplazarla hacia arriba..."⁽⁴³⁾

Creo, desde mi óptica, que ese punto de partida normativo no puede pretender buscar un caso comparativo **ficticio o ideal**, sino rastrear su referencia jurídica en los órdenes normativos superiores, es decir, en el conjunto de principios que guían la limitación a la penalidad.

Por lo tanto, un modelo constitucional basado en la conjunción conglobada de los principios enunciados precedentemente, sólo puede solventarse en la adopción como punto de partida en el mínimo de la escala penal.⁽⁴⁴⁾

(41) *Ibid.*, p. 105.

(42) *Ibid.*,

(43) *Ibid.*, p. 106.

(44) Sin perjuicio de que conviene reiterar que ello lo es en la medida en que, para el caso concreto, la previsión legislativa abstracta no genere una evidente desproporción que debe cargar con la inconstitucionalidad de la norma que prevé la sanción constitucionalmente inadmisibles. Así, señalan Fleming y López Viñals: "...La fijación de un límite máximo resulta inobjetable, pues su función de garantía es evidente; con él se evita la discrecionalidad jurisdiccional, impidiendo que una infracción sea más severamente penada que lo que permite el parámetro de tasación político-criminal derivado de una valoración privativa del legislador, y en esto no puede admitirse ninguna excepción. No ocurre lo mismo con el piso de la escala penal, cuya adopción se ha considerado, conforme a autorizadas opiniones, una inconveniente limitación de los poderes jurisdiccionales que debieran ser amplificados en pos de la búsqueda de una pena más equitativa. Se aboga desde esta

Ello así, porque a la vez que el reproche guarda el sentido de la **proporcionalidad mínima**, permite garantizar de mejor modo la **seguridad jurídica** y la **aplicación igualitaria de la legalidad**, siendo que, por otro lado, se acopla perfectamente a un modelo de derecho penal **humanista**, que se orienta según las pautas de la **estricta necesidad de la intervención** y del **carácter *ultima ratio* del derecho penal**.

En nuestro medio, se pronuncian partidarios de adoptar este punto de partida, y en cierta sintonía con cuanto se viene exponiendo, Bellagio, Castro y Garibaldi, quienes expresan que:

“Adoptamos el mínimo legal, como regla general de ingreso en las escalas previstas, frente a la ausencia de argumentos definitivos, comunes a todos los casos, que habiliten el apartamiento de aquel punto de inicio que produce menor afectación. Nos parece claro que cualquier medida que signifique dejar de lado la respuesta punitiva menos grave contemplada por la ley, requiere una explicación que la justifique. Acreditado el injusto culpable, únicamente la menor de las opciones que el menú legislativo presenta al juez queda exenta de justificación expresa (...). En definitiva, el ingreso por el mínimo de la escala como regla general, pretende hacer pie en lo legislado que produce menor afectación en el destinatario de la pena. Luego también, genera el deber de encontrar buenas razones para apartarse de esa pauta, en ciertos casos que lo admiten...”⁽⁴⁵⁾

.....

óptica por una mayor confianza en el proceso de cuantificación judicial que elimine los mínimos legales o los reduzca de manera significativa...” (FLEMING, ABEL y LOPEZ VIÑALS, PABLO, *Las Penas*, Santa Fé, Rubinzal Culzoni, 2009, p. 299). Es Ferrajoli quien se pronuncia en ese sentido: “...Por esta razón, a mi juicio, al menos para las penas privativas de libertad no está justificada la estipulación de un mínimo legal: sería oportuno, en otras palabras, confiar al poder equitativo del juez la elección de la pena por debajo del máximo establecido por la ley, sin vincularlo a un límite mínimo o vinculándolo a un límite mínimo bastante bajo...” (op. cit., p. 400).

(45) “Reconocen los autores la posibilidad “...que tal metodología puede producir injusticias comparativas. Por ejemplo, cuando no se computan agravantes, aquel condenado que cuenta con atenuantes, frente al coimputado de participación análoga que no las registra. Ya ambos tendrán, no obstante, idéntica pena...”. Sin perjuicio de ello, argumentan sólidamente su posición: “...se trata de desigualdades tolerables, que no justifican por sí mismas y con el solo objeto de evitarlas, una propuesta más gravosa para alguno de ellos...””, BELLAGIO, ANIBAL; CASTRO, MARIA DEL CARMEN; y GARIBALDI, GUSTAVO, *El juicio criminal y la determinación de la pena bajo presupuestos del acusatorio*, Bs. As., Ad-Hoc, 2004, p. 75.

Por el contrario, crítica es la posición de Fleming y López Viñals, quienes cuestionan tal postulación en la medida en que es centralmente inicuo el presupuesto de presunción de concurrencia de factores atenuantes. Sin perjuicio de ello, y no obstante reconocer que en principio esta alternativa resultaría más apropiada —desde una perspectiva de minimización a ultranza de la reacción penal— que aquella que comenzara desde el máximo de la escala penal a deducir atenuantes, descartan la misma en función de consideraciones de justicia del caso.⁽⁴⁶⁾

Creo que la objeción no puede compartirse. En primer lugar, porque reconociendo las bondades de una solución sustentada en principios de rango constitucional, los mismos no pueden ser dejados de lado por meras alegaciones abstractas de la “justicia” del caso, sin puntualizaciones más precisas. En segundo orden, pues, tal como se verá en el apartado siguiente, la preocupación deslizada por los autores en buena medida es corregible cuando evidentes razones jurídicas hacen imprescindible el alejamiento del mínimo de la escala legal, claro que ya en el marco de una lógica de excepcionalidad.

4.2 | La agravación excepcional en caso de la presencia de circunstancias que severicen marcadamente el injusto o la culpabilidad del autor

Precisamente, como directa consecuencia de la afirmación precedente, y retomando las expresiones anteriores, debe subrayarse que, además de resultar el punto de ingreso en la labor procesal de determinación judicial de la pena, el mínimo legal oficiará de referencia central donde anclar la penalidad.

Vale decir que, en esa labor, no deben utilizarse referencias hipotético-comparativas para ajustar la penalidad al caso concreto, sino que el apartamiento de aquel mínimo **sólo es procedente en forma excepcional cuando aparezca suficientemente justificada en la aparición en el supues-**

.....

 (46) FLEMING, ABEL y LÓPEZ VIÑALS, PABLO, *op. cit.*, p. 309.

to de hecho específico de circunstancias de agravación severas o bien del injusto o bien de la culpabilidad del autor.

Por lo tanto, desde este punto de vista, no cualquier circunstancia tenida en consideración al momento de llevar a cabo el proceso de cuantificación aludido puede conmover el anclaje en el mínimo legal de la pena, sino solamente aquellas que severicen marcadamente el injusto o la culpabilidad del autor.

El desarrollo de esta idea exigiría la elaboración de todo un programa de investigación autónomo y complejo que permitiese establecer cuándo y en qué casos absolutamente excepcionales, pueden dejarse de lado los principios de humanidad, subsidiariedad y *ultima ratio* del derecho penal, y por razones de proporcionalidad en concreto,⁽⁴⁷⁾ despegarse del mínimo legal de pena, como pauta general y garantía de igualdad ante la ley.

No puede dejar de imaginarse casos como aquellos en los que —como reza el art. 41 del Código Penal argentino— la naturaleza de la acción, o los medios utilizados o la extensión del daño causado, o bien las motivaciones del autor, permiten identificar supuestos que admitan desprenderse del mínimo legal mencionado. No obstante, es menester insistir en que esta situación debe ser excepcional, y el incremento de penalidad paulatino y adecuadamente modulado para evitar que el alejamiento cuantitativamente significativo vulnere la totalidad de las garantías aludidas.

No deja de ser un argumento convincente el hecho de que existe en nuestro sistema penal una utilización frecuente, asidua y central del enjuiciamiento abreviado como forma anómala de determinación de la pena, pero que —a diferencia del sistema anglosajón— no contiene reducción punitiva alguna, más allá de las reglas procesales que hacen a los límites a la labor de juzgamiento.

Y ello es así porque si, frente a la ausencia de ese esquema diminuyente legalmente contemplado —propio del *plea bargaining*—,⁽⁴⁸⁾ la variable de

(47) Ver BARATTA, ALESSANDRO, “Notas para una teoría de la liberación”, en *Poder y Control*, año II, n° 1, 1987, pp. 107/119.

(48) LYNCH, GERARD, *op. cit.*

ajuste puede resultar el propio marco de la escala penal, y afirmándose que en ocasiones las penas acordadas se sitúan en torno a penalidades menos severas,⁽⁴⁹⁾ el acceso al juicio oral y a la discusión plena de la determinación judicial de la pena (incluso a través del procedimiento de cesura) podría estatuirse en un costo o “peaje” que debiera oblar quien se somete a él, concretando el sentido extorsivo que pretende negarse en el instituto procesal en cuestión.⁽⁵⁰⁾

Por ello es que entonces, en cualquier caso y bajo cualquier procedimiento, la regla de mínima intervención pero también la de igualdad ante la ley, impone el alejamiento sólo excepcional, atenuado y necesariamente progresivo del mínimo legal de la escala penal.

4.3 | La compensación a partir de las circunstancias subjetivas

Finalmente, conviene concluir con la señalización de una tercer consecuencia normativa derivada del modelo prescripto. Desde este punto de vista, no puede dejar de observarse que, en todo caso, aquella agravación absolutamente excepcional debe ser eventualmente compensada frente a la acreditada presencia de aspectos subjetivos —que, en una interpretación constitucional, sólo pueden ser tenidos en consideración como circunstancias atenuantes— que puedan volver a reducir el monto punitivo concreto a imponer.⁽⁵¹⁾

En este sendero, conviene adherir a Bessone cuando deriva normativamente esta posición de las exigencias convencionales de prevención especial positiva (PIDCP 10.3.; CADH 5.6.) advirtiendo más que atinadamente que:

“...si recordamos los alcances que se le han otorgado aquí a las pretensiones de reforma y readaptación social como mandatos de no desocialización, en sentido claramente limitador del recur-

(49) HAZAN, LUCIANO, *op. cit.*

(50) Ver SCHÜNNEMANN, BERND, “¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)”, *op. cit.*

(51) Ver BESSONE, NICOLÁS, *Sobre los atenuantes y agravantes subjetivos en la determinación judicial de las penas*, Bs. As., Fabián Di Plácido, 2010.

so punitivo del encierro, y si la aplicación del derecho penal de autor (valorar la personalidad del condenado no es otra cosa que hacer derecho penal de autor) nunca puede empeorar la situación en la cual el derecho penal de acto ha colocado a la persona, frente a las eventuales intervenciones de la autoridad en la esfera de libertad; entonces no podrá tolerarse que las pautas subjetivas de determinación de la pena operen indistintamente como atenuantes o agravantes, pues sólo serán aptas para fundar válidamente reducciones de castigo. Es decir, sólo podrán hacer las veces de atenuantes...”⁽⁵²⁾

Este posicionamiento, como bien señala el autor, resulta compatible con el estudio de la vulnerabilidad como novedoso factor subjetivo de determinación de la pena introducido por Zaffaroni, Alagia y Slokar.⁽⁵³⁾

5 | Conclusiones

En suma, se ha pretendido solventar con las ideas precedentes la hipótesis inicialmente enunciada.

Como se ha visto, esta afirmación contiene como **presupuestos socio-jurídicos** los siguientes:

- a. que el proceso de determinación judicial de la pena es un espacio de irreducible discrecionalidad;
- b. que los intentos normativos, doctrinarios y jurisprudenciales de otorgar racionalidad —y reducir tal espacio de discrecionalidad— en esta tarea de individualización judicial, si bien han resultado loables y provocado un avance significativo —especialmente desde el punto de vista de las exigencias adjetivas de fundamentación de la decisión—, no obstante se han mostrado infructuosos en su incidencia en la práctica forense;
- c. que, por el contrario, en buena medida desde el punto de vista empírico en la práctica judicial y favorecidos por la difusión del juicio abreviado, se imponen criterios o racionalidades tecnocráticas y de corte moralista ajenos al **modelo normativo constitucional**.

(52) BESSONE, NICOLÁS, *op. cit.*, p. 118.

(53) ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO, *op. cit.*

A su vez, también asume como **presupuestos normativo-constitucionales**, los siguientes:

- a. que, en función de la decisión legislativa concretada en el proceso de criminalización primaria, las finalidades normativamente asignadas a la penalidad estatal —sean preventivo generales o especiales— se ven siempre satisfechas por la imposición de, al menos, el mínimo de pena de la escala legal;
- b. que, resultando imperioso desde un punto de vista constitucional otorgar una base de racionalidad —en términos de satisfacción de exigencias de legalidad, igualdad, seguridad jurídica y proporcionalidad a la respuesta punitiva—, es menester construir una referencia cierta y con anclaje en el derecho positivo, para satisfacer aquella pretensión;
- c. que, en función de los principios constitucionales en materia penal de estricta necesidad, *ultima ratio* y de intervención subsidiaria, y en materia procesal, el acusatorio e *in dubio pro reo*, esta referencia central no puede ser otra que el mínimo de pena de la escala legal en las sanciones divisibles.

Y, finalmente, se concreta en las siguientes **consecuencias jurídico-penales**:

- a. que, al momento de determinar la sanción penal en las penas divisibles, el juez debe tomar como punto de partida el mínimo de pena de la escala legal;
- b. que, en esa labor, no deben utilizarse referencias hipotético-comparativas para ajustar la penalidad al caso concreto, sino que el apartamiento de aquel mínimo sólo es procedente en forma excepcional cuando aparezca suficientemente justificada en la aparición del supuesto de hecho específico de circunstancias de agravación severas o bien del injusto o bien de la culpabilidad del autor;
- c. que, en todo caso, esta agravación excepcional debe ser compensada por la presencia de aspectos subjetivos —que, en una interpretación constitucional, sólo pueden ser tenidos en consideración como circunstancias atenuantes— que puedan volver a reducir el monto punitivo concreto a imponer.

Queda abierta, pues, la polémica y el debate a la propuesta formulada para aquellos interesados en el disputado y controvertido tópico del proceso de determinación judicial de la pena; que antes de resultar un punto de arribo conclusivo en torno a la cuestión, supone una primer aproximación para pulir y profundizar adecuadamente en lo sucesivo.

La necesidad de revisión del monto de la pena durante su ejecución

Pena ilícita y pena natural⁽¹⁾

por **MARÍA SOLEDAD CARROZZA**⁽²⁾

I | Resumen

Dado que el tema que nos convoca este año es el de **los problemas constitucionales de la determinación de la pena**, el presente trabajo surge ante el interrogante de qué pasa con esa pena ya establecida por el juez de sentencia durante el tiempo de su ejecución. Teniendo en cuenta lo manifestado por la Dra. Ana Messuti respecto de las diferencias existentes entre el tiempo lineal en que se establece una pena y el tiempo existencial en el que se vive la misma, surge el cuestionamiento sobre cómo debe adaptarse la pena impuesta a partir de, o teniendo en cuenta, los distintos acontecimientos que puedan suceder en el transcurso de su ejecución.

.....

(1) Trabajo presentado en el XXIII Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Penal, Bariloche, septiembre de 2013.

(2) Abogada, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Actualmente cursando el Posgrado de Especialización en Derecho Penal, en la Facultad de Derecho de la UNR, y la carrera de Licenciada en Comunicación Social en la Facultad de Ciencias Políticas y RRH de la Universidad Nacional de Rosario. Coordinadora del Sistema de Pasantías del Colegio de Abogados de Rosario por convenio con la provincia de Santa Fe, que tiene a cargo la representación y asesoramiento de internos/as alojados/as en las Unidades Penitenciarias del Sur de la provincia de Santa Fe. Docente Adscripta a la asignatura "Derecho Penal 1", de la cátedra del Dr. Daniel Erbetta, en la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la UNR.

Nos referimos particular y principalmente a los distintos acontecimientos que puede sufrir una persona cumpliendo una pena privativa de su libertad en un instituto carcelario, y analizaremos dichos acontecimientos desde la perspectiva de la “pena ilícita” conforme la concepción de Raúl Zaffaroni, y su posibilidad de asimilación a la noción de pena natural. En otras palabras, por medio de este trabajo se intentará analizar la posibilidad de que el juez revise o adapte la pena impuesta en la sentencia, reduciendo o considerando incluso cumplida la misma, a partir de un hecho sufrido por el interno en ocasión del cumplimiento de la pena privativa de la libertad que se pueda considerar como pena sufrida —y por ende cumplida—, atento a que, de no realizar el juez esta adaptación, pueden verse afectados los principios constitucionales de proporcionalidad y racionalidad de la pena impuesta.

2 | Introducción

El presente trabajo se propone analizar la posibilidad de determinación o individualización de la pena en la instancia de ejecución penal, es decir, en un momento **posterior** a la determinación de la pena ya realizada en una sentencia condenatoria firme. No podemos dejar de advertir que la **determinación de la pena** ya de por sí habilita a no pocos debates e interpretaciones doctrinarias, pero su importancia exige una constante revisión y profundización de sus fundamentos. Es que siendo la pena la máxima expresión del poder punitivo estatal, su determinación o cuantificación representa la coronación del esfuerzo de contención de ese ejercicio de poder, que incumbe y es propio del derecho penal.

Ha manifestado Patricia Ziffer que “la determinación de la pena puede ser definida como el acto mediante el cual el juez fija las consecuencias de un delito”, agregando que:

“no se trata únicamente de la “...elección de la clase y monto de la pena, sino que el concepto hace referencia también a cuestiones que se relacionan con el modo de ejecución de la pena establecida.⁽³⁾ “(...) La doctrina argentina tradicional, siguiendo a Saleilles, ha distinguido tradicionalmente entre individualización legal, judicial y administrativa o ejecutiva de la pena. Según esta clasificación, individualidad legislativa es la que reali-

(3) ZIFFER, PATRICIA, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Bs. As., Ad-Hoc, 1996, p. 23.

za el legislador cuando preestablece distintas clases de penas o de medidas, de manera tal que el juez encuentra una clasificación individualizante a la que debe someterse. Pero debido al carácter abstracto que necesariamente debe conservar la ley, queda en manos del juez el proceso de "individualización de la pena". (...) La pena debe adecuarse al individuo concreto, tarea que sólo puede ser efectivamente llevada a cabo por el juez. La individualización administrativa, por su parte, designa a todas aquellas medidas relativas al tratamiento penitenciario, que en esta división quedan a cargo de la autoridad administrativa. Detrás de esta clasificación se encuentra una concepción de la pena dividida en tres fases, una a cargo del legislador, otra a cargo del juez y otra a cargo del personal penitenciario".⁽⁴⁾

Observa Ziffer que esta posición doctrinaria que distingue etapas en la individualización fue oportunamente criticada desde la perspectiva que el juez no puede desentenderse de la forma de ejecución de la pena, pues es justamente una parte esencial de ella, que compromete incluso su legitimidad.

Al respecto ha manifestado Zaffaroni que "la cuantía de poder punitivo que la agencia judicial debe permitir que se ejerza en cada uno de los casos de criminalización secundaria sometido a su conocimiento, es lo que suele llamarse cuantificación de la pena...". Y agrega

"...individualización de la pena es la cantidad y calidad de poder punitivo que se ejerce sobre una persona criminalizada. La idea tradicional de individualización de la pena considerada como un proceso con tres etapas, no responde al marco de un estado constitucional de derecho, sino a una distribución de tareas extraña al hoy generalizado sistema de control de constitucionalidad. En efecto: el derecho penal debe contener la irracionalidad del ejercicio del poder punitivo y, por ende, debe hacerlo desde que se abre el marco abstracto para su ejercicio hasta que se agota el que se impone sobre cualquier persona criminalizada. Pretender que el derecho penal no puede objetar los ámbitos de arbitrio punitivo señalados por las agencias legisla-

(4) *Ibid.*, p. 24.

tivas, y que la administración tiene un encargo casi exclusivo en la ejecución, es tanto como negar ese control sobre la actividad criminalizante de las agencias políticas y penitenciarias".⁽⁵⁾

Partiendo de esta perspectiva, el interrogante que motivará este trabajo se encuadra precisamente en **saber qué y cómo se hace para contener ese poder punitivo durante la instancia que transcurre entre la determinación judicial de la pena realizada en la sentencia por el juez del hecho, hasta el total agotamiento de ésta respecto a la persona criminalizada.**

Una rápida e incluso no necesariamente exhaustiva mirada a la realidad de nuestras cárceles nos obliga a admitir que existen innumerables posibilidades de que la pena impuesta mute, se modifique, e incluso se transforme en otra. Todos los acontecimientos, circunstancias y condicionamientos personales que pueden hacer que la pena se modifique, se convierta o se agrave exceden las posibilidades reales de previsibilidad de cualquier juez al momento de la sentencia, y exigen una constante revisión a medida que se transita el período de ejecución.

Considero que excede el objetivo de este trabajo el explayarme o insistir sobre la necesidad de que la etapa de ejecución debe contar con el contralor judicial. Por su parte, la figura del juez de ejecución en Santa Fe responde, al menos desde lo formal, a esta exigencia. Pero encuentro aún pendiente una segunda cuestión, tan trascendental como la anterior, que es la posibilidad de revisar esa pena ya establecida en un cuánto y un cómo ante el riesgo de que resulte más gravosa a causa de sucesos ocurridos con posterioridad a su determinación y en oportunidad de su ejecución. Es en esta readaptación constante de la pena determinada en donde el control judicial debe hacerse efectivo, con miras a que la pena establecida **y cumplida** no afecte los principios de racionalidad y proporcionalidad.

Siendo la pena "una coerción que impone una privación de derechos o un dolor y que no repara ni restituye, ni tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes",⁽⁶⁾ **la función del juez de ejecución**

(5) ZAFFARONI RAÚL, ALAGIA ALEJANDRO, SLOKAR ALEJANDRO, *Derecho Penal. Parte General*, Bs. As., Ediar, 2000, p. 948.

(6) *Ibid.*, p. 43.

deberá ser, cuanto menos, garantizar que la pena efectivamente cumplida no signifique más dolor ni privaciones que la pena impuesta por el juez del hecho al dictar la sentencia.

La ejecución de la pena es referida generalmente como un tema olvidado, aplazado. Citando al Dr. Ramón Teodoro Ríos,

“El principio de legalidad referido a los delitos y las penas (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*), al decir de Manzanares Samaniego encierra cuatro garantías: criminal, penal, jurisdiccional y de ejecución. De las cuatro garantías —señala el autor español— sólo las tres primeras han sido respetadas más o menos escrupulosamente. La garantía de ejecución se nos muestra como la Cenicienta. Parece que quienes se ocupan de la justicia (jueces, fiscales y defensores) ‘agotaran sus energías y preocupaciones en la tarea de llegar a una sentencia’. Después suele campear el olvido y hasta el desprecio para la etapa del cumplimiento de aquella. Comúnmente es la autoridad administrativa la que individualiza, le imprime contenido y reduce —en cuanto a intensidad y duración— la pena impuesta por la sentencia condenatoria. De esta manera, los tribunales imponen penas previstas en la ley, pero estas se cumplen extramuros de la legalidad. Son penas en blanco, entregadas a la Administración para que esta las llene de contenido y se adjudique tan importante individualización final”.⁽⁷⁾

El presente trabajo no tiene otro objetivo más que el análisis de algunos de los acontecimientos que, al suceder durante la ejecución de la pena, obligan a una revisión de esa individualización final, con el fin inmediato de que la pena cumplida no exceda a la impuesta.

3 | Determinación judicial de la pena

Pese a los esfuerzos doctrinarios realizados en lo relativo a este tema, la exactitud en la determinación de la pena está aún lejos de ser lograda.

(7) ROXIN CLAUS, et al, *Determinación judicial de la pena*, Bs. As., Editores del Puerto, 1993, pp. 128/129.

Esta realidad atenta un sinnúmero de derechos y garantías del imputado, dado que

“...el eje del derecho penal y procesal radica en la pena, lo demás son sólo presupuestos de ella. Lo que en definitiva va a afectar directa y concretamente al ciudadano es la pena que se le va a aplicar y, por lo tanto, necesariamente dentro del proceso tiene que dársele la significación e importancia que merece. Toda las garantías penales sustanciales y procesales carecen de sentido si la determinación de la pena está desprovista de toda salvaguarda respecto del procesado”.⁽⁸⁾

Por ello es que la determinación judicial de la pena adquiere una importancia fundamental.

“La determinación de la pena por el tribunal, dentro del ámbito que la ley deja para esa decisión o bien, la determinación de las consecuencias jurídicas de un hecho penal por el juez, según la clase, gravedad y posibilidad de ejecución, en vista a la elección dentro de una pluralidad de posibilidades legalmente previstas, es tarea que abarca la determinación de la clase de pena, de la cuantía de ella dentro de los límites legales y de la forma de imposición o de cumplimiento. No obstante, no tiene mayor sentido práctico introducir esta subclasificación, porque la cuantificación y el resto de la determinación son actividades judiciales prácticamente inescindibles, dado que no se concibe juzgador que fije una cuantía de pena sin establecer la clase, o la forma de imposición o de cumplimiento, sin perjuicio de las facultades de posponer algunas precisiones de determinación”.⁽⁹⁾

Respecto a esta cuestión, Patricia Ziffer ha manifestado que

“...reconocer que la pena debe ser ‘individualizada’, y que es el juez quien valora las particularidades del autor y de su hecho, no significa que él es señor absoluto sobre la decisión por ser el único capaz de conocer lo específico del caso a reflejarse en la

.....

(8) *Ibid.*, p. 132.

(9) ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, *op. cit.*, p. 949.

gravedad de la sanción. No es suficiente con que exprese que en su íntima convicción ha ponderado las razones que justifiquen su decisión, pues sobre él recae el deber de explicitarlas. El principio de individualización de la pena no se refleja en un menor deber de fundamentación jurídica, sino que debe conducir a uno mayor”.⁽¹⁰⁾

Agrega la autora,

“...la individualización de la pena no es, como se sostuvo durante mucho tiempo, una cuestión propia de la discrecionalidad del juez, sino que en su estructura misma es ‘aplicación del derecho’. Esto significa que su corrección debe ser comprobable desde el punto de vista jurídico. Esto supone que la decisión esté fundamentada en criterios racionales explícitos. El juez no puede partir de cualquier valoración personal que le merezca el hecho o el autor, sino que los parámetros que utilice deben ser elaborados a partir del ordenamiento jurídico, estructurando el complejo de circunstancias relevantes a partir de la interpretación sistemática y teleológica”.⁽¹¹⁾

Entonces, ¿qué sucede a partir del momento en que el juez, haciendo uso de las herramientas brindadas por el art 40 y 41 del Código Penal, determina que a un hecho delictivo corresponde una x cantidad de pena? Existe un sinnúmero de circunstancias que no se pueden prever y que pueden afectar la naturaleza, extensión e intensidad de esa pena, al punto de convertirla en otra, afectando principios constitucionales centrales y orientadores de nuestro derecho.

“Para que el acto de la pena sea un acto ‘con medida’ debe ser proporcional al acto del delito. Y esa proporción sólo se conocerá midiendo la intensidad de ambos actos. No obstante, ya no se trata de la medida como cualidad del acto sino de una medida que tiene un significado muy diverso (...). En la pena de prisión el más o el menos de la lesión que supone la pena es la duración. Por ello señala Beccaria que no es la intensidad de la

(10) ZIFFER, *op. cit.*, p. 28.

(11) *Ibid.*, p. 96.

pena sino su extensión la que hace el efecto mayor en el alma humana. Pero esa 'extensión' debe corresponder a determinada 'intensidad': de lo contrario no sería posible compararla con el delito, que es una lesión con determinada 'intensidad' (gravedad). Es necesario medir la intensidad de ambos. Si la pena se mide por su duración, ¿qué intensidad corresponderá a determinada duración?".⁽¹²⁾

4 | La noción de “tiempo” en la determinación de la pena

Si tenemos que pensar en una unidad de medida con la cual determinar la pena, inevitablemente pensamos en el tiempo, en duración medida en cantidad de meses y años. Ana Messuti es una de las autoras que más ha investigado y desarrollado este concepto, definiendo e intentando comprender la prisión a partir de la noción de **tiempo**. Según esta reconocida autora

“...así como hay una ruptura en el espacio señalada por los muros de la prisión, también hay una ruptura en el tiempo. La pena de prisión se diferencia de toda otra pena por la forma en que combina estos dos elementos: el tiempo y el espacio. Esta intersección entre tiempo y espacio marca el comienzo de una duración distinta, cualitativamente diversa. Y ello a pesar de que la pena se mide con la misma unidad que se utiliza para medir el tiempo social, el tiempo común”.⁽¹³⁾

Messuti distingue dos calidades de tiempo, el tiempo social o común que transcurre en el espacio social, fuera de las fronteras que construye la prisión, y un tiempo de la pena, que le es propio, que la constituye, y al que se identifica una duración distinta. Esta diferencia no es cronológica, no reside en su extensión, sino en su calidad, en la intensidad con la que se vive.

“Al construirse la prisión se pretende inmovilizar el tiempo de la pena. Separarlo del tiempo social que transcurre en el espacio

(12) MESSUTI A., *El tiempo como pena*, Bs. As., Ediar, 2008, pp. 29/30.

(13) *Ibid.*, p. 27.

social. La prisión es una construcción en el espacio para calcular de determinada manera el tiempo. Al fluir del tiempo se opone la firmeza del espacio. El orden jurídico, mediante la prisión, intenta dominar el tiempo. Parecería que el tiempo en el que transcurre la vida social normal fuese un tiempo relativo, y que el tiempo de la pena, que transcurre en la prisión, asumiera un carácter absoluto".⁽¹⁴⁾

Esta utilización del tiempo como pena, explicará Messuti, remite necesariamente a la relación entre tiempo y derecho. En la pena, el derecho subordina el tiempo a los fines que desea.

"Cuando el derecho vincula consecuencias jurídicas a las circunstancias de la realidad social, excluye el flujo de esa realidad hacia un futuro incierto. Dada su vocación de trascendencia, el derecho intenta liberarse de la duda, de la transitoriedad. Las normas jurídicas fijan un mundo que no conoce la duda. (...) Sin embargo, para que el derecho se concrete en la realidad, para que 'se realice', debe pasar del mundo 'destemporalizado' que ha creado a la realidad social que responde al flujo natural del tiempo. Es decir, debe volver a la dimensión temporal de la que se había separado".⁽¹⁵⁾

Messuti diferencia el tiempo objetivo captado por la norma del tiempo que experimentamos cada uno de nosotros como sujetos. Como dice Husserl, el tiempo objetivo no transcurre más velozmente o más lentamente según sea un niño, un anciano, un paciente en el dentista, un orador en una reunión pública o un soldado en el campo de batalla el afectado por el transcurso temporal.. **Ahora bien, cabe decir exactamente lo contrario si ese transcurso se experimenta en el interior de la conciencia.** ¿Qué sucede con la pena? La norma jurídica que establece la pena anticipa el futuro, determinando una cantidad de tiempo que será la duración de la pena.

Pero no será la mera duración como sucesión de instantes del tiempo natural, sino una duración objetiva, abstracta, medida

(14) *Ibid.*, p. 27.

(15) *Ibid.*, p. 35.

con independencia de los contenidos concretos ajenos a su finalidad. La pena, cuando se aplica al sujeto, se ‘temporaliza’ en el tiempo de vida del sujeto. Es decir, su transcurso seguirá el fluir del tiempo natural en el que transcurre la vida biológica del sujeto: seguirá su gradual envejecimiento, e incluso podrá ser interrumpida por su muerte. En este caso el tiempo objetivo impedirá cumplir el término que el derecho le había fijado. Pero también el tiempo de la pena es experimentado en la conciencia del sujeto que la vive. También la pena tiene su tercera dimensión temporal: la del tiempo subjetivo, el tiempo de la conciencia. Si comprendemos bien qué significa, por ejemplo, ‘vivir el tiempo’, nos damos cuenta de que cada persona vive un tiempo común, que puedo comprender, pero vive también un tiempo suyo propio, un tiempo intraducible, que siente por sí misma, así como un hambre que sólo ella experimenta, una vida que sólo ella vive y una muerte que sólo ella muere.... Nadie puede sustituir al otro en esta experiencia, nuestra y a la vez de cada uno.⁽¹⁶⁾

Es inevitable aquí el planteo respecto a lo insustituible que resulta la experiencia de quien vive la pena, resultando ésta una experiencia única, irrepetible, e imposible de encasillar en esa pena prevista y cuantificada por el juez de manera uniforme y objetiva, atento a que cada uno la vivirá como propia y de una manera diferente. De esta forma, mientras la unidad de medida (tiempo) mide el transcurso de la pena, ésta se va formando a sí misma a medida que transcurre y a partir de la percepción que tiene el sujeto de ese mismo transcurrir. En esa percepción encontramos una **intensidad** que ni la norma ni el juez que impone la pena en la sentencia pueden prever, menos aun cuantificar, pero que agravan la pena y la determinan, que implican pena vivida, que no se puede medir a partir de una unidad de tiempo objetivo, pero que significa pena efectivamente sufrida. “La calidad del tiempo que se vive durante la pena, por ser precisamente el ‘tiempo de la pena’, no puede ser la misma que la del que se vive libre de pena. Cualquier actividad que se realice durante ese tiempo no será

(16) *Ibid.*, p. 36.

verdadera actividad, estará impregnada del tiempo y del espacio de la pena".⁽¹⁷⁾ Agrega la autora

"...en la prisión confiamos al tiempo la ejecución de la pena. El sujeto que, expulsado de la comunidad de personas, entre en la prisión no será el mismo que el que salga de la prisión y se reintegre a esa comunidad de la que fue expulsado. El tiempo (independientemente de las condiciones en que transcurra) operará su gradual transformación. Porque el tiempo de la pena, por muy peculiar que sea, tiene en común con el que transcurre libre de pena que siempre es tiempo de vida de un ser humano".⁽¹⁸⁾

Ahora bien, para que comprendamos en su intensidad lo que implica la condena impuesta, a este tiempo vivido de la pena —que es tiempo diferente de por sí, por el solo hecho de estar impregnado del tiempo y del espacio de la pena—, del aislamiento y la exclusión social que lo resignifican, hay que agregarle luego las condiciones en que transcurrió ese tiempo, es decir, las condiciones en que se ejecutó la pena, y los eventos, hechos y circunstancias que se sucedieron en su transcurrir.

Considero que no es necesario en esta instancia, o al menos excede los alcances del presente trabajo, el recordar o enumerar los nefastos efectos que genera en una persona el encontrarse en prisión, o en palabras de Erving Goffman, en una institución total.⁽¹⁹⁾ La misma definición de **pena** enunciada por Zaffaroni da cuentas de que no se puede esperar del encierro fin positivo alguno. Podríamos discutir, en cambio, si los efectos negativos generales son previstos o no por los jueces al momento de la determinación de la pena, en la medida que abundan las obras que describen con gran precisión y detalle los efectos desocializantes del encierro.⁽²⁰⁾

(17) *Ibid.*, p. 37.

(18) *Ibid.*, p. 42.

(19) GOFFMAN, ERVING, *Internados*, Bs. As., Amorrortu, 2001. El autor define la institución total como "un lugar de residencia y trabajo donde un gran número de individuos en igual situación, aislados de la sociedad por un período apreciable de tiempo, comparten en su encierro una rutina diaria, administrada formalmente. Las cárceles sirven como ejemplo notorio...".

(20) Agregaré Goffman al respecto que "... las instituciones totales desbaratan o violan precisamente aquellos actos que en la sociedad civil cumplen la función de demostrar al actor, en presencia de los testigos ocasionales, que tiene cierto dominio sobre su mundo".

Pero quedan fuera de toda posibilidad de previsión los distintos acontecimientos o circunstancias que puedan ocurrir durante la ejecución de la pena, generando un agravamiento de esta y afectando en consecuencia la proporcionalidad y racionalidad de la misma. La realidad de las cárceles de nuestro país⁽²¹⁾ se hace conocida con frecuencia en los medios a partir de casos de malos tratos o torturas extremos, a lo que debemos sumar una multiplicidad de circunstancias derivadas de las pésimas condiciones de alojamiento, "accidentes", peleas internas, e incluso altas probabilidades de contracción de enfermedades (sida, tuberculosis, y otras). Zaffaroni hace referencia a ellas a partir de la denominación de "penas ilícitas". Ninguna de estas circunstancias, o penas ilícitas, se pone en consideración al momento de fijación de la pena.

5 | Pena natural y pena ilícita: sucesos en el transcurrir de la pena

Dentro del sinnúmero de circunstancias que pueden alterar la intensidad de la pena impuesta y afectar su racionalidad, encontramos aquellos sucesos denominados pena natural o pena ilícita.

En oportunidad de manifestarse sobre la inconstitucionalidad del valor vinculante de los mínimos de la escala penal,⁽²²⁾ Zaffaroni introduce la dis-

(21) "En nuestro país, los relevamientos efectuados por la Procuración Penitenciaria de la Nación, demuestran una triste y difícil realidad carcelaria, por cuanto se ha constatado a lo largo y ancho del país, que los internos residen en centros penitenciarios superpoblados, bajo condiciones de vida inhumanas, con aplicación de medidas de aislamiento interno y externo, requisas personales exhaustivas, invasivas y vejatorias, con escaso tiempo de contacto con sus familiares, y constantes y permanentes robos de sus efectos personales por empleados del mismo servicio penitenciario, entre otras circunstancias (falta de educación, trabajo, etc.); todas las que influyen considerablemente en la personalidad de los reos, a quienes en ese marco se les pretende explicar y enseñar a vivir en un sistema dirigido por normas", MIQUELARENA MERITELLO, A., "Las cárceles y sus orígenes", en *Revista pensamiento penal*, n° 158, 2013.

(22) Manifiesta Zaffaroni que en principio, debe reconocerse que existen y que tienen el valor de regla general, pero esto no significa que los tribunales deban respetarlos cuando fuentes de superior jerarquía del mismo derecho argentino señalen que el mínimo es irracional en el caso concreto. Por ello, lo correcto es asignarles valor indicativo, que opera cuando el mínimo de la escala legal no se topa en el caso concreto con los otros parámetros legales de mayor jerarquía, en cuyo supuesto corresponde reducirlos hasta compatibilizar la pena con éstos. Son casos bien claros de inconstitucionalidad de los mínimos en supuestos concretos, aquellos en los que a) se hubiesen operado las llamadas penas naturales, y b) en los que se hubiesen ejecutado sobre la persona penas ilícitas.

cusión relativa a la pena natural y a la pena ilícita. En palabras de este autor, “se llama *poena naturalis* el mal grave que el agente sufre en la comisión del injusto o con motivo de éste”, y agrega que

“de componerse la pena estatal sin referencia a esta pérdida, la respuesta punitiva alcanzaría un *quantum* que excedería la medida señalada por el principio de proporcionalidad entre delito y pena, sin contar con que lesionaría seriamente el principio de humanidad, y que también extremaría la irracionalidad del poder punitivo, pues llevaría hasta el máximo la evidencia de su inutilidad”.⁽²³⁾

Desde esta perspectiva entonces, la **pena natural** es la que se

“autoinflige el autor a raíz de la comisión del delito, sea porque directamente se causa a sí mismo la pérdida o porque lo hacen terceros con motivo de su autopuesta en peligro; por ello es indistinto que el autor se lesione gravemente al manipular un explosivo o que esa lesión sea impuesta por la autoridad mediante un disparo de arma de fuego en cumplimiento de un deber”.⁽²⁴⁾

A esto agrega Zaffaroni que no hay motivos para limitar la pérdida o dolor padecido a las lesiones físicas, pueden ser económicas, o de cualquier otra naturaleza, lo esencial es que sean sufridas con motivo de su delito, sin importar si fueron previstas o previsibles, atento a que lo que se busca evitar es la violación de principios constitucionales que resultaría de no tenerlas en cuenta (irracionalidad mínima y humanidad). Incluso considera un caso especial de pena natural las dilaciones indebidas del proceso penal, que afectan el derecho a un juicio en tiempo razonable. “En cualquier caso, el art. 41 del Código Penal impone al juez tomar conocimiento (...) de las demás circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso, lo que, por supuesto, abarca los casos de penas naturales”.⁽²⁵⁾

(23) ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, *op. cit.*, p. 952.

(24) *Ibid.*, p. 953.

(25) Aquí Zaffaroni hace referencia a la pena natural vinculada a la inconstitucionalidad de los mínimos de la escala penal, manifestando que si bien el art. 41 “sirve, por regla, para establecer la pena desde el mínimo, pocas dudas caben que cuando en el cumplimiento de este deber topa con una circunstancia que hace que el mínimo viole en el caso los citados principios constitucionales, debe abstenerse de imponer una pena cruel. Es absurdo que

Asimismo también refiere Zaffaroni a las **penas ilícitas**, dejando en claro en primer lugar, que son penas, y agregando que “el sujeto de las penas ilícitas es victimizado por parte de los propios agentes del estado —o por omisión de éstos— y en razón del delito cometido, como sujeto pasivo de torturas, malos tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, prohibidas por el art. 18 constitucional y el art. 5.2 de la CADH”. A esto agregará el autor que:

“La definición constitucional de pena nunca puede basarse en el conjunto de requisitos que deben cumplir para ser constitucional; por eso, las definiciones legales de pena siempre son preceptos prescriptivos que indican el deber ser de las penas legales, pero no son descripciones de la pena, pues ésta es una categoría que abarca tanto las penas lícitas como las ilícitas”.

De no tener en cuenta esto se caería en el absurdo de plantearse que como las penas ilícitas o prohibidas no son penas, por ende, no habría razón para prohibirlas. Las normas constitucionales e internacionales prohíben la tortura y otras penas crueles, inhumanas o degradantes, eso significa que esas penas no deben imponerse ni ejecutarse, pero no significa que no sean penas.

“Los padres del liberalismo político y penal, al emprender la tarea de limitar la pena, humanizarla y rodearla de garantías, jamás hubieran podido imaginar que sus argumentos limitadores pudieran pervertirse hasta el colmo de que en lugar de suprimir las penas crueles y atroces, se manipulen para no considerarlas como penas y, en los casos que se impongan y ejecuten no se las tenga en cuenta y, además de éstas, se les impongan penas no crueles. Desde Beccaria hasta Carrara, desde Locke hasta Kant y Feuerback, todo el esfuerzo humanista en lugar de llevar a la supresión de las penas crueles habría llevado a sumar penas humanas a las penas inhumanas. El texto constitucional no puede refrendar este retroceso; la prohibición del doble juzgamiento, además de la garantía de la cosa juzgada

.....
cuando una pena concreta sea inconstitucional, se pretenda que esto lo remedie el indulto o la conmutación, renunciando el juez a ejercer su poder y su deber de aplicar en primer término las normas constitucionales”.

en materia penal a favor de la persona implica, a fortiori, la prohibición de la doble punición”.⁽²⁶⁾

La **pena** es definida desde un concepto genérico como **toda inflicción de dolor o privación de derechos estatalmente impuesta como castigo a una persona como agente de un delito**, y a partir de allí se distinguen penas lícitas e ilícitas. Cuando en los hechos concretos una pena ilícita se ha impuesto y ejecutado, el estado no puede ignorarlo. El Estado no puede ser sólo autor de sus acciones lícitas, no responsabilizándose de las ilícitas.

“Es claro que en los casos de penas ilícitas ejecutadas, se trata de penas sufridas por el agente que deben descontarse de las penas legales que pudieran corresponderle por el delito cometido. Debido a que se trata de descontar una pena ya ejecutada en razón del imperativo constitucional de evitar la doble punición, lo que reste cumplir de la pena lícita puede ser inferior al mínimo de la escala penal o bien puede llegar a dar por cumplida la pena lícita. Las dificultades para calcular el descuento en estos casos de penas ilícitas ejecutadas no pueden ser argumento para rechazar el planteo e ignorarlas, pues sería un uso perverso de la seguridad jurídica, confundida con una seguridad de respuesta”.⁽²⁷⁾

En síntesis, ¿cómo debe proceder el juez ante la observación de que se ha cumplido una pena natural o ilícita? En los casos relativos a la pena natural, gran parte de la doctrina considera que dicho instituto esta previsto en nuestra legislación, deduciéndose de la aplicación de los arts. 40 y 41 del Código Penal.⁽²⁸⁾ También en nuestra provincia, el art. 19 de la ley 12.734 (nuevo código procesal penal santafesino), establece la pena natural como criterio de oportunidad a partir del cual el Ministe-

(26) ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, *op. cit.*, p. 954.

(27) *Ibid.*, p. 954.

(28) En relación a ello, el art. 40 CP establece que “los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso...”; dejando al libre arbitrio del juez la determinación de la pena dentro de la escala establecida en ese hecho particular (no hace falta aquí recordar que cuando hablamos de libre arbitrio no nos referimos a una resolución arbitraria o infundada, sino que el juez tiene libertad para meritar esas circunstancias particulares de cada caso, y disponer a partir de ello de manera fundada). Asimismo establece que esa determinación se realizará a partir de las reglas establecidas en el art. 41, entre las cuales encontramos “...los demás antecedentes y condiciones personales” y “las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso”.

rio Público podría no promover o prescindir total o parcialmente de la acción penal.⁽²⁹⁾

Esta doctrina también fue receptada por la jurisprudencia, que en reiteradas ocasiones aplicó el instituto de la pena natural. Los casos más comunes son aquellos en los que, a modo de ejemplo, se absuelve al imputado de un delito culposo (lesiones o muerte en accidente de tránsito) donde quien resulta ser víctima es el mismo imputado o algún familiar directo.⁽³⁰⁾ En otros casos, la defensa ha recurrido a este instituto cuando el imputado de un delito doloso (por ejemplo un robo agravado por uso de arma) es herido o sufre lesiones derivadas del mismo hecho que se le imputa (ser lesionado por un arma de fuego resultante de un disparo efectuado en el mismo robo).⁽³¹⁾

De esta forma, podemos encontrar variados ejemplos de reducción o eliminación de la pena estatal a aplicar como consecuencia de haber sufrido el imputado una pena natural. Diferente es la situación respecto a lo que denominamos pena ilícita, en relación a la cual no encontramos ni jurisprudencia ni abundante doctrina que la desarrolle (menos aún que la aplique). A mi entender, creo necesario observar que ambos institutos son en realidad muy similares, abarcando en algunas oportunidades los mismos casos, distinguiéndose solamente por el hecho de que la pena natural es analizada al momento de determinar la pena, y sucede *ex ante* de la sentencia, habilitando al juez a tenerla en cuenta a la hora de fijar la pena, dado que, en el caso contrario, dicha sentencia sería contraria a los principios constitucionales de racionalidad, proporcionalidad y doble

(29) Cuando “las consecuencias del hecho sufridas por el imputado sean de tal gravedad que tornen innecesaria o desproporcionada la aplicación de una pena...”, según inc. 3.

(30) Podemos citar algunos ejemplos, como el de la causa “Sánchez María Elena s/ Homicidio y lesiones graves culposas”, del Juzgado Correccional N° XIV de la II Circunscripción Judicial (Rio Negro), en la que se absolvió a la imputada por dar muerte en un accidente de tránsito a su padre, que la acompañaba en el vehículo. En similares términos el juez federal Bonadío determinó que las graves lesiones que sufrió un imputado por el delito de entorpecimiento del servicio ferroviario luego de que pasara un cruce a nivel del Ferrocarril San Martín con las barreras bajas y fuera embestido por una formación, son “pena natural suficiente”, por lo que evitó dictarle una condena de prisión.

(31) En el caso “Maximiliano Lautaro Maidana”, la defensa apela el procesamiento del nombrado como coautor penalmente responsable del delito de robo agravado, por considerar que a partir de la participación en el hecho, Maidana ya había sufrido una “pena natural” —atento a haber sufrido lesiones provocadas por el disparo de un arma de fuego—, circunstancia que lo exime de merecer una “pena estatal”.

punibilidad. En oposición a ello, la pena ilícita sucede o es sufrida durante la ejecución de la condena, es decir *ex post* la determinación de la pena en la sentencia, por lo que no pudo ser prevista por el juez al aplicar la misma. Si bien no podemos identificar totalmente pena ilícita con pena natural, ambas revisten cualidades comunes. Al fin y al cabo, la pena ilícita no deja de ser una pena natural, atento a ser un mal grave que el agente sufre con motivo de su injusto y en razón de él —a menos que consideremos que la pena no se impone como consecuencia del mismo—, pero con la característica de que se produce durante la ejecución —y en ocasión— de la pena lícita legalmente impuesta. De esta forma, al determinar el juez la pena previamente en **cantidad de tiempo objetivo**, sin contar con la posibilidad de prever la intensidad de sufrimiento derivado del **tiempo existencial o subjetivamente vivido**, y sin contar tampoco con herramientas que le permitan adecuar la pena a lo largo de su ejecución, adaptando el dolor efectivamente sufrido como pena al *quantum* de sufrimiento legalmente impuesto por la sentencia, se genera y da lugar a una situación insólita e irracional de afectación al principio de proporcionalidad e igualdad ante la ley.

Esta situación —y la similitud entre ambos institutos—, se vuelve más evidente en los casos en los que el instituto discutido en la sentencia es una pena natural sufrida como consecuencia del actuar de los agentes del Estado, o que no resulta del daño sufrido por el sujeto en la comisión del ilícito, sino del sufrido posteriormente en consecuencia o con motivo del mismo. A modo de ejemplo, puede citarse el fallo “O. G., P.A.R.S s/ Recurso de Casación, N° 13.921”, de la Sala III del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires (26/10/11), donde en la que el imputado, O. G., “efectúa una presentación en la que detalla diversas situaciones vivenciadas durante su encierro cautelar, explicita los sucesivos traslados a los que fue sometido, como así también las diversas lesiones sufridas entre las que se destaca la pérdida de un órgano. Al respecto, solicita expresamente la compensación por pena natural o en su caso la reducción de la sanción”. En este caso, se analiza la posibilidad de aplicación de la pena natural por los sufrimientos padecidos por O. G. a causa de su encierro, y el tribunal, al tomar conocimiento de la causa, analizó

“la situación psicofísica del imputado, como así también las dificultades atravesadas a raíz de sucesivos y continuos traslados entre diversas unidades de detención, la pérdida permanente de un órgano y las lesiones padecidas tanto por herida de arma

de fuego por actividad de funcionarios del servicio penitenciario como por conflictos con otros internos en los lugares de detención donde fuera alojado” [entendiendo que]

la valoración de la pena natural como entidad compensatoria cuenta ya con numerosos precedentes y una amplia receptación doctrinaria, incluso tiene expresa receptación legislativa en nuestro ordenamiento procesal como parte de las herramientas que se brindan como alternativa para la resolución de conflictos. En esencia, la situación que da lugar a la compensación por pena natural parte de un supuesto donde la sanción aparece como ‘manifiestamente errada’ o, en su caso, para supuestos donde puede verificarse que el sujeto ha sido ‘suficientemente castigado’ por las repercusiones de su delito (Ver ROXIN, *op. cit.*).

Más allá de que en este caso particular la pretensión de que se aplique el instituto de pena natural por las lesiones sufridas no prospera dado que el tribunal consideró que las mismas habían sido consecuencia de la conducta asumida a propio riesgo por el imputado al atacar a otro interno —lo que daría lugar a un amplio debate que excede nuevamente este trabajo—, es indiscutible que habilita la discusión considerando la posibilidad de aplicar pena natural al castigo sufrido en manos de funcionarios del servicio penitenciario. Al mismo tiempo y en este mismo caso, finalmente dispone el tribunal que

“sin perjuicio de lo expuesto, se verifica en el proceso que se le sigue a O. G. una extensión indebida del proceso, escenario que ya fuera alertado por la defensora oficial ante la instancia de grado, pero que recibiera por toda respuesta que tal situación no obedecía a demoras de esa judicatura. En rigor, poco importa cuál ha sido la jurisdicción responsable de la dilación indebida del proceso, en definitiva es el Estado el que ha presentado un déficit en la prestación del servicio de la jurisdicción y no admite excusas de competencias. Por esta razón, entiendo que la excesiva demora del proceso debe ser atendida como atenuante al momento de asumir competencia positiva y fijar la individualización de la sanción”.⁽³²⁾

(32) Voto del Juez Dr. Daniel Carral, de la Sala III del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, causa N° 13.921(Reg. de Presidencia N° 44.358) caratulada “O. G., P. A.

Del análisis de este fallo se observa cómo puede considerarse pena natural al sufrimiento padecido por el imputado por las lesiones ocasionadas por funcionarios del servicio penitenciario, e incluso por el padecimiento sufrido a causa de las dilaciones indebidas sufridas en el mismo proceso. En relación a las primeras, exactamente la misma situación sucede en forma cotidiana con personas ya condenadas, que con motivo de que su sentencia se encuentra firme y no se prevén herramientas para su revisión, se encuentran privados de acceder a una compensación que equilibre la pena impuesta con la sufrida, cumpliendo penas irracionales por desproporcionadas y viendo afectado su derecho a la igualdad con quienes en su misma situación aún no han sido condenados,⁽³³⁾ y por ende tienen la posibilidad de que se tenga en cuenta el hecho sufrido como pena natural al momento de la determinación de su pena. Aun admitiendo las diferencias sutiles existentes entre ambos institutos, considero necesario que ante una pena ilícita se proceda con los mismos principios que ante una pena natural, atento a que el sujeto ya ha sido “suficientemente castigado”.

6 | Conclusión

Como hemos venido analizando hasta aquí, al momento de determinar la pena la mayoría de los autores consideran como necesario establecer una relación comparativa entre el ilícito realizado y la pena a imponer. Dicha relación debe analizarse cada vez que se impone una pena y a partir de los datos que arroja el caso concreto, individual e irrepetible. “La historia de la determinación de la pena se ha debatido siempre entre dos valores, el de la seguridad jurídica —que conduciría a penas absolutamente predeterminadas— y la idea de ‘justicia’, traducida en el principio de la individualización de la pena: una pena justa sólo es aquella que se adecua a las particularidades del caso concreto”.⁽³⁴⁾ Como también ya hemos analizado previamente, la determinación de la pena no consiste en un acto

R. s/ Recurso de Casación” y acum. N° 13.907 (Reg. de Pres. N° 44.243) “M., C. M. s/Recurso de Casación”, 26 de octubre 2011.

(33) Al margen del presente trabajo queda la situación aun más injusta de quien sufre una pena ilícita en prisión preventiva, declarándose luego inocente. El sufrimiento padecido no es compensado de manera alguna.

(34) ZIFFER PATRICIA, *op. cit.*, p. 27.

que acaba con la imposición de una pena en la sentencia, sino que esa determinación continúa hasta el agotamiento de la pena impuesta.

“Cuando hablamos de la individualización legal en la fase de ejecución penitenciaria, no nos estamos refiriendo al simple cometido de hacer cumplir pasivamente el lapso de la condena (...). La sentencia de condena, en el ámbito de esta individualización final, opera como límite y elemento indicativo de un sistema cambiante en función de las circunstancias del condenado y con amplios márgenes de flexibilidad. Ello, por supuesto, en una individualización ejecutiva bien entendida y correctamente regulada. El cumplimiento efectivo de la pena debe poder reducirse o modificarse en una especie de novación permanente para que tenga sentido la existencia del Juez de Ejecución. La ejecución de una pena privativa de libertad representa, en cuanto a sus efectos, tantas condenas como vicisitudes sufra aquella. Es decir, la sentencia penal no debe ser algo estático sino un principio de actividad que dinámicamente se atenúa o se modifica”.⁽³⁵⁾

De esta forma, el juez (en Santa Fe, el juez de ejecución), debe atenuar o modificar la pena oportunamente impuesta al condenado a partir de las circunstancias y vicisitudes que vayan sucediendo durante la ejecución de la misma, de forma tal que en caso de que alguna de dichas vicisitudes implique un agravamiento de la pena sufrida, adapte (reduciendo o eliminando) la pena impuesta teniendo en cuenta esa nueva circunstancia, ese dolor o padecimiento sufrido, con miras a tutelar que la pena total sufrida no exceda la impuesta afectando los principios de racionalidad y proporcionalidad. Atento a que la pena se determina en forma proporcional con la gravedad del ilícito cometido, esa proporcionalidad marca un límite máximo, un techo a la posibilidad de imposición de pena por parte del Estado, que se manifiesta en oportunidad de la sentencia. A partir de ella y durante la ejecución esa pena fijada será el límite inquebrantable, y toda pena que exceda ese límite deberá ser considerada inconstitucional en cuanto implica un acto carente de racionalidad.

“La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha acordado rango constitucional al principio de proporcionalidad de la pena,

.....

(35) ROXIN CLAUS *et al*, *op. cit.*, p. 132.

estableciendo que 'son incompatibles con la Constitución las penas crueles o que consistan en mortificaciones mayores que aquellas que su naturaleza impone (art. 18 de la Constitución Nacional), y las que expresan una falta de correspondencia tan inconciliable entre el bien jurídico lesionado por el delito y la intensidad o extensión de la privación de bienes jurídicos del delincuente como consecuencia de la comisión de aquél (...). La importancia de la pena natural encuentra también sustento en el principio de humanidad, en virtud del cual se encuentran proscriptas las sanciones crueles, inhumanas o degradantes (art. 18 CN), y también en los criterios de necesidad real de la pena, estrictamente vinculados con la racionalidad de su aplicación. En esta línea, una pena puede no ser cruel en abstracto, o sea, en consideración a lo que sucede en la generalidad de los casos, pero resultar cruel en el supuesto concreto, referida a la persona y a sus particulares circunstancias. Así ocurre cuando ella ha sufrido un grave castigo natural, es decir, cuando ha padecido en sí misma las consecuencias de su hecho'''.⁽³⁶⁾

Resulta desde todo punto de vista evidente que si la pena natural busca evitar aplicar una pena a un sujeto que ya fue **suficientemente castigado**, o desde otra perspectiva, evitar que un sujeto sea **excesivamente castigado** más allá de la medida proporcional a su ilícito, más aún debe evitarse la aplicación de penas ilícitas, y en casos de su existencia, tomar todas las medidas necesarias para evitar que las mismas hagan devenir inconstitucional por irracional y desproporcionado el acto estatal que representa la respuesta punitiva. Por los motivos expuestos considero que las denominadas por Zaffaroni como "penas ilícitas" deben interpretarse, respetando sus propias características, en forma análoga a las penas naturales, debiendo computarse como penas impuestas de manera que, a partir de su sufrimiento, se habilite la revisión del *quantum* de pena aplicada.

Si bien para algunos autores el indulto y —sobre todo— la conmutación pueden ser los canales adecuados para el objetivo propuesto conforme al orden jurídico positivo vigente, considero que, siguiendo a Zaffaroni, es absurdo que cuando una pena concreta sea inconstitucional, se pretenda

(36) TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE LA PCIA. DE BS. AS., Sala II, Fallo "JSB", voto de los Dres. Mahiques, Mancini y Celesia.

que esto lo remedie el indulto o la conmutación, renunciando el juez a ejercer su poder y su deber de aplicar en primer término las normas constitucionales. Ante esta situación, y mientras no se prevean mecanismos particulares al respecto, la presentación de un *habeas corpus* correctivo sería una herramienta útil a los fines de solicitarle al juez la revisión de la pena impuesta y su nueva determinación teniendo en cuenta la intensidad de la pena —natural o ilícita— sufrida. Dicha revisión indefectiblemente llevará a una reducción del *quantum* en tiempo objetivo de la pena impuesta, o en caso de así considerarlo el juez, la eliminación de la misma por considerar que el mal sufrido implica el cumplimiento de la totalidad de la pena, resultando de la continuidad de la aplicación de la misma un exceso de castigo o sufrimiento que resulta contrario a los principios de racionalidad, proporcionalidad y humanidad, deviniendo por ende en inconstitucional. El Estado prescinde de la pena, atento a que la culpabilidad del autor por el ilícito cometido fue compensada por las graves consecuencias del hecho, entre ellas la pena efectivamente sufrida.

En este sentido, resulta concluyente el Dr. Gustavo Vitale al manifestar que

“la imposición de una pena para los supuestos de la llamada ‘pena natural’, violentaría abiertamente el principio de estricta necesidad de la pena. A su vez, importaría una reacción estatal verdaderamente cruel, con lo cual se estaría transgrediendo el principio de prohibición de penas crueles, inhumanas y degradantes. Por supuesto que, a su vez, ello sería un modo ilegítimo de desconocer el principio de racionalidad de los actos de gobierno y razonabilidad de las decisiones judiciales, resultando la pena en concreto una respuesta del Estado incapaz de servir para el cumplimiento del fin de ‘reinserción social’ que las normas fundamentales le atribuyen a su ejecución...”⁽³⁷⁾

Asimismo, se recuerda que la proporcionalidad entre hecho y pena no es más que el techo o límite máximo al que puede alcanzar la pena, por lo que tiene una función limitadora de la respuesta punitiva.

Para finalizar, considero necesario poner énfasis o recordar lo ya manifestado en relación a los objetivos que motivaron la prohibición de de-

(37) IRIBARREN PABLO, “La *poena naturalis* y su aplicación en la provincia de Río Negro” [en línea], en <http://pinedairbarrenasoc.com.ar/pdf/pena%20natural1.pdf>

terminadas penas consideradas crueles, inhumanas o degradantes, así como hacer referencia a la misma evolución de la prisión, o de la pena privativa de la libertad que, entre otros fines tal vez más utilitaristas, nació como un instrumento que humaniza la pena en tanto sustituye el castigo corporal por la privación de la libertad.⁽³⁸⁾ En este contexto, el vivir en una sociedad donde el castigo corporal como respuesta estatal se encuentra prohibido no resulta superador de nada si no conlleva un mecanismo encaminado a evitar que dicho castigo, o prácticas similares, se desarrollen. Prohibir penas crueles en el texto de nuestra Constitución es un sinsentido si no actuamos en consecuencia a partir de los hechos que cotidianamente suceden en las cárceles de nuestro país. Reiterando lo dicho, prohibir el castigo físico, la tortura y los malos tratos como pena, no implica desconocer la naturaleza de **pena** de estas prácticas. No podemos permitir que la tarea desarrollada de limitar la pena, humanizarla, rodearla de garantías, traiga aparejada como consecuencia la posibilidad de aplicarlas libremente, bajo otra denominación, a la par de penas hoy consideradas **más humanas**. Los constantes intentos del liberalismo político y penal por limitar la pena no pueden ser manipulados para habilitar una pena mayor.

Es pena todo sufrimiento padecido por el sujeto y/o generado por el Estado en respuesta a un ilícito cometido. La pena privativa de libertad se compone de todas las vicisitudes que se producen en su transcurrir, sea cual fuese la naturaleza de las mismas y su *quantum* se define por la totalidad de sufrimiento al que es sometido el condenado. Y es precisamente en ese sufrimiento donde la misma no puede perder de vista su anhelado intento de **humanidad**.

(38) FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y Castigar*, Siglo XXI, Bs. As., 2004. Allí se referencia a la prisión como "pieza esencial en el arsenal punitivo, que marca seguramente un momento importante en la historia de la justicia penal: su acceso a la 'humanidad'".

Trabajo y cárceles

Puntos ciegos a la vista⁽¹⁾

por **RAÚL CERUTI**⁽²⁾

Las ramas jurídicas son haces de imputación de conductas y constituyen los marcos de acción e interpretación de esas conductas. La unidad de acción de todas ellas no se encuentra dada por un orden jerárquico o inclusivo⁽³⁾, sino que debe buscarse en función del relato vital al que se aplican. Este relato vital es el de la persona sujeta de derecho, en sus múltiples actividades, intereses y divergencias,⁽⁴⁾ pues no es en otro lugar, sino en la narrativa vital donde confluyen las adjetivaciones de las ramas jurídicas.

.....

(1) Exposición presentada el 11 de octubre de 2012, en el marco de la *III Jornadas de Ejecución Penal*, en reconocimiento a los aportes del profesor Eugenio Raúl Zaffaroni.

(2) Profesor Titular en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. Consultor legal en Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

(3) "Cada rama está signada por los valores que sus cultores pretenden realizar: el derecho civil busca la estabilidad y el cumplimiento de las obligaciones, así como también el resarcimiento de los daños hasta la exasperación; el derecho comercial persigue la continuidad de los negocios; el derecho laboral quiere amparar al débil; el tributario desea recaudación; el procesal añora la predictibilidad; el administrativo intenta con relativo éxito limar las asperezas del poder estatal; el penal no termina de debatir sus propios objetivos y el constitucional, ya deteriorado por rebeliones y catástrofes, por excepciones, picardías y emergencias, apenas atina a implorar cierta gobernabilidad.

En estas condiciones, lo que se hace desde una rama podría criticarse desde otra. La controversia no estalla porque muchos especialistas están tan concentrados en los problemas de su propia rama que no tienen ánimo para analizar lo que sucede en las otras". Ver GUIBOURG, RICARDO, "La filosofía del derecho y las ramas del derecho", en *Investigación y Docencia* n° 40, Ed. Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Derecho, enero/diciembre 2007, p. 142.

(4) "La interpersonalidad es una perspectiva de lo jurídico que avanza poniendo en cuestión el imperio que en los últimos tiempos tuvo la interespecialidad estatal. Su desenvolvimiento tiene importancia para el enriquecimiento de las perspectivas vitales.

Solo hay unidad del derecho en la medida en que el derecho se exprese coherentemente en el cuerpo de ese sujeto que lo actúa y recepta⁽⁵⁾. Cualquier análisis de las ramas del derecho que no tome como referencia a ese decurso biosociográfico desarticula al ser humano y lo escinde en tantos cuerpos o partes como jurisdicciones.

Las ramas jurídicas como continentes de lógicas de observación pueden estudiarse como el conjunto de las acciones previstas para ser alcanzadas por ellas. Así, habrá acciones en intersección, cuando dos o más ramas se refieran a una misma acción o grupo de acciones (hechos ilícitos que a la vez sean delito, por ejemplo, en la intersección de las ramas penal y civil), de exclusión, cuando solo una rama jurídica pueda entenderse en perjuicio de cualquier otra, como atribuible a una acción o a un grupo de acciones (por ejemplo, las relaciones laborales que no admiten ser receptadas por otras figuras jurídicas sin recaer en el fraude a la ley), de inclusión (por ejemplo, las relaciones comerciales en el interior del derecho de los Contratos), y de elusión, cuando las acciones calificadas por las distintas ramas jurídicas no asumen como incluida en ellas una acción o un grupo de acciones determinadas.

En relativa semejanza con lo que fue en su momento la teoría pura del derecho, la interdisciplinariedad interna, la teoría de las respuestas jurídicas y la teoría pura del derecho son senderos por los cuales la ciencia jurídica puede avanzar en las 'investigaciones' sin salir de lo que consideramos es 'su propio campo'. Ver CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, "Aportes para la comprensión del derecho privado de una nueva era (el derecho interpersonal como proyección del derecho internacional privado - contribuciones para la interdisciplinariedad interna del derecho - Afirmación de una sociedad pluralista)", *Revista Investigación y Docencia*, n° 43, Rosario, Ed. Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 14.

(5) "Yo llamaré entonces justicia a toda tentativa de luchar contra la esclavitud moderna, lo que significa luchar por otra concepción del ser humano. Naturalmente, esta tentativa es política, ella no es directamente filosófica, pero la filosofía va a llamar justicia a una política real que luche contra la esclavitud moderna. Esta lucha es afirmativa ya que esa política propone otra visión del hombre, propone volver a ligar el cuerpo de la humanidad al proyecto y a la idea.

Esa política será justa para la filosofía si ella misma afirma dos cosas: en primer lugar, que el cuerpo no debe ser separado de la idea, aun en el caso de las víctimas; en segundo lugar, que ninguna víctima debe ser reducida a su sufrimiento, pues en la víctima es la humanidad entera la que está golpeada.

Ese principio es un principio del cuerpo mismo, y en ese sentido podemos considerarlo un principio materialista: el cuerpo humano que se propone un pensamiento posible. Esta es la primera afirmación.

Y la segunda afirmación será la afirmación de la igualdad de todos; la igualdad de todos precisamente como cuerpo ligado a la idea". Ver BADIOU, ALAIN, *Justicia, filosofía y literatura*, Rosario, Homo Sapiens, 2007, p. 23.

Los supuestos de elusión no constituyen necesariamente “lagunas del derecho”, ya que en muchos casos existen normas o autoridades encargadas del funcionamiento, calificación y clasificación de las zonas conductuales eludidas. Pero en todos los casos constituyen “puntos ciegos” de la práctica jurídica administrativa y judicial, puntos que consagran o toleran inadvertencias y discrecionalidades.⁽⁶⁾

Las ramas jurídicas, en orden a su formulación y cultivo, son portadoras de su historia, de su noción de derecho vinculada a esa historia,⁽⁷⁾ y de la lógica inherente a esa noción.⁽⁸⁾ Así también, en orden a su aplicación y limitaciones, cada rama jurídica presume ciertos y determinados cursos vitales. Mediante la calificación de los actos, cuando solo remiten dichas ramas a sí mismas y en sí mismas, subyace la clasificación / reducción de sus actores a su perspectiva unilateral.

El derecho penal moderno occidental surgió durante el absolutismo. El poder secular se había constituido en heredero y representante de un cuerpo místico (luego de la expropiación de buena parte de los bienes eclesiás-

(6) “Entre los objetivos de la ciencia normal no hay ninguno que exija nuevos tipos de fenómenos, y en realidad los que no encajan en esos compartimentos frecuentemente ni siquiera se ven. Tampoco entra normalmente entre los objetivos de los científicos inventar teorías nuevas, y a menudo son intolerantes con las inventadas por otros. Por el contrario, la investigación en la ciencia normal se orienta a la articulación de los fenómenos y teoría ya suministrados por el paradigma”. Ver KUHN, THOMAS S., *La estructura de las revoluciones científicas*, México, Fondo de Cultura Económica, 2010, p. 90.

(7) “Para la comprensión paradigmática que del derecho tiene una determinada época de la sociedad se han introducido expresiones tales como ‘ideal social’ o ‘modelo social’, ‘visión social’ o también simplemente ‘teoría’. En todos los casos esas expresiones se refieren a esas imágenes implícitas de la propia sociedad que dan una perspectiva a la práctica de la producción legislativa y de la aplicación del derecho”. Ver HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1998, p. 473.

(8) “Las instituciones, pues, se integran de facto. Pero su integración no es un imperativo funcional para los procesos sociales que las producen, sino que más bien se efectúa por derivación. Los individuos realizan acciones institucionalizadas, aisladas dentro del contexto de su biografía. Esta biografía es un todo meditado en el que las acciones discontinuas se piensan no como hechos aislados, sino como partes conexas de un universo subjetivamente significativo, cuyos significados no son específicos para el individuo, sino que están articulados y se comparten socialmente. Solo por la vía de este rodeo de los universos de significado socialmente compartidos llegamos a la necesidad de una integración institucional”. Ver BERGER, PETER y LUCKMANN, THOMAS, *La construcción social de la realidad*, Bs. As., Amorrortu, 2003, p. 86.

ticos) que reunía en una sola y misma formulación el ser y el deber,⁽⁹⁾ de modo tal que los delitos pudieran señalarse como atentados a la verdad y a la “naturaleza”, denominándose los crímenes más graves como **de lesa majestad**.⁽¹⁰⁾

Constituido el Estado en víctima, no resulta llamativo que el Poder Ejecutivo asuma al mismo tiempo el rol de perseguidor, investigador y sancionador, separe a la víctima de cualquier consideración en el contexto del proceso, y se instituya como verdadero ofendido en las situaciones de violencia. Esta ofensa emotiva deviene irracional y se proyecta modernamente en la noción de **Derecho penal del enemigo**, especialmente vinculado con el miedo al terrorismo como institución del mal, del que derivarían todas las desviaciones de la ley, de la norma y de la “normalidad”, especialmente vinculadas con la naturalidad de la propiedad privada⁽¹¹⁾ como modelo de tranquilidad y prosperidad.

(9) “La antigua idea de la realiza litúrgica se disolvió paulatinamente, y dio lugar a un nuevo modelo de realeza centrado en la esfera del derecho, que no carecía de misticismo propio. El nuevo ‘halo’ comenzó a descender sobre el incipiente Estado nacional y secular, encabezado por un nuevo *pater patriae*, cuando el Estado empezó a reclamar para su propio aparato administrativo y para sus instituciones públicas una sempiternidad o perpetuidad que hasta ahora solo se había atribuido a la Iglesia y, por el derecho romano y los civilistas, al Imperio Romano: *Imperium semper est*. Evidentemente, la dicotomía medieval de *sacerdotium* y *regnum*, fue sustituida por la nueva dicotomía entre rey y derecho. En la era de la jurisprudencia, el Estado soberano adquirió una santificación de su esencia independiente de la Iglesia, si bien paralela a ella, y asumió la eternidad de Imperio Romano al tiempo que el rey se convertía en ‘emperador dentro de su propio reino’. Pero esta santificación del *status regis et regni*, de las instituciones y utilidades del Estado, de sus necesidades y emergencias, hubiera quedado incompleta si el nuevo Estado no se hubiese equiparado también con la Iglesia en sus aspectos corporativos como un *corpus mysticum* secular”. Ver K. KANTOROWICZ, ERNST, *Los dos cuerpos del rey. Un estudio de teología política medieval*, Madrid, Alianza Editorial, 1985, p. 187.

(10) Solo a partir de la segunda mitad del siglo XX y merced a atrocidades desempeñadas por la majestad del deber y de la norma, podrá empezar a hablarse de delitos de “lesa humanidad”.

(11) “En lugar del poste de azotes y el potro de tortura, de los controles del *manor* y las corporaciones y el maltrato físico a los vagabundos, los economistas abogaban por la disciplina de los salarios bajos y el hambre, y los abogados defendían la pena de muerte. Ambos indicaban la creciente despersonalización en la mediación de las relaciones de clase y un cambio, no tanto en los hechos del crimen como en la categoría ‘crimen’ propiamente dicha, tal como la definían los propietarios. Lo que se debía castigar ahora no era un delito entre ‘hombres’ (un quebrantamiento de la fidelidad o la deferencia, un ‘estrageo’ de los usos y valores agrarios, una ofensa contra la propia comunidad corporativa y su *ethos*, una violación de la confianza y de la función), sino un delito contra la propiedad. Dado que la propiedad era una cosa, se hizo posible definir las infracciones como delitos contra las cosas y no como

El derecho penal concluye con la condena o la absolución; tan corta es su vocación de ser consciente de sus consecuencias. Una vez condenado, el sujeto permanece tras una pared, de espaldas, en el que el tiempo se retrae en el olvido.

Este tiempo detenido, esta retracción de cualquier principio de desarrollo o iniciativa, queda abstraído en una prodigiosa disección normativa, en la que cada movimiento (puerta tras puerta, pared tras pared) está mediada por la norma y solo queda resguardo de libertad en el ámbito del gesto. La vida encerrada en una sola rama o subrama del derecho penal la reduce y cosifica, tomando la parte por el todo, en un verdadero estado de excepción por excepción, en el que se invierte el principio de que todo lo no prohibido está permitido.⁽¹²⁾

La vida, mientras tanto, el decurso vital, continúa, a pesar de las paredes y las rejas. Los internos tienen parejas e hijos, proyectos y trabajos. Sin embargo, al interior de las prisiones, a la que no llegan los tratados de derecho penal ni los procedimientos reglados en el Código Procesal Penal en ninguna de sus jurisdicciones.

El derecho del trabajo, en su concepción moderna, por su parte, aparece configurado en sus instituciones más características *a posteriori* del asentamiento del Estado del Bienestar. Contra el derecho de las cosas, el derecho de propiedad sobre las cosas, se erigieron las garantías de la dignidad humana. Aun hoy, para determinados ámbitos del derecho comercial, se tiene la sensación de habérsele quitado un brazo al derecho

.....
ofensas contra los hombres. Esto permitió que la ley asumiera, con sus togas, una postura de imparcialidad: era neutral con relación a todos los niveles entre los hombres y solamente defendía la inviolabilidad de la propiedad de las cosas". Ver THOMPSON, EDWARD P., *Los orígenes de la Ley Negra*, Bs. As., Siglo XXI Editores, 2010, p. 223.

(12) Es al interior de las prisiones donde la persona se ve reducida a la norma, a la minuciosa norma de configuración de su vida exceptuada, arrancada de todas sus otras redes y vinculaciones, de todos sus otros vínculos, familiares (disponiendo por ejemplo de traslados inminentes sin respeto a la preservación del derecho de visitas; reteniendo el paupérrimo "peculio" que se destina al interno como retribución por su trabajo, sin respeto por el derecho alimentario), político (solo recientemente se ha habilitado la emisión del voto en las cárceles), laborales (en cuanto ni siquiera se los percibe como trabajadores), civiles (en orden a la administración de sus bienes, coartada, mediada y sustituida en un maremágnum de procedimientos misteriosos), intimidad (por las penosas condiciones de hacinamiento), formación y educación (en tanto la falta de oferta al interior de las prisiones), etc., de forma tal de lograr su atomización y dificultar su plena realización.

de propiedad a través de las previsiones de los regímenes laborales. De modo tal que solo aquellos grupos que pudieron visibilizarse como importantes contribuyentes a la producción y comercialización de los grandes sectores industriales lograron colocarse en posición de negociar sus condiciones de trabajo, quedando invisibilizadas otras zonas de la producción y de los servicios sin la intermediación o la organización suficientes como para lograr desnivelar la lógica de la explotación, cuyo origen se remonta a la distinción aristotélica entre la orden de trabajo y su ejecución.⁽¹³⁾ Así quedaron fuera de sus consideraciones la labor de las amas de casa, del servicio doméstico, del trabajo agrario, los conocimientos tradicionales y hasta del empleo público. En nuestros días, por otra parte, la tercerización y el subempleo se adoptan como modalidades para la desaparición de funciones y labores del ámbito del derecho laboral, incluyendo labores profesionales e intelectuales propiamente dichas.

La idea del progreso,⁽¹⁴⁾ propia del iluminismo⁽¹⁵⁾ y caracterizadora de la modernidad, exigía pensar en una incesante línea de tiempo acompañada de una incesante acumulación de capital. Por lo tanto, al interior de las prisiones, donde se constreñía a la detención del tiempo, resultaba inaplicable.

(13) La separación operada desde la Antigüedad y reimpulsada una vez más en la modernidad, entre el trabajo manual y el intelectual detrajo la propiedad intelectual de su consideración y legitimación como trabajo, especialmente en razón de tratarse en alguna medida de trabajo creativo. Asimismo, las dificultades habidas en la caracterización jurídica de los conocimientos tradicionales de los pueblos originarios, creemos pueden ser zanjadas mediante su consideración como trabajo colectivo, visión que ha quedado eclipsada por la separación operada entre el trabajo individual y las cargas colectivas.

(14) "En su raíz el progreso, tal como fue definido en el siglo XVIII, no es un movimiento interior de la historia, sino el resultado de una relación fundamental entre el espacio y el lenguaje. (...) El lenguaje da a la perpetua ruptura del tiempo la continuidad del espacio y, en la medida en que analiza, articula y recorta la representación, tiene el poder de ligar a través del tiempo el conocimiento de las cosas. Con el lenguaje, la monotonía confusa del espacio se fragmenta, en tanto que se unifica la diversidad de las sucesiones". Ver FOUCAULT, MICHEL, *Las palabras y las cosas*, Bs. As., Siglo XXI, 2008, p. 132.

(15) "Estas asambleas, para ser útiles y justas, deberían estar compuestas por aquellos a quienes sus posesiones hacen ciudadanos, y cuya situación y cultura les colocan en condiciones de conocer los intereses de la Nación y las necesidades de los pueblos: en una palabra, es la propiedad la que hace al ciudadano; todo hombre, que posee en el Estado, está interesado en el bien del Estado, y cualquiera sea el rango que las convenciones particulares le asignen, es siempre en razón de sus posesiones como debe hablar, como adquiere el derecho de hacerse representar". Ver artículo "Representantes", en SORIANO, R. y PORRAS, A. (comps.), *Artículos políticos de la "Enciclopedia"*, Madrid, Tecnos, 1992, pp. 181.

La noción liberal de justicia, que entiende operar mediante la lógica de los merecimientos la imputación individual de la culpa kantiana en condiciones de libertad apriorística,⁽¹⁶⁾ así como la necesidad de autolegitimación de todas las medidas de gobierno en la fantasía de su unicidad, coherencia e integración, llevan a formular la falta de trabajo como una consecuencia de la cárcel. Hacia atrás, en forma retrospectiva, este mismo razonamiento llega a establecer una doble vía de elección de vida, escindiendo a la población de acuerdo a la regencia del derecho laboral o del derecho penal en su relato biosociográfico: las personas quedan calificadas y clasificadas según hayan transitado por el derecho laboral ("vida de trabajo") o por el derecho penal ("mal camino"), existiendo y sobreponiéndose a ambas categorizaciones, como ejemplos de superación y consagración los del desarrollo emprendedor, propias del derecho comercial.

El trabajo en cárceles, aislado al interior de las prisiones, quedó fuera de las aplicaciones del derecho laboral, excedido por las características de dependencia total del establecimiento y que prefiere desentenderse ante la falta de asociaciones sindicales⁽¹⁷⁾ representativas de los trabajadores intramuros; fuera del derecho penitenciario, que no tiene otra mira más que el impedimento de fuga y el mantenimiento del mito resocializador; y

(16) "La intención de construir en términos de derecho racional las instituciones básicas del orden social viene a parar en todas las teorías contractualistas en que la sociedad queda entendida en conjunto como un producto intencional resultante de la asociación voluntaria de miembros que originalmente son autónomos y libres. Esta sorprendente idea solo puede cobrar una cierta plausibilidad sobre el transfondo de que la sociedad civil empieza apareciendo como una base natural, como un 'estado de naturaleza', en el que las partes se topan unas con otras como siendo de por sí iguales y libres: 'de por sí' porque los poseedores de mercancías, imaginados como administradores de sus respectivas haciendas, 'bajo' porque los poseedores de mercancías, imaginados como administradores de sus respectivas haciendas, bajo las condiciones igualitarias de una economía centrada en el intercambio de mercancías al por menor, ocupan ya virtualmente, antes de toda 'sociación' o socialización política intencionalmente producida, como dirá Marx, el papel de sujetos autónomos de derecho privado. Este transfondo pasa, ciertamente, a segundo plano en los autores que describen el 'estado de naturaleza', no en términos económicos, sino en términos de teoría del poder; pese a lo cual, las construcciones del 'estado de naturaleza' de tipo hobbesiano constituyen en todo caso un equivalente de la suposición de la sociedad civil como una esfera que, incluso antes de toda regulación jurídica, habría de hacer de fuente de sociación o socialización política porque las relaciones de competencia económica implican ya sujetos capaces de concluir contratos, y por tanto, de establecer derechos". Ver HABERMAS, JÜRGEN *op. cit.*, p. 107.

(17) El día viernes 13 de julio de 2012 se realizó en el marco del Centro Universitario Devoto la asamblea de trabajadores fundacional del Sindicato Único de Trabajadores Privados de la Libertad, constituido por los propios interesados, adherido a la Central de Trabajadores de Argentina (CTA), cuyo nacimiento es una nueva demostración de que los derechos son hijos de la lucha.

fuera del derecho administrativo, que no puede asimilarlo al empleo público en virtud de su sacrosanta dignidad, que ni siquiera admite el acceso en carácter de agentes públicos de procesados o condenados.⁽¹⁸⁾

El aletargamiento del tiempo, la clasificación a la que se somete a los internos, realizada sobre una clasificación anterior mediada por la antítesis “inocentes / culpables” (aun cuando el grueso que puebla nuestras prisiones debe ser entendido dentro de la primera categoría en orden a su condición de simplemente procesados no condenados); la continuidad en la consideración del Servicio Penitenciario como una Fuerza de Seguridad, que al mismo tiempo inhabilita a sus miembros a considerarse también a sí mismos como trabajadores del Estado,⁽¹⁹⁾ conspiran para que al interior de las prisiones solo pueda hablarse normativamente de “laborterapia”, como una suerte de organización del ocio, sin perspectiva de desarrollo futuro, sin previsión social ni proyección económica.

Pero que solo se hable explícitamente de “laborterapia”⁽²⁰⁾ no quiere decir que no haya efectiva “relación de trabajo” en las cárceles, de acuerdo a la existencia de subordinación jerárquica, funcional y económica para la realización de tareas durante un tiempo y en un lugar determinados.⁽²¹⁾ Por el contrario, subyace a esa expresión un eufemismo que solo puede

(18) De acuerdo al art. 5° de la Ley Marco de Empleo Público Nacional, no podrán ingresar como agentes de la Administración Pública Nacional, entre otros: “a) El que haya sido condenado por delito doloso, hasta el cumplimiento de la pena privativa de la libertad, o el término previsto para la prescripción de la pena; b) El condenado por delito en perjuicio de la Administración Pública Nacional, Provincial o Municipal; c) El que tenga proceso penal pendiente que pueda dar lugar a condena por los delitos enunciados en los incisos a) y b) del presente artículo”.

(19) En nuestro país, la ley 24.016 aún prohíbe a los agentes del servicio penitenciario federal a actuar en partidos políticos y a realizar peticiones en forma colectiva (art. 36).

(20) La ley 24.372 de Creación del Ente de Cooperación Técnica y Financiera del Servicio Penitenciario Federal, verdadero empleador (así está reconocido incluso por otro organismo del Estado —la ANSeS—, respecto de nada menos que 6207 empleados a marzo de 2012, en la que efectúa aportes mínimos proporcionales a la mínima remuneración que bajo el otro eufemismo de *peculio* —voz de resonancias esclavistas—, les otorga) del trabajo de los internos, indica expresamente que solo tendría por finalidad “propender al mejor funcionamiento y la modernización de los métodos operativos de los talleres de laborterapia para los internos alojados en la jurisdicción de la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal”.

(21) En la propia página web del Encope (<http://www.encope.com.ar>), pueden verse las líneas de productos comercializados, que van desde serigrafía hasta zapatos, muebles de oficina, artículos de herrería y bloques para la construcción.

tener por objeto simular una relación de distinta “naturaleza” en fraude a la ley laboral;⁽²²⁾ lo que resulta agravado cuando los internos en cuanto potenciales trabajadores son “cedidos” a empresas privadas para la generación de plusvalía, extremo que ingresa en la definición de trabajo forzoso de acuerdo al Convenio de la Organización Internacional del Trabajo N° 29.

Desde la regencia de los derechos humanos,⁽²³⁾ que intenta dotar al derecho objetivo de su unidad y coherencia en el dolor y la alegría, en el decurso de la vida personal, corporal y sensible, se ha podido rasgar ese punto ciego, sencillamente iluminándolo a fin de que intervengan las instituciones que deben intervenir en todos los aspectos de la relación laboral: sindicatos, empresas, Ministerio de Trabajo, Justicia del Trabajo, facultades de derecho, Administración Nacional de la Seguridad Social, obras sociales, prestadoras de seguros de riesgo del trabajo, políticas de empleo y de desarrollo personal, instituciones todas que ya no podrán eludir entender en la materia, pues corresponde a su legítima, necesaria y preclara competencia.

(22) Añadamos que este tipo de desviación de la ley también contraviene explícitamente la norma de ejecución de la pena privativa de libertad. En efecto, la ley 24.660, en su art. 107, estatuye que en el trabajo del interno “se respetará la legislación laboral y de seguridad social vigente”.

(23) Cabe destacar a este respecto la voluntariosa labor llevada a cabo por el Observatorio de Derechos Humanos en Cárceres del Centro de Estudios de Ejecución Penal de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

Una interpretación constitucional reincidente: la ley 24.660 y la derogación tácita del art. 14 CP

por **PABLO CORBO**⁽¹⁾

I | Introducción. Aclaraciones necesarias

En un trabajo anterior ya había esbozado la idea que forma parte del presente, pero por su imperiosa necesidad de aplicación práctica a la luz de un sistema judicial que demanda respuestas de base constitucional para la problemática de la ejecución penal, me pareció importante insistir en su desarrollo.⁽²⁾

Partimos de la siguiente premisa, que se identifica, además, con la doctrina vigente de la CSJN:⁽³⁾ la ley 24.660 conforma el estándar federal mínimo de

(1) Abogado. Especialista en Administración de Justicia (UBA). Especialista en Derecho penal (UBA). Secretario Coadyuvante de la Defensoría General del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Experto en temas de ejecución penal y cárceles (autor de casi veinte publicaciones de la temática, incluyendo artículos de doctrina y libros comentando la ley 24.660)

(2) Ver CORBO, PABLO, "Libertad Condicional para internos reincidentes. Su viabilidad en la concepción de la ley 24.660 como estándar federal mínimo de garantías en materia de ejecución de la pena privativa de la libertad", en *Revista Doctrina Judicial*, La Ley, Año 23, n° 39, 26 de septiembre de 2007, p. 221.

(3) Ver CSJN "Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus", considerandos n° 59) y 60) del voto de la mayoría, rta. el 3 de mayo de 2005.

garantías en materia de ejecución de la pena privativa de la libertad que reglamenta el programa constitucional definido en la materia de manera explícita a partir de la reforma constitucional producida en el año 1994 y que, por ende, puede ser superado por las provincias en sus respectivas legislaciones.

Ante tales conclusiones se explicará cómo el régimen progresivo, que conforma una estructura nuclear de dicha legislación, es una garantía legal para el condenado y la reglamentación misma del postulado constitucional.

La idea central del trabajo será, insistiendo en esta idea, demostrar cómo la incorporación de aquellos internos reincidentes, en los términos del art. 50 CP, a la modalidad de ejecución Libertad Condicional —ver art. 13 CP— resulta, además de viable, armónica con las normas aún vigentes de aquel ordenamiento.

Esto tiene el propósito de construir una interpretación integrada constitucionalmente para:

“...agotar todas las interpretaciones posibles de una norma antes de concluir con su inconstitucionalidad. Sabido es que la inconstitucionalidad es un remedio extremo, que sólo puede operar cuando no resta posibilidad interpretativa alguna de compatibilizar la ley con la Constitución Nacional y los tratados internacionales que forman parte de ella, dado que siempre importa desconocer un acto de poder de inmediata procedencia de la soberanía popular, cuya banalización no puede ser republicanamente saludable”.⁽⁴⁾

En el análisis que desarrollaré, no pretendo analizar el instituto de la reincidencia y todas las objeciones constitucionales que se le formulan⁽⁵⁾ —y que, en general, comparto—, sino la limitación contenida en el art. 14 CP—.

Aunque aparezcan como las dos caras de la misma moneda, el art. 14 y el 50 CP, no lo son estrictamente, pues si bien es cierto que sin el instituto de la reincidencia no hubiera sido prevista la limitación contenida en

(4) Ver CSJN, Fallos: 328:1491, sólo por citar uno de los tantos precedentes que receptan esta pacífica doctrina.

(5) Ver ZAFFARONI, EUGENIO R.; ALAGIA, ALEJANDRO; SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, 2000, p. 1009; voto de Zaffaroni en el plenario de la CNCrim. y Correccional de la Capital Federal “Guzmán, Miguel F., rto. el 08/08/1989, *La ley* 1989-E, p. 165.

el art. 14, aun cuando aquel superara el test de constitucionalidad, extremo que a la luz de la todavía vigente doctrina de nuestro máximo Tribunal de Justicia no puede sostenerse,⁽⁶⁾ este último podría no hacerlo.

En última instancia, la lucha por el Estado de Derecho no puede desconocer los datos de la realidad y son éstos los que informan que la reincidencia posee escasos cuestionamientos, en general, en el orden jurisprudencial,⁽⁷⁾ por lo que es preciso elaborar una integración constitucional que acote sus efectos, precisamente cuando la reincidencia muestra su mayor ferocidad. Si de lo que se trata es de contener el poder punitivo, hagamos un esfuerzo por neutralizar sus efectos donde éste se manifiesta con total contundencia: durante la ejecución de la pena privativa de la libertad.

2 | Finalidad constitucional de la ejecución de la pena privativa de la libertad

Desde la Constitución Nacional Argentina de 1853 puede encontrarse un sentido constitucional en la ejecución de la pena privativa de la libertad, pues el art. 18 establece que: "Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo aquella exija, hará responsable al juez que la autorice...", por lo que se proscribe constitucionalmente cualquier contenido penoso en el encierro, y se pone de resalto una teleología humanista y acorde a la dignidad debida a todo ser humano; siempre ha faltado un cometido constitucional explícito en la materia.

(6) Ver CSJN *in re*, "Leveque, Ramón R.", *La Ley* 1989-B, p. 183. Por su parte, el reciente precedente de la CSJN (G560.XL. "Gramajo, Marcelo Eduardo s/robo en grado de Tentativa", rta. el 05/09/2006) parece ser el primer tiro de gracia para revertir la doctrina "Leveque" y decretar la defunción del art. 50 CP. Ello, pues el tema ahí tratado es la constitucionalidad de la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado prevista por el art. 52 CP y circunscripto el análisis para los condenados multireincidentes.

(7) Ver ALDERETE LOBO, RUBÉN ADRIÁN, *La Libertad Condicional en el Código Penal Argentino*, Lexis-Nexis, 2007, p. 188.

Es cierto que nuestra Constitución histórica no fue rica en fijar directrices respecto de la ejecución de la pena privativa de la libertad. Limitación que, sin embargo, no impide encontrar algunas valiosas previsiones que, aún de manera indirecta —como el principio de legalidad—, permitieron, merced a una inteligente labor interpretativa de nuestra doctrina y jurisprudencia, delinear ciertas reglas que se proyectarían sobre dos aspectos esenciales de la normativa penitenciaria:

a) el primero es el principio de legalidad —art. 18, primera disposición, primera parte, Constitución Nacional— al exigir que se fijen desde el Poder Legislativo, no sólo límites cualitativos (especies de penas permitidas) o cuantitativos (montos de pena permitidos dentro de cada especie) sino, fundamentalmente, determinando que el cumplimiento de esa pena se verificará en el modo exactamente previsto por la ley que da base al pronunciamiento jurisdiccional que la establece.

b) el segundo es el que consagra la garantía del debido trato en prisión, contemplada en la redacción final del art. 18.⁽⁸⁾

La incorporación a la Constitución Nacional —mediante la reforma constituyente del año 1994— de Tratados de Derechos Humanos (artículo 75, inciso 22) agregó, de manera explícita, cuál es ese sentido y destacó la finalidad que debe orientar la pena de prisión.

El art. 5.6 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica) establece: "...Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados...", y el art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos indica: "...El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados".

Más allá de las cuestiones semánticas, que no representan una discusión menor si se advierten posibles consecuencias de su uso inconstitucional de sesgo positivista, lo cierto es que existe una teleología o finalidad positiva: reinsertar al condenado para que vuelva a la sociedad.⁽⁹⁾

(8) Ver CESANO, JOSÉ DANIEL, *Estudios de Derecho Penitenciario*, Bs. As., Ediar, 2003, p. 47.

(9) Respecto a las posibles interpretaciones del término "resocialización", resulta útil consultar el trabajo de MARTÍNEZ, SANTIAGO y GARCÍA YOMHA, DIEGO, "Silber: Un fallo ejemplar en materia de resocialización", en *La Ley*, Suplemento de Jurisprudencia Penal, 19/12/2002.

En definitiva, la construcción de un sentido constitucional en la ejecución penal que guarde total armonía con todos los otros principios, derechos y garantías que ya formaban parte del apartado dogmático de nuestra ley fundamental, permite precisar, aún más, su contenido.

Por lo tanto, la reinserción social del condenado nunca puede entenderse como una invasión en su esfera de reserva, según lo prescribe el art. 19 CN, sino como una obligación o garantía de realización del propio Estado, que se compromete a brindar herramientas al condenado que le permitan su reintegro social.

Primera Conclusión: La ejecución de la pena privativa de la libertad tiene un cometido constitucional explícito que es procurar la reinserción social del condenado.

3 | La legislación en materia de ejecución penal: ¿facultad privativa del Congreso nacional o facultad no delegada por las provincias? Tesis de la ley 24.660 como estándar federal mínimo

Una vez aceptada la primera conclusión, que se expuso en el apartado anterior, se nos presenta un problema controvertido respecto de si la regulación de la ejecución de la pena privativa de la libertad —ley 24.660—, definida como complementaria del Código Penal en su art. 229, es materia privativa del Congreso federal o si, por el contrario, su dictado es una facultad reservada a las autonomías provinciales.

Si bien esta duda es propia del derecho constitucional, pues alude al deslinde de la competencia legislativa provincial y federal de acuerdo al modelo de Estado federal adoptado por nuestra Carta Magna, resulta necesario resolver tal interrogante para definir si cada provincia puede darse su propia legislación en la materia, reglamentando en consecuencia el cometido constitucional como mejor le parezca, o si sólo la Nación puede hacerlo.

Recordemos que la primera legislación orgánica de la ejecución de la pena privativa de la libertad perteneció a la Provincia de Buenos Aires, a partir del Reglamento provisorio de la Penitenciaría (o Ley Casares) del año 1877. En el ámbito nacional, con la sanción en el año 1933 de la ley 11.833 —denominada “Ley de Organización Penitenciaria y Régimen de la Pena”—, sobre la base de un anteproyecto presentado por el Dr. Juan José O’Connor, se adoptó una legislación que era exclusiva para establecimientos federales. La reglamentación de esta ley se demoró hasta el año 1947 a partir del decreto 35.788 ideado por Roberto Pettinato.

Esta legislación fue derogada por el decreto-ley 412 del año 1958, ratificado por ley 14.467, que puso en vigencia la que fuera conocida como “Ley Penitenciaria Nacional”, que estuvo vigente hasta la sanción de la actual ley 24.660, el 16 de julio de 1996.

El decreto 412/58 contenía dos artículos —arts. 131 y 133—, de similar contenido a los arts. 228 y 229 de la ley 24.660, que disponían que esa legislación no sólo era complementaria del Código Penal —art. 131— sino también que la Nación y las provincias procederían, dentro del plazo de 180 días a partir de la publicación de la misma en el Boletín Oficial, a revisar la legislación y las reglamentaciones penitenciarias existentes, a efectos de concordarlas con las disposiciones contenidas en ese decreto-ley —art. 133—.

Así llegamos al núcleo del problema: si se concluye que los arts. 228 y 229 de la ley 24.660 son constitucionales, pues la regulación de la ejecución de la pena privativa de la libertad se equipara al dictado del Código Penal en los términos del art. 75, inc. 12 CN —y resulta, por ende, una facultad privativa del Congreso Federal delegada expresamente por las provincias—, serán inconstitucionales las legislaciones provinciales en la materia —ver art. 126 CN—.

Como contrapartida, si se entiende que se trata de una facultad que no hubo sido delegada y, por ende, resulta resorte exclusivo de las legislaturas locales regular la materia, serán inconstitucionales los arts. 228 y 229 de la ley 24.660 y, de suyo, todo su ordenamiento —ver art. 121 CN—.

Sin embargo, veremos que existe una tercera posición que es la postulada en la premisa inicial de este trabajo y que supera, a mi criterio, la dicotomía evidenciada en el párrafo anterior —tesis del estándar federal mínimo que puede ser superado por las provincias—.

Recordemos que, por la posición privativa del gobierno federal para legislar en la materia, ya se pronunciaba Rodolfo Moreno (h) en el año 1917:

“Es necesario que se dicte una ley carcelaria, una ley en la que se establezca el régimen de penalidad en primer término, pero el régimen de la penalidades 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 debiendo haber un solo Código penal, la aplicación de las represiones se hace de manera totalmente diferente en unos y en otros lugares, como si no pertenecieran todos al mismo país”.⁽¹⁰⁾

Este sólido fundamento se sostenía a partir del principio de igualdad consagrado por el art. 16 CN pues se decía que: “...si las penas no se cumplen de manera igual en todo el territorio del país, o por lo menos del modo más aproximado posible, no hay la igualdad que la ley de fondo ha querido establecer”.⁽¹¹⁾

Ésta es la posición doctrinal, aun con diferentes argumentos, de Ricardo Nuñez, Sebastián Soler, Marcos Salt, José Daniel Cesano, Javier Esteban de la Fuente y, antiguamente, del maestro Eugenio Raúl Zaffaroni.⁽¹²⁾

(10) Discurso del 21 de agosto de 1917, Cámara de Diputados de la Nación, Legislación Penal y Carcelaria-Proyectos presentados por el Sr. Diputado Rodolfo Moreno (h), Bs. As., 1922, p. 16, citado en el dictamen elaborado por el Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en el que se analiza un proyecto de ley de ejecución penal para la provincia de Córdoba a propuesta de una diputada de esa provincia, fechado el 22 de junio de 1998 y que lleva la firma de Eugenio Raúl Zaffaroni y Alejandro Slokar.

(11) *Ibid.*, p. 18.

(12) Ver NÚÑEZ, RICARDO, *Derecho Penal Argentino*, 1959-60, t. II, Bs. As., Bibliográfica Argentina, p. 379; SOLER, SEBASTIÁN *Derecho Penal Argentino*, Bs. As., TEA, 1988, t. II, p. 382; SALT, MARCOS GABRIEL, “Los derechos fundamentales de los reclusos en Argentina”, en Rivera Beiras, Iñaki y Marcos Gabriel Salt, “Los derechos de los reclusos de los reclusos. España y Argentina”, Bs. As., Editores del Puerto, 1999, p. 166; CESANO, JOSÉ DANIEL, *op. cit.*, p. 56; DE LA FUENTE, JAVIER ESTEBAN, “La Ley 24.660 y su aplicación en las provincias. Situación de los Procesados”, en *Revista de Derecho Penal. Garantías Constitucionales y nulidades procesales*, 2001-2002, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, p. 575 y ss. y ZAFFARONI, EUGENIO R., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Bs. As., Ediar, 1991, 6ª ed., p. 101. Respecto de este último autor, se advertirá cuán lejos de contradictoria esta posición es con la que sostiene en la actualidad, en la que se advierte una evolución que descansa en la dinámica constitucional de los derechos individuales que ya no pueden ser vistos como teorizaciones jurídicas rígidas, que permitan la utilización perversa de las garantías para peyor.

Como contrapartida a esta posición, Ítalo Luder sostenía que la legislación en materia de ejecución penal reviste naturaleza administrativa y que, por ende, su dictado era una facultad reservada por las provincias en función de lo previsto por el art. 104 CN.⁽¹³⁾

La tercera posición, tal como se adelantó, sostiene que la ley 24.660 es sólo un estándar mínimo de garantías que puede ser mejorado por las legislaciones provinciales en la materia, por lo que debe adoptarse el criterio de la competencia nacional para sancionar la ley marco, fundado en la necesidad de que las garantías se realicen legislativamente conforme a un criterio mínimo parejo en todo el país, sin que pueda negarse el principio republicano de gobierno que demanda un mínimo de racionalidad, llevando al extremo el principio federal. Se sostiene, entonces, que de la Constitución Nacional no puede deducirse una anarquía legislativa, ni menos aún que el principio federal destruya la racionalidad republicana, aunado a que el principio de igualdad ante la ley no puede utilizarse de modo perverso, ya que la cláusula *pro homine* prohíbe una igualdad para peor.⁽¹⁴⁾

En definitiva, se afirma que el art. 228 de la ley 24.660 no sería inconstitucional pues no deroga ni prohíbe la legislación penitenciaria provincial sino que dispone su revisión, lo que constitucionalmente es admisible en la medida en que se entienda que, con ello, se pretende eliminar de las legislaciones provinciales las normas que limiten o garanticen en menor medida los derechos de los presos, pero en nada pueden afectar la vigencia de las que amplían los mismos.⁽¹⁵⁾

(13) Ver LUDER, ÍTALO A., *Derecho Ejecutivo Penal*, La Ley, tomo 90, sección doctrina, p. 879 y ss.

(14) Ver CSJN, "Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus", considerandos n° 59) y 60) del voto de la mayoría, rta. el 3 de mayo de 2005; dictamen elaborado por el Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en el que se analiza un Proyecto de Ley de Ejecución Penal para la provincia de Córdoba a propuesta de una diputada de esa provincia, fechado el 22 de junio de 1998 con la firma de Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Slokar. Ver ZAFFARONI, EUGENIO R.; ALAGIA, ALEJANDRO; SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal. Parte General*, Bs. As., Ediar, 2000, p. 168; DELGADO, SERGIO, Conferencia inédita presentada en la ciudad de Rosario, provincia de Santa Fe, el 12 de mayo de 1998 en las *Jornadas de Ejecución Penitenciaria organizadas por el Colegio Público de Abogados de esa Ciudad*.

(15) Ver dictamen citado y ZAFFARONI, EUGENIO R.; ALAGIA, ALEJANDRO; SLOKAR, ALEJANDRO, *op. cit.*, p. 168.

La tesis del marco mínimo de garantías en la materia se apoya, además, en que no es posible interpretar la CN de manera perversa, retorciendo la teleología *pro homine* que inspira el progresivo reconocimiento positivo de los Derechos Humanos para cancelar la posibilidad del legislador local de proveer un marco mayor de garantías en la materia, de la misma manera que, por ejemplo, no es posible admitir jurisprudencia constitucional regresiva cuando se marcó un nivel más avanzado en su realización, en tanto si la adición de derechos tiene carácter irreversible cuando es legal, no puede dejar de tenerlo cuando la jurisprudencia constitucional ejerce su poder legislativo negativo, pues tampoco en ese caso sería admisible un progreso hacia el mal.⁽¹⁶⁾

Esta contundente posición enfrenta a un dilema de hierro del cual nunca podrán salir los que sostienen rígidamente la potestad exclusiva del Congreso Federal en la materia, sin admitir una duplicidad legislativa local más favorable para el condenado: a) ¿Cómo pueden sostener la inconstitucionalidad de la legislación provincial, con fundamento en la afectación del principio de igualdad ante la ley, cuando el régimen provincial aparece como más favorable para el condenado?, b) ¿Cuál es la afectación al principio constitucional de igualdad de la ley, respecto del sujeto que se ve beneficiado por la ley de ejecución provincial? o, dicho de otro modo, ¿cuál sería la desigualdad que podría invocar un condenado al que se le aplicó la ley nacional —ley 24.660— si su régimen —como ellos mismos sostienen— no es ni más ni menos que el que se le debió aplicar?

La afectación del principio de igualdad ante la ley sólo podría invocarla: 1) el condenado al cual no se le aplicara la ley de ejecución más favorable existente en su provincia, con fundamento en que debe ser aplicada la ley nacional y 2) el condenado en una provincia que no tuviera regulación local propia en la materia y, por ende, solicitara la aplicación de una ley de otra provincia que, para su situación, le resultara más favorable. Fuera de esas hipótesis, la afectación al principio constitucional de igualdad ante la ley sólo puede invocarse de manera perversa, esto es, para restringir derechos.

Paradójicamente, aquéllos que concluyen que la ley 24.660 se hace operativa en todo el territorio de la Nación por ser complementaria del Código Penal, no discuten la facultad reglamentaria local sobre la materia como

(16) Ver ZAFFARONI, EUGENIO R.; ALAGIA, ALEJANDRO; SLOKAR, ALEJANDRO, *op. cit.*, p. 119.

esfera no delegada al gobierno federal; y ello, precisamente con fundamento en que el propio art. 228 de la ley 24.660 dispone que las normas locales deben concordarse con este ordenamiento, en el sentido de no tornarlas frustratorias de las normas materiales que ella contiene.⁽¹⁷⁾

Adherimos, entonces, a la tesis desarrollada en materia de ejecución respecto a que la igualdad del art. 16 constitucional no puede interpretarse de modo perverso y a que, por ende, la cláusula *pro homine* prohíbe una “igualdad para peor”, o sea que el principio que establece que no puede lesionarse la igualdad en la ejecución penal se satisface con un estándar mínimo de garantías que puede y debe establecer el Estado federal (el Congreso de la Nación), y que está dado por la vigente ley 24.660. Pero, a los efectos de la legislación provincial, la misma tiene el alcance de una ley marco. En este sentido, el art. 228 de la ley mencionada no sería inconstitucional, puesto que no deroga ni prohíbe la legislación penitenciaria provincial sino que dispone su revisión, lo que constitucionalmente es admisible en la medida en que se entienda que, con ello, se pretende eliminar de las legislaciones provinciales las normas que limiten o garanticen en menor medida los derechos de los presos, pero en nada puede afectar la vigencia de las que amplían los mismos.⁽¹⁸⁾

Por lo tanto, si la regulación penal local supera ese marco, la invocación de la afectación del principio de igualdad ante la ley supone un argumento perverso y, a su vez, contradictorio con la doctrina de nuestra CSJN sobre el punto, puesto que este principio sólo se quiebra si se trata de manera desigual a quienes se encuentran en iguales condiciones.

Asimismo, si el estándar federal mínimo fuera eventualmente reformado por un régimen aún más benigno, se impondrá la obligación de las legislaturas provinciales de concordar sus respectivas legislaciones en la materia —en caso de que las tuvieran— al nuevo estándar alcanzado.

Segunda conclusión: la ley 24.660 es constitucional y representa el estándar federal mínimo de garantías en materia de ejecución de la pena privativa de la libertad que puede ser superado por las legislaturas locales.

(17) Tal es la posición de CESANO, JOSÉ DANIEL, *op. cit.*, p. 61. A conclusión, similar a la que arriba SALT, MARCOS, *op. cit.*, p. 166.

(18) Ver ZAFFARONI, EUGENIO R.; ALAGIA, ALEJANDRO; SLOKAR, ALEJANDRO, *op. cit.*, p. 168.

Por idéntico argumento, si la ley 24.660 fuera eventualmente modificada por el Congreso Federal consagrando un régimen aún más benigno, surgirá la obligación de las legislaturas de concordarlas a dicho estándar —ver art. 228 de dicha ley—.

4 | La ley 24.660 consagra una garantía legal de base constitucional: la progresividad

Asumido que la ejecución de la pena privativa de la libertad tiene un cometido constitucional explícito que es procurar la reinserción social del condenado —primera conclusión— y que la ley 24.660 representa el estándar federal mínimo de garantías en la materia que puede ser ampliado por las legislaturas locales —segunda conclusión—, corresponde que analicemos sus principios generales, en la medida en que éstos representan la reglamentación misma de la manda constitucional.

El art. 1 de la ley 24.660, en plena concordancia con el propósito constitucional, establece: "...la ejecución de la pena privativa de la libertad, en todas sus modalidades tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender, y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad...".

Para asegurar este cometido y evitar que el reintegro del condenado a su vida en libertad sea abrupto, la ley establece un régimen progresivo que procure limitar su permanencia en establecimientos cerrados, promoviendo su incorporación a instituciones semiabiertas o abiertas, o a secciones separadas regidas por el principio de autodisciplina.⁽¹⁹⁾

Para ello, su art. 12 establece cuatro períodos: a) observación, b) tratamiento, c) prueba y d) libertad condicional, a través de los cuales se garantiza efectivamente el tránsito del interno por modos menos rigurosos de encierro, en la medida en que le permiten acceder a salidas periódicas una

.....

(19) Art. 6 de ley 24.660.

vez cumplidas determinadas condiciones,⁽²⁰⁾ antes de la libertad condicional o, en su defecto, la libertad asistida.⁽²¹⁾

En clara armonía con el cometido constitucional en la materia, la ley 24.660, en su propósito de garantizar que la persona condenada reingrese al medio libre de la manera menos traumática posible, ha estructurado o diagramado la ejecución del encierro mediante un régimen penitenciario progresivo.

Tal denominación se deriva de las notas características que posee, esto es: a) la división de tiempo de duración de la pena en fases o grados con modalidades de ejecución diferentes (por ejemplo, cambio de lugar de alojamiento, distinto régimen de vigilancia, mayor posibilidad de contactos con el mundo exterior, posibilidad de salidas transitorias, distinto régimen de trabajo etc.); b) un sistema de avance y retroceso de los internos por las distintas fases, ya sea por criterios objetivos, como, por ejemplo, el tiempo o valoraciones sobre la evolución de la personalidad del interno con su mayor avance en el proceso de resocialización; c) un período de cumplimiento de la pena en libertad, antes del agotamiento de la pena bajo algún tipo de condiciones. Si falta alguna de estas notas no habrá régimen progresivo.⁽²²⁾

Esto anticipa los problemas constitucionales que supone ignorar que el régimen progresivo, en sentido material, es el corolario de un programa constitucional para la materia, puesto que la ley 24.660 consagra a la progresividad de la pena como una verdadera garantía legal, de base constitucional, para todos aquellos condenados a pena privativa de la libertad en la República Argentina.

(20) Ese es el sentido de las salidas transitorias previstas por el art. 17 de la ley 24.660: el interno, ya en vistas al egreso en libertad condicional, puede “prepararse” para su inminente vida en libertad, afianzando sus vínculos familiares, sociales, laborales o de estudio (art. 16, inc. II, ley 24.660).

(21) Aquellos condenados declarados reincidentes o a los que se les hubiera revocado anteriormente la libertad condicional, que no pueden acceder a este período, según la limitación de los arts. 14 y 17 CP, sólo tienen la posibilidad de la libertad asistida prevista por el art. 54 de la ley 24.660, que permite el egreso seis meses antes del agotamiento de la pena temporal. Si bien es cierto que esta modalidad de ejecución no forma parte del régimen progresivo, también procura atenuar el impacto negativo que puede suponer un reintegro brusco al medio libre.

(22) Ver GARCÍA BASALO, JUAN C., *El Régimen Penitenciario Argentino*, Bs. As., Ediciones Librería del Jurista, 1975, p. 32

En función de ello se diagrama un régimen progresivo destinado a limitar la permanencia del condenado en establecimientos cerrados, en los que no pueden establecerse otra diferencia para transitarlo, que las respuestas del interno al tratamiento penitenciario individualizado —ver art. 8 de la ley 24.660—.

Si bien al respecto se advierte que nuestra ley hace una combinación entre las notas de un régimen progresivo y el tratamiento penitenciario resocializador constitucionalmente establecido —en tanto no existiría realmente un régimen progresivo para quien no accede al tratamiento penitenciario individualizado, lo cual resultaría lesivo del principio de reserva consagrado por el art. 19 CN—, lo cierto es que ello no pone en crisis la conclusión aquí sostenida.⁽²³⁾

Esto es así porque, aun cuando el régimen progresivo se supedita al cumplimiento por parte del interno del tratamiento penitenciario individualizado, inicialmente se encuentra garantizado para todos los internos condenados, quienes pueden acceder a los cuatro períodos que lo conforman (Período de Observación, Período de Tratamiento, Período de Prueba, Período de Libertad Condicional), cualquiera fuere la pena impuesta —ver art. 12 de la ley 24.660—.

Lo que aquí pretende demostrarse es que el alcance de la limitación contenida por el art. 14 CP, vigente desde 1921, en cuanto impide al reincidente incorporarse a la modalidad de ejecución de libertad condicional, no puede ignorar el programa constitucional explícito en la materia desde 1994 y la ley 24.660, como su consecuente reglamentación.

Máxime cuando, tal como se señaló, el régimen progresivo es la garantía legal, de base constitucional, de dicho programa —y la libertad condicional, su tránsito final—, a diferencia de la vieja ley penitenciaria nacional —decreto ley 412/58—, que no la contemplaba como período del régimen progresivo.

Tercera conclusión: la ley 24.660 consagra a la progresividad de la pena como una verdadera garantía legal, de base constitucional, para todos aquellos condenados a pena privativa de la libertad en la República Ar-

(23) RIVERA BEIRAS, IÑAKI y SALT, MARCOS G., *Los derechos de los reclusos de los reclusos. España y Argentina*, op. cit., p. 226 y ss.

gentina, por lo que limitar el tránsito del interno por los cuatro períodos que la conforman —a) observación, b) tratamiento, c) prueba y d) libertad condicional, según lo previsto por el art. 12)— supone ignorar la reglamentación misma del programa constitucional.

5 | La modalidad de ejecución de libertad condicional

Este instituto, que se encuentra regulado por los arts. 13 a 17 y 53 CP, y por los arts. 12 inc. d) y 28 de la ley 24.660,⁽²⁴⁾ permite al condenado que hubiera cumplido determinados tiempos de encierro⁽²⁵⁾ y observado con regularidad los reglamentos carcelarios, obtener su libertad por resolución judicial, la cual únicamente resulta condicionada al acatamiento de ciertas cláusulas compromisorias hasta el vencimiento de la pena temporal, y cinco años más, en el caso de la pena de prisión o reclusión perpetua (art. 13 *in fine* CP).

Además, para acceder a esta modalidad de ejecución,⁽²⁶⁾ el condenado no debe ser reincidente (art.14 CP), ni tampoco se le debió haber revocado esta misma forma de egreso con anterioridad (art.17 CP).

(24) Los arts. 13 a 17 CP regulan el instituto de la libertad condicional para las penas privativas de la libertad, sean perpetuas o temporales. El art. 53 establece los requisitos de procedencia para aquellos condenados a una sanción perpetua o temporal que además tienen la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado prevista por el art. 52 CP. Se menciona el art. 12 inc. d) de la ley 24.660 que indica a la libertad condicional como el cuarto período de la progresividad del régimen penitenciario y el art. 28 de la misma ley, que tiene vigencia más formal que material, puesto que reenvía al art. 13 CP para conocer las condiciones de procedencia de este tipo de soltura anticipada.

(25) El requisito temporal es de ocho meses de prisión o diez meses de reclusión para las penas privativas de libertad de tres años o menos, de dos terceras partes de encierro para aquellas mayores de tres años, y de veinte años de encierro para la prisión o reclusión perpetua. En los supuestos de reclusión por tiempo indeterminado previstos por el art. 52 CP, agotada la pena principal deben cumplirse cinco años de encierro para acceder a esta modalidad de ejecución.

(26) Concebir a la libertad condicional como un beneficio no es compatible con una interpretación constitucional de la ley 24660, pues esta representa un período en la progresividad (art. 12 inc. d) de la ley 24660), al que se accede ya no por la potestad discrecional del magistrado, sino como un modo de ejecución al que el juez debe promover al interno cuando verifica objetivamente el cumplimiento de los requisitos para ello. En similar sentido, ver MAPELLI CAFFARENA, BORJA, "Tendencias modernas en la legislación penitenciaria", en *Jornadas sobre Sistema Penitenciario y Derechos Humanos*, Bs. As.,

Esta libertad sólo puede ser revocada por el Juez de Ejecución o juez competente cuando el condenado hubiere quebrantado la obligación de fijar residencia o cometido un nuevo delito (cláusulas compromisorias 1 y 4 del art. 13 CP), ya que ante el incumplimiento de las otras condiciones (cláusulas compromisorias 2, 3 y 5 del art. 13 CP), la autoridad judicial solo puede diferir la fecha de vencimiento de la pena (art. 15 *in fine* CP).⁽²⁷⁾

La ley 25.892, que modificó los arts. 13, 14 y 15 CP, establece que el requisito temporal para la concesión de la libertad condicional será de 35 años si la pena es de prisión o reclusión perpetua (ya no de 20), y prevé que las condiciones compromisorias regirán hasta diez años más en esta especie de pena, mientras que se mantiene idéntico al régimen anterior en las penas temporales, sean mayores o menores a tres años.⁽²⁸⁾

Exige, como novedad, que la autoridad judicial se pronuncie respecto del egreso, no solo con un informe de la dirección del establecimiento penitenciario, sino también con un informe de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable la reinserción social del condenado.⁽²⁹⁾

Editorial del Puerto, p. 130; ASURA, ADELA, "El régimen penitenciario abierto. Consideraciones sobre su fundamentación", p. 959.

(27) Este sistema resulta defectuoso, pues mientras el condenado no quebrante la obligación de residencia o cometa un nuevo delito, podría darse una situación de eterna rebeldía sin que el juez de ejecución pudiera más que diferir el vencimiento de la pena. Al respecto, ver NÚÑEZ, RICARDO, *Derecho Penal Argentino*, t. II, *op. cit.*, p. 414.

(28) Para comprender el fundamento del incremento del requisito temporal para las penas de prisión y reclusión perpetua, y empezar a tomar conciencia de la falta de seriedad con la que algunos legisladores trataron el tema, sin tener en cuenta los conflictos constitucionales que la nueva ley podía traer aparejados, basta como ejemplo la exposición del senador Pichetto en el debate parlamentario: "...consideramos que sobre estos sujetos que cometen delitos aberrantes tiene que recaer la reclusión perpetua y el techo de los treinta y cinco años. Aquí no dudamos. No tenemos ningún conflicto moral ni ético, ni nos preocupa demasiado el tema de la resocialización, porque estos sujetos no se resocializan. Son pertinaces además de reincidentes. En general, los violadores de menores son reincidentes. La verdad es que en esta temática no me preocupa la resocialización de este tipo de sujetos, porque creo que no tienen cura" (versión taquigráfica Cámara de Senadores de la Nación, 9º Reunión - 7ª Sesión ordinaria - 5 de mayo de 2004). Repárese, además, que en la reforma se omitió modificar el art. 16 del Código Penal, que sigue previendo el plazo de 5 años para la extinción de la pena perpetua una vez que el condenado egresa en libertad condicional, dato que refuerza la mencionada falta de seriedad.

(29) Una interpretación de esta exigencia legislativa acorde al programa constitucional reglamentado por la ley 24.660 lleva a considerar que el cuerpo de peritos no puede ser otro que el consejo correccional del establecimiento penitenciario, es decir, el equipo técnico integrado por los responsables de todas las áreas de aquel —educación, trabajo, seguridad interna, asistencia social, incluso servicio criminológico— (arts. 41 y ss. del decreto 396/99 que

Sin dudas, la modificación más importante en la nueva regulación de esta modalidad de ejecución es que no le será concedida, además de los reinidentes y a los que se les hubiera revocado una libertad condicional anterior, a los condenados por los delitos previstos en los arts. 80, inc. 7, 124, 142 *bis* —anteúltimo párrafo—, 165 y 170 —anteúltimo párrafo—, todos del Código Penal.⁽³⁰⁾

Por último, incluye una nueva cláusula compromisoria que obliga al condenado a someterse a un tratamiento médico, psiquiátrico o psicológico, previa acreditación de su necesidad y eficacia, y faculta a la agencia judicial para agregar a discreción las reglas de conducta previstas por el art. 27 *bis* CP.⁽³¹⁾

Vale aclarar que la última reforma a la ley 24.660 modificó cuestiones vinculadas con los informes requeridos para evaluar la incorporación a la modalidad de personas condenadas por delitos contra la integridad sexual, aunque ello no tiene mayor incidencia sobre la posición aquí sentada.⁽³²⁾

reglamenta las modalidades básicas de la ejecución), puesto que son éstos los únicos que se encuentran en condiciones de aportar los datos objetivos que precisa la agencia judicial para resolver, en la medida que informan respecto a la evolución (no moral) sino objetiva del interno de conformidad con el cumplimiento de los objetivos proyectados en el momento de la individualización del tratamiento penitenciario (art.13 de la ley 24.660). Debe descartarse, a mi juicio, la posibilidad de que el informe se confeccione por peritos *ad hoc*, si quiere evitarse la inconstitucionalidad de la norma a tenor del corte “de autor” que sugiere este pronóstico. Además, la conclusión pericial sólo puede construirse para sortear el test de constitucionalidad a partir de datos pasados y no de una futurología incompatible con el Estado de Derecho.

(30) Para el desarrollo de los problemas constitucionales que supone esta limitación en función de los delitos cometidos, puede consultarse CORBO, PABLO, “Leyes Ad Hoc que contradicen El Programa Constitucional de La Ejecución De La Pena Privativa De La Libertad y Comprometen La Responsabilidad Internacional Del Estado Argentino”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Lexis-Nexis, n° 10, p. 208, marzo de 2005.

(31) No obstante los reparos constitucionales que pueden formularse a esta suerte de ley penal en blanco, el agregado resulta absurdo por sobreabundante, ya que basta comparar las reglas de conducta previstas por el art. 27 *bis* CP, con las seis cláusulas compromisorias del nuevo art. 13 para advertir que son prácticamente las mismas, pues debe descartarse por irrazonable la posibilidad de que el condenado pueda realizar tareas comunitarias a favor del Estado (inc. 8 del art. 27 *bis* CP), cuando egresa casi en condiciones marginales y, además, está obligado simultáneamente a procurar trabajo (cláusula compromisoria 3 del art. 13 CP).

(32) Ver ley 26.813 (sancionada 28/11/2012; promulgada 10/01/2013; BO 16/01/2013): “Artículo 28: El juez de ejecución o juez competente podrá conceder la libertad condicional al condenado que reúna los requisitos fijados por el Código Penal, previo los informes fundados del organismo técnico-criminológico, del consejo correccional del establecimiento y, si correspondiere, del equipo especializado previsto en el inc. l)

6 | Propuesta de solución constitucional

Definido el núcleo del problema, precisemos cuál es la solución que “salva” constitucionalmente el art. 14 CP vigente en nuestro Código Penal desde 1921, aún con la reforma introducida por ley 25.892, que impide la libertad condicional a los reincidentes y, por ende, les conculca la garantía de progresividad so pretexto de una circunstancia determinada ex-ante la ejecución del encierro, sin admitir posibilidad en contrario —*iure et de iure*—.

Encontramos que sí parece razonable integrar e interpretar armónicamente todas las normas en juego —arts. 13 y 14 CP y 1, 6, 8, 12 y 101 de la ley 24.660— a la luz del programa constitucional, de la siguiente manera: para que aquellos condenados reincidentes se incorporen a la modalidad de ejecución de la libertad condicional se les exige, a diferencia de quienes no los son, el previo tránsito por los tres períodos del régimen progresivo que lo preceden (observación, tratamiento y prueba).

De esta manera, la promoción de los internos reincidentes al cuarto y último estadio del régimen progresivo operaría cuando, además de ello, reunieran los requisitos objetivos del art. 13 CP.

En esta explicación, el “plus” que se le demandaría al interno reincidente sería su exitosa recepción del tratamiento penitenciario individualizado mediante su tránsito por todos los tramos de la progresividad, a diferencia de lo que ocurre con quienes no lo son y sólo precisan para el acceso a la modalidad de ejecución prevista por el art. 13 CP, el cumplimiento de los requisitos allí previstos.

.....

del art. 185 de esta ley. Dicho informe deberá contener los antecedentes de conducta, el concepto y los dictámenes criminológicos desde el comienzo de la ejecución de la pena. En los casos de las personas condenadas por los delitos previstos en los arts. 119, segundo y tercer párrafo, 120 y 125 CP, antes de adoptar una decisión, el juez deberá tomar conocimiento directo del condenado y escucharlo si desea hacer alguna manifestación. También se requerirá un informe del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución y se notificará a la víctima o su representante legal, que será escuchada si desea hacer alguna manifestación. El interno podrá proponer peritos especialistas a su cargo, que estarán facultados para presentar su propio informe. Al implementar la concesión de la libertad condicional, se exigirá un dispositivo electrónico de control, el cual sólo podrá ser dispensado por decisión judicial, previo informe de los órganos de control y del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución”.

Ello, además, integraría constitucionalmente el art. 101 de la ley 24.660, en cuanto establece: "...Se entenderá por concepto la ponderación de su evolución personal de la que sea deducible su mayor o menor posibilidad de reinserción social".

Esto es así pues los internos reincidentes que alcanzaron el período de prueba, ostentan, por lo menos, una calificación conceptual muy buena siete (7) —ver art. 27 "*a contrario sensu*" del decreto 396/99, que establece ese requisito para acceder a dicho período—, lo cual significa que lograron "objetivamente" y "*iure et de iure*" un pronóstico de reinserción social positivo por el éxito alcanzado en el cumplimiento del programa de tratamiento individual. Así entonces, de no aceptarse su incorporación a la modalidad libertad condicional, los fines de prevención especial, cumplidos en el caso concreto, se verían cercenados por un argumento legal —art. 14 CP—, que daría a la continuidad ejecución de esa pena en encierro una finalidad "objetivamente" retributiva.

Por otra parte, la solución propuesta resuelve un problema tangible y verificable en el marco de la ejecución penal: aquellos internos reincidentes con penas elevadas —supongamos: 20 años de prisión— que acceden al régimen de salidas transitorias —ver art. 17 de la ley 24.660— al cumplir la mitad de su pena —10 años, en el ejemplo expuesto— no encuentran más estímulo alguno a su proceso de reinserción social que la posibilidad de acceder a la modalidad de ejecución libertad asistida —art. 54 de la ley 24.660— solo cuando resten seis meses para el vencimiento de la pena temporal que se les impuso.

Ello, además de producir un reintegro abrupto del interno al medio libre —y, por ende, contradictorio con el programa constitucional—, indirectamente estimula conductas indeseadas, pero previsibles, como el no reintegro —en muchos casos— del interno al establecimiento penitenciario luego de usufructuar su régimen de salidas.

La construcción ofrecida, además de alentar la continuidad del proceso de reinserción social, permitiría que, al acceder el interno reincidente a la modalidad de ejecución libertad condicional, su reintegro progresivo al medio libre sea bajo un control jurisdiccional y una asistencia pospenitenciaria —del Patronato de Liberados, pero además podría pensarse en diversas ONGs— adecuada en el tiempo al largo proceso de prisionización sufrido.

Este argumento, aunado al principio constitucional de legalidad que informa que la libertad asistida, prevista por el art. 54 de la ley 24660, en modo alguno se halla consignada como período del régimen progresivo —ver art. 12 de la ley 24.660—, es el que permite afirmar que dicha modalidad de ejecución no satisface en modo alguno **la garantía legal —de base constitucional— a la progresividad de la pena que tienen todos los condenados en la República Argentina.**⁽³³⁾

En definitiva, la solución constitucional al dilema planteado es la viabilidad de la incorporación de los internos reincidentes que hubieran alcanzado el período de prueba, a la modalidad de ejecución libertad condicional, entendida como el cuarto período del régimen progresivo —art 12, inc. d), ley 24.660—, cuyos presupuestos objetivos de procedencia se encuentran incluidos en el art. 13 CP.

Parece oportuno señalar que la explicación precedente no impide que, para aquellos internos reincidentes, el tratamiento penitenciario pueda razonablemente individualizarse precisamente en función de dicho dato de la realidad, extremo que parece contemplar pacíficamente la propia ley 24.660 —ver art. 13, inc. b)— sin que ello suponga en modo alguno abogar por la injerencia de la Administración Penitenciaria en el ámbito de reserva de la persona —art. 19 *a contrario sensu* CN—, sino procurar que la “reincidencia” coadyuve, y no limite, el proceso de reinserción social garantizado constitucionalmente.

7 | Conclusiones

Mas allá de las opiniones que se tengan sobre el instituto de la reincidencia, en tanto habilita diversas objeciones constitucionales (**derecho penal de autor; ne bis in ídem; culpabilidad; proporcionalidad de la pena**), lo cierto es que su verdadera ferocidad cobra vida en sus efectos, tanto más que en su declaración; esto es en la limitación contenida en el art. 14 CP en cuanto impide a los internos reincidentes el acceso a la modalidad de ejecución libertad condicional.

(33) Esta aclaración resulta oportuna para contrarrestar el argumento de que la progresividad se ve garantizada al reincidente por la posibilidad de egresar antes del vencimiento de la pena temporal.

La ejecución de la pena privativa de la libertad tiene un cometido constitucional explícito que es procurar la reinserción social del condenado y la ley 24.660 representa el estándar federal mínimo de garantías que lo reglamenta y que puede ser superado por las legislaturas locales.

Dicha legislación consagra a la progresividad de la pena como una verdadera garantía legal, de base constitucional, para todos aquellos condenados a pena privativa de la libertad en la República Argentina, razón por la cual limitar el tránsito del interno por los cuatro períodos que la conforman: a) observación, b) tratamiento, c) prueba y d) libertad condicional, según lo previsto por el art. 12, supone ignorar la reglamentación misma del programa constitucional.

La incorporación de los internos reincidentes a la modalidad de ejecución libertad condicional, prevista como cuarto estadio del régimen progresivo no puede ser neutralizada a partir de una interpretación estática de la art. 14 CP. Tal posibilidad, a la luz del mandato constitucional en la materia, consagra insalvablemente su inconstitucionalidad.

Para salvar la constitucionalidad de dicha norma, sin hacerla inaplicable, debe entenderse que a los internos reincidentes sólo se les puede exigir como plus, además de los requisitos previstos por el art. 13 CP para acceder a dicha modalidad de ejecución, su tránsito necesario por los tres estadios del régimen progresivo previstos por el art. 12 de la ley 24.660: a) período de observación, b) período de tratamiento y c) período de prueba.

Entiendo, que este criterio, por idénticos fundamentos constitucionales, también debería hacerse extensivo para neutralizar el alcance de la limitación contenida en el art. 17 CP, en cuanto impide una nueva liberación a quien ya se le hubiera revocado la modalidad de ejecución libertad condicional.

Delitos sexuales

Una propuesta de trabajo desde la teoría cognitiva-conductual

por **DANIEL DALLA VIA**⁽¹⁾

“Las agresiones sexuales constituyen un problema social de notable magnitud con devastadores efectos en las víctimas. El rechazo del que son objeto los agresores sexuales por parte de la sociedad es generalizado y muy superior al que suscita cualquier otro tipo de delitos. Hoy en día sabemos que la agresión sexual está presente en todos los sectores de la sociedad, sin excepción. También sabemos que la imagen de ‘monstruo’ que tenemos del agresor sexual no es del todo cierta; la mayoría son difíciles de distinguir, excepto por el hecho de que muchos de ellos son hombres (95%, incluso más)”.⁽²⁾

Distintos autores han desarrollado programas de tratamiento específico para profesionales que han cometido agresiones sexuales y existen numerosos programas dirigidos a agresores sexuales pertenecientes al clero. Ningún grupo de hombres parece estar exento del riesgo de cometer agresiones sexuales.

Así también, muchos especialistas sostienen que existen sustratos comunes que determinan las conductas violentas, tanto en delincuentes sexuales como no sexuales y enfatizan el efecto que tienen los antecedentes

.....

(1) Licenciado en Psicología. Servicio Penitenciario de Santa Fe.

(2) MARSHALL, WILLIAM L., *Agresores sexuales*, 1ª ed., Barcelona, Ariel, 2001.

infantiles de maltrato infantil, agresiones sexuales, violencia intrafamiliar, abandono parental, etc.

En las conductas violentas, específicamente de tipo sexual, se pueden identificar tres grandes líneas de trabajo. La primera plantea modelos multifactoriales, señalando qué variables dentro de las experiencias tempranas, rol de las figuras parentales y estilos de apego son variables que están en la base de las agresiones sexuales. La segunda se centra en las experiencias tempranas de los agresores sexuales y la identificación de variables predictoras de futuros delitos de este tipo. Y la tercera, en la interacción de agresores sexuales adolescentes con sus figuras parentales y sus pares.

Numerosas investigaciones han hallado disfunciones parentales en las familias de origen de agresores sexuales. Ryan y Lane han caracterizado el entorno familiar de los agresores sexuales como dañino para el establecimiento de relaciones interpersonales tempranas. Se ha informado que los violadores tendrían más antecedentes de conflictos con sus madres que los abusadores sexuales, percibiéndolas como frías, distantes, hostiles, inconsistentes y agresivas. Lisak y Roth encontraron que los agresores sexuales tienden a describir las relaciones con sus padres como más problemáticas y negativas que con sus madres y hermanos, y Levant y Bass coinciden en describirlos como hostiles, distantes y agresivos.

Distintos investigadores han demostrado que determinados estados de ánimo —como la depresión, por ejemplo—, la ansiedad y la sensación de soledad incrementan las tendencias desviadas de los agresores sexuales. Las fantasías sexuales desviadas aumentan cuando se sienten solos, deprimidos o rechazados por una mujer. También estaría comprobado que la intoxicación por alcohol y la ira desinhiben la represión de actos sexualmente desviados. Cabe aclarar que solo aquellos hombres con una predisposición a agredir aprovechan la oportunidad cuando esta se presenta.

“Es un delito infrecuente desde el punto de vista estadístico, pero con una fuerte dimensión y repercusión”⁽³⁾ afirma Blanca Vázquez Mezquita, psicóloga de la clínica médico-forense de los juzgados de Madrid. Sin tratamiento, la reincidencia se sitúa entre el 18% y el 20%, afirma Antonio Andrés Pueyo, profesor de Psicología de la Universidad Central de Barcelona;

(3) DE LA FUENTE, INMACULADA, “¿Tienen salida los violadores?”, en diario *El País*, Madrid, 17 de abril de 2005 [en línea], http://elpais.com/diario/2005/04/17/domingo/1113709955_850215.html

añade que este no es un porcentaje desdeñable, pero que no debemos olvidar que el delincuente común reincide el doble, en torno al 37%. Y aunque Vázquez da tasas de reincidencia más elevadas —cerca del 30% en delitos sexuales y alrededor del 50% en los comunes—, “la novedad es que los que hacen terapia consiguen rebajar la reincidencia en torno al 4%, añade Pueyo (...) La tasa es algo mayor, un 6,2% si se recae en otro delito, pero no contra la libertad sexual de las personas”.⁽⁴⁾

Pueyo forma parte del Grupo de Estudios Avanzados en Violencia de la Universidad de Barcelona, en conjunto con el centro penitenciario de Brians, desde 1996. Con algunas variaciones, el programa se ha aplicado ya en Canadá y en Alemania. El tratamiento se imparte en grupos de 10 a 12. En los últimos 10 años, Pueyo y sus colaboradores han estudiado la evolución de 346 individuos que estaban en prisión desde 1991 y que obtuvieron la libertad antes de diciembre de 2002. Los porcentajes se han obtenido comparando un grupo de 62 expresos que realizó el programa con otro de igual número que no lo siguió.

En el grupo de tratamiento, la reincidencia se redujo un 15%, explica. Recaen los violentos, los que tienen rasgos psicopáticos, desviación sexual o una carrera criminal variada. Otro factor de reincidencia, en general, es que el agresor consuma drogas y ataque a mujeres desconocidas de más de 14 años, añade. “Hay un mito sobre los agresores sexuales. No es cierto que sean irrecuperables”, afirma Marc Cerón, Jefe del Servicio de Rehabilitación de los Servicios Penitenciarios de Cataluña,⁽⁵⁾ aunque también admite que existe un grupo impermeable a la autocritica y abocado a delinquir.

El requisito para participar en el programa es que reconozcan el delito, advierte Juan Carlos Navarro, psicólogo del Centro Penitenciario de Brians. Pero hay que asumir que “necesitaríamos más inversión y nunca tendríamos una certeza de riesgo cero”, agrega⁽⁶⁾.

Vicente Garrido, psicólogo criminalista y profesor titular de la Universidad de Valencia, es el padre de la mayoría de las terapias que se imparten en

(4) MARSHALL, WILLIAM L., *op. cit.*

(5) *Ibid.*

(6) Entrevista en DE LA FUENTE, INMACULADA, *op. cit.*

las cárceles españolas. Garrido forma parte del grupo **Campbel**, un comité internacional dedicado a estudiar programas para prevenir el delito. Inicialmente formó a psicólogos de otras ocho prisiones españolas, además de las catalanas. Pero solo se responsabilizó de los programas de Barcelona porque siguen una evaluación científica, precisa.

En la primera fase del programa se procura desarrollar su mundo emocional, a menudo embotado. La mayoría vive en un mundo de emociones egocéntricas, explica Garrido, —autor de *Cara a cara con el psicópata* y de otros estudios sobre el control de la agresión sexual firmados con María José Beneyto—. En la segunda fase toman conciencia del dolor de las víctimas para que acepten su responsabilidad, donde muchos tienden a justificarse y a negar ese dolor. El tercer peldaño del programa se dirige a prevenir la recaída. Cada agresor se rige por un patrón de conducta y hay que enseñarle a identificar su patrón, señala el criminalista.

Cuando van a salir es común que tiendan al optimismo, y les prevenimos contra ello, afirma Maricé Romero⁽⁷⁾. Formada inicialmente con Vicente Garrido, Romero trabaja en Topas desde 1998 en la rehabilitación de agresores sexuales y presos violentos. Postula que no es cierto que la cárcel no sea el lugar idóneo para tratarse, sino todo lo contrario, pues en la calle no piden ayuda, están en su mundo. Dentro de la cárcel aprenden estrategias de control, defiende la autora, añadiendo que el tiempo de la cárcel es duro para un agresor sexual, pues hay un rechazo visceral y familiar y también de sus compañeros, quedando aislados, en soledad y, por lo tanto, no es agradable volver.

“Si tenemos dudas no los ponemos en la calle, salvo que haya fuera un entorno familiar que los acoja. No nos podemos permitir el error”, dice la psicóloga. Para asistir al curso hay prioridades: que se encuentren al final de la condena y que haya una motivación real de cambio. No hay relación directa entre hacer el tratamiento y obtener permisos⁽⁸⁾.

Garrido comparte el mismo argumento. Reconoce, no obstante, que si hay una evaluación positiva, le sirve para conseguir una clasificación de grado abierto. La psicóloga de Topas considera clave controlar la impulsividad:

(7) *Ibid.*

(8) *Ibid.*

“En cualquier conducta agresiva hay un comportamiento compensatorio, y con la agresión sexual pasa lo mismo”. Romero cree que rehabilitar a estos presos requiere especializarse, “pero es fuerte y duro. Toca mucho a nivel personal, aunque yo distingo entre la persona y el acto”. Admite que en Topas no se hace un seguimiento del preso al dejar la cárcel. “Una vez que la condena se extingue, ya nada nos ata a ellos, ni ellos a nosotros”, dice. El control del ex recluso se escapa y solo se tienen de él noticias indirectas. Por desgracia, una de ellas es que vuelva a la cárcel: “cuando alguien obtiene la libertad definitiva y sabes que no está recuperado, hay un sentimiento de angustia. Pero en otros sí ves un antes y un después: son conscientes del daño causado y salen con ganas de demostrar que han mejorado”, asegura.⁽⁹⁾

Para Garrido lo que se debe pedir a los jueces de vigilancia penitenciaria es que tengan en cuenta los riesgos. La probabilidad de reincidencia es mayor en los que tienen un trastorno de psicopatía y los agresores de varones que tienen preferencia por niños que no conocen.

“Los países nórdicos como Dinamarca, Noruega y Suecia tienen programas carcelarios para ofensores sexuales. En Noruega, en un programa de 10 años, hubo cero reincidencias del delito sexual según el Congreso de IATSO (Asociación Internacional para el Tratamiento del ofensor Sexual) en Oslo, de 2010. En tanto que España y Estados Unidos han coincidido en encontrar solo un 1,7% de reincidencia en los ‘ofensores sexuales’ que cumplieron un programa de al menos tres años, con profesionales a quienes paga el Estado, con chequeos evaluativos diarios, con grupos de terapia y terapias individuales”.⁽¹⁰⁾

“El control de la agresión sexual”⁽¹¹⁾ es un programa de intervención en el medio penitenciario, un programa de tratamiento para delincuentes

(9) *Ibid.*

(10) BOSCHI, ISABEL, (miembro de la IATSO), “Para que sirva el tratamiento, hay que invertir” en diario *Clarín*, Bs. As., 25 de noviembre de 2012 [en línea], http://www.clarin.com/policiales/sirva-tratamiento-invertir_0_817118429.html

(11) BENEYTO ARROJO, MARÍA JOSÉ y GARRIDO GENOVÉS, VICENTE, *El control de la agresión sexual. Manual para el terapeuta, un programa de tratamiento para delincuentes sexuales en prisión y en la comunidad*, Valencia, Ed. Cristóbal Serrano Villalba, 1996.

sexuales en prisión. Se trata de un manual adaptado del programa original de Garrido y Beneyto, de 1996, el cual ha sido realizado por el grupo de trabajo sobre programas de tratamiento para el control de la agresión sexual promovido por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias (Cataluña) entre los meses de enero y agosto de 2005. La trascendencia de un manual de estas características se deriva no solamente de la importancia de intervenir y prestar la atención necesaria a los agresores sexuales, sino también de la realidad de aquellas potenciales víctimas que en un futuro sufrirán los efectos de la desviación sexual de estos internos. Y podríamos hablar de un tercer grupo de personas afectadas, como lo son los familiares de agresores y víctimas, marcados en muchas ocasiones por las secuelas que este tipo de hechos deja en su propia salud psicológica y adaptación personal.

En la aplicación del programa existen dos fases claramente diferenciadas: evaluación pormenorizada de cada uno de los sujetos que van a participar voluntariamente en el programa (Parte 1. Evaluación), e intervención psicosocial en un programa de acción (Parte 2. Tratamiento). El apartado de evaluación de este programa se basa en la propuesta de Marshall y Barbaree elaborado en 1989, que es una de las evaluaciones más completa y comprensiva que existe sobre los delincuentes sexuales y en las que se destacan tres puntos centrales:

a) **La conducta sexual.** Análisis sobre las preferencias sexuales desviadas y el funcionamiento sexual. Los autores afirman que es bastante común encontrar una muy deficiente relación sexual entre el agresor y sus parejas.

b) **El funcionamiento social.** Aunque la mayoría de los agresores sexuales parecen no tener problemas en sus habilidades conversacionales, resulta trascendente incluir la evaluación de estas y otras variadas habilidades sociales y de vida como la empatía, la asertividad, la ansiedad social, las habilidades de relación y ajuste conyugal, el control de la ira, la solución de problemas sociales y la autoestima. La incompetencia del agresor sexual le impedirá establecer relaciones satisfactorias con otros adultos, ocasionándole diferentes problemas en la vida que pueden provocar la agresión sexual. Realmente, estos factores de competencia sexual que son de gran importancia en la génesis de la delincuencia sexual lo son incluso todavía más en el mantenimiento de la misma.

c) **Distorsiones cognitivas.** Las actitudes negativas hacia las mujeres caracterizan el sistema de creencias de los agresores sexuales de mujeres adultas, mientras que los que abusan de niños mantienen otras actitudes hacia la relación sexual que les permite racionalizar su conducta, cuando no acusan a sus víctimas de provocadoras. Este programa de intervención pretende incrementar la conciencia del interno y aumentar el alcance de las elecciones que realiza en relación a su conducta, desarrollando toda una serie de habilidades de enfrentamiento específicas y capacidades de autocontrol que fomentarán una sensación general de dominio o control sobre su propia vida. Las diferentes intervenciones con un individuo concreto se basan en la valoración de las situaciones de alto riesgo y las habilidades de enfrentamiento que posee o necesita aprender. El contenido del programa tiene previstas una serie de variaciones en función de las propias características de los internos. Entonces, este programa de tratamiento no se aplica como un paquete estandarizado, sino que es un programa individualizado, adaptado para satisfacer las necesidades propias de cada interno.

Antes de finalizar el año 2012, los diputados nacionales dieron sanción definitiva a la modificación de la Ley de Ejecución Penal 24.660, por la cual se establece un tratamiento para “la reinserción social de las personas condenadas por delitos contra la integridad sexual”, con el objetivo de reducir la reiteración de ese tipo de acción. Se trata de la ley 26.813, publicada en el Boletín Oficial el 16 de enero de 2013.

La propuesta fue aprobada por unanimidad con los votos de 210 diputados presentes en el recinto y sin debate. La norma contiene 11 artículos, en la cual se incorporan y modifican distintos artículos de la ley 24.660. Por citar algunos, podemos mencionar los arts. 56 ter, incs. IV y V, arts. 17, 19, 27, 28, 33, 54, entre otros.

Marshall y Barbaree crearon en 1990 un modelo comprensivo de etiología de la agresión sexual a partir de considerar las influencias biológicas, el contexto social y el desarrollo psicológico del individuo. Marshall emplea el concepto de “vulnerable” al referirse a niños que sufren un apego con sus cuidadores caracterizado por la indiferencia e inconsistencia (relación padres-hijos ansiosa-ambivalente) o bien la frialdad y falta de cuidado y amor (relación de evitación). Estos niños desarrollarán una pobre autoestima, escasas habilidades sociales y muchas dudas a la hora de enfrentarse a los problemas de la vida diaria.

La corriente psicológica elegida para el presente trabajo es la cognitiva-conductual, referente en los distintos trabajos realizados en el ámbito carcelario, en países como Canadá, España, Alemania, países nórdicos, entre otros.

Cabe destacar el modelo de Prochaska y Di Clemente. Es un modelo global de cambio que intenta comprender qué, cuándo y por qué cambian las personas. Se han considerado seis etapas de cambio: pre contemplación, contemplación, preparación, acción, mantenimiento y terminación.

El objetivo de la ponencia es, fundamentalmente, la toma de conciencia en el ámbito carcelario de la Provincia de Santa Fe respecto a la necesidad de consensuar en un dispositivo de abordaje que permita abordar y trabajar sobre la temática de los delitos contra la integridad sexual; entender la compleja psicología de aquellas personas que incurrir en este tipo de delitos; buscar estrategias de abordaje de la problemática; abrir instancias de trabajo donde se comparta, se capacite y se supervise a los profesionales que nos encontramos abocados a esta tarea.

Como conclusión, podríamos destacar la necesidad de programas de políticas públicas y privadas preventivas y de tratamiento, contención y apoyo.

Estimo que debemos considerar la problemática de los delitos contra la integridad sexual como un problema de educación y salud pública, por lo cual es necesario que el Estado lo incorpore dentro de los programas de políticas de formación y prevención, conformando grupos de trabajo interdisciplinarios abocado a esta problemática. Se debe incluir también a las organizaciones no gubernamentales (ONG) dispuestas a trabajar responsable y coordinadamente (intervención en Red).

Congreso Internacional de Ejecución Penal 2013

Presentación

por **SERGIO DELGADO**⁽¹⁾

El Congreso Internacional de Ejecución Penal, organizado por el Centro de Estudios de Ejecución Penal de la Facultad de Derecho de la UBA se efectuó en el Aula Magna entre el 28 y el 30 de agosto de 2013. Inauguraron sus sesiones la Directora del Departamento de Derecho Penal y Criminología, Dra. Lucila Larrandart, y el Presidente del Consejo de la Magistratura de la Nación, Dr. Mario Fera.

El Congreso Internacional permitió abordar, con la participación de expertos de reconocido prestigio, la problemática de la ejecución penal.

Investigadores, profesores, graduados y estudiantes interesados o especializados en esta materia, operadores jurídicos, magistrados y funcionarios del fuero de ejecución penal federal y de las distintas provincias de nuestro país (Salta, Jujuy, Chaco, Corrientes, Misiones, Entre Ríos, Mendoza, Catamarca, San Juan, San Luis, La Pampa, Río Negro, Neuquén, Santa Fe, Córdoba, Chubut, Buenos Aires y Tierra del Fuego —y temo olvidar alguna otra—), y de otros países de América (hubo participantes de Bolivia, Colombia, Perú, Brasil, Uruguay, Paraguay, México, Chile y Venezuela) y del mundo (invitados de China, Estados Unidos, España, Italia y Alemania) participaron como panelistas, conferencistas y ponentes.

Más de cuatrocientos profesionales y estudiantes siguieron las alternativas de los paneles y conferencias colmando, por momentos, la capacidad del Aula Magna de la Facultad de Derecho y las aulas asignadas a las Comisiones de Trabajo.

.....

(1) Director Académico del CEEP.

Las conferencias y los paneles suministraron interesante información sobre los temas principales del Congreso. El problema de la implementación del Mecanismo Nacional de Prevención Contra la Tortura en el país y en la región, la relación entre los medios de comunicación social y la ejecución penal, la problemática del cupo carcelario, del trabajo en la cárcel, el tratamiento penitenciario (si puede haber algo con tal nombre, como bien lo destacara Borja Mapelli Cafarena en su intervención), la ejecución penal de los crímenes hediondos en Brasil y de los delitos aberrantes en la Argentina, el régimen disciplinario al que están sometidas las personas privadas de su libertad, su educación y asistencia de pre libertad y pos penitenciaria fueron algunos de los temas que trataron las distintas comisiones de trabajo.

La función del Grupo Amplio Salvatablas, Elenco de Teatro Espontáneo, integrado por personas privadas de su libertad, le brindó carnadura humana a los temas debatidos proponiendo enfoque artístico de la problemática de reinserción en un caso peculiar.

El Congreso se inauguró con la presentación de los resultados de la investigación "Ataques a la Independencia Judicial y su Impacto en la Prisión Preventiva en la América Latina" a cargo de la abogada Katya Salazar, Directora Ejecutiva de la Fundación para el Debido Proceso, y con las exposiciones del Magíster Mariano Gutiérrez, Investigador del Instituto Gino Germani, y del abogado Miguel La Rota, investigador de De Justicia, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad de Colombia. Dicha apertura fue coordinada por Anabella Museri, del Centro de Estudios Legales y Sociales de Argentina, quien junto al relator, Licenciado en Psicología Roberto Casanova, integrante de este Centro de Estudios, lograron ajustar la actividad al estricto cronograma, permitiendo que los asistentes efectuaran preguntas sobre algunos hallazgos de la investigación, lo que dio lugar a un rico intercambio —hoy disponible en la web ceep.com.ar—.

Excusó su inasistencia la defensora del público, la licenciada Silvia Ottaviano, que debió participar de la audiencia pública Convocada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación con motivo del cuestionamiento que hoy impide la aplicación plena de la ley de medios, el Dr. Beinusz Szmukler también debió presenciar dicha actividad, por lo que no pudo asistir.

Estimamos que la finalidad del Congreso Internacional de Ejecución Penal se ha cumplido, como lo prueba esta publicación de sus principales frutos.

Estímulo educativo

Discusiones acerca de la forma de computar las reducciones. Su aplicación respecto de los extranjeros sujetos a extrañamiento

por **MARTÍN FIUZA CASAIS**⁽¹⁾

I | Introducción

A partir de la reforma del art. 140 de la ley 24.660, el legislador instauró un discutido sistema de estímulos dirigido a aquellos detenidos que lleven a cabo actividades educativas durante el cumplimiento de la pena privativa de la libertad.

La clara incitación a una mayor participación del condenado en áreas de capacitación, tanto en las diferentes etapas educacionales como en el aspecto formativo profesional, fue plasmado mediante una redacción difusa, de escasa claridad, que inmediatamente conllevó a reacciones interpretativas que oscilaban entre su inaplicación y una extensión que abarcaba todo beneficio liberatorio, sea transitorio, condicional o definitivo.

Esta disputa hermenéutica desplegó diversos y profusos comentarios doctrinarios. En primera instancia, los jueces de ejecución penal han arribado a exegesis disímiles.

.....

(1) Abogado (UNLZ). Prosecretario letrado de la Defensoría General de la Nación. Titular de la Unidad de Letrados Móviles de Ejecución Penal ante los Tribunales Orales en lo Penal económico.

A modo referencial, la controversia consistía en la determinación del alcance de las reducciones establecidas por el estímulo educativo. Específicamente, las opciones son: si se aplica al adelantamiento temporal del avance en el régimen de progresividad penitenciario —al periodo de prueba—; si el requisito temporal de las salidas transitorias, por su inclusión dentro de este periodo debe ser objeto de este avance; si la libertad condicional constituye un periodo de la progresividad y, por último, si la libertad asistida es absorbida por el sistema de estímulos.

La controversia fue tratada por diferentes salas de Casación Penal. La sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal (CNCP) afirmó que "Por ello es que considero que las previsiones del art. 140 de la ley 24.660, deben contemplar a todos los institutos que forman parte del sistema progresivo de la ejecución de la pena pues, en definitiva, la reducción de los plazos allí establecidos no hace otra cosa que modificar cualitativamente el cumplimiento de la pena", CNCP, sala II, "Albarracín, Ezequiel s/rec. de Casación", registro 20.479, y "Carabajal, Claudio Ezequiel s/ rec. de Casación", registro 20. 480, ambas del 26/09/2012.

La sala IV en el fallo Guzzetti, "Claudio Aníbal o Navarro, Juan Manuel Emiliano s/recurso de casación" del 14/08/12, causa n° 15.049, se pronunció en tal sentido.

La sala I, en último lugar, admitió la aplicación amplia del incentivo, el pasado 22 de marzo de 2013, en el fallo "Brossio, Gastón D. s/ recurso de Casación", con el voto, ahora favorable del Dr. Madueño, modificando su posición en pronunciamientos anteriores como miembro de la sala III.⁽²⁾

Eso ha llevado a que algunos jueces de Ejecución Penal hayan modificado posturas contrarias, y se expidieran favorablemente al respecto. Así, se dijo que

"...en la actualidad se cuenta a favor de la aplicación de la mentada ley, con opinión concordante y coincidente de siete

(2) La sala III rechazó la impugnación deducida en la causa "Recio Maciel", con voto concurrente de Madueño, Righi y Catucci. CNCP, "Recio Maciel. Celso Eric s/ recurso de casación", c/ 15.422, rta. el 06/06/2012, reg. 765/12.

de los camaristas que integran la Excma. Cámara Federal de la Casación Penal, en el caso, los Dres. Madueño, Cabral, Ledesma, Slokar, Borinsky, Hornos y Gemigniani, que conforman mayoría en tres de las cuatro Salas de ese Tribunal(...) En ese marco, dadas las circunstancias mencionadas en cuanto a que de la sumatoria de votos en favor de la aplicación de la norma cuestionada nada hace presumir que pudiera existir un cambio de esa jurisprudencia, es que, estimo que tal posición se ha convertido —sin serlo formalmente— en un plenario sobre la materia, debiendo ser acorde mi decisión con las directivas allí impartidas”.⁽³⁾

Como ya fue resumido, la doctrina se ocupó rápidamente de interpretar el alcance de la ley 26.695, a raíz de la difusa redacción del texto legal y las contradicciones que, inmediatamente, surgen de su lectura. Por lo tanto, el estudio de las diversas posturas jurisprudenciales y doctrinales no será objeto de este artículo.

Aclarado el ámbito de aplicación material del estímulo, sobrevienen otras cuestiones en cuanto a su determinación y duración, en lo que atañe a su influencia sobre la ejecutividad de la sanción penal. En conclusión, en la forma que se materializa este aliciente en la realidad.

En ese orden de ideas, no ha resultado hasta hoy una labor simple determinar la naturaleza y extensión de los cursos que pueden ser objeto del incentivo educativo; tampoco la forma que deben conjugarse las diferentes rebajas previstas entre los montos establecidos por el art. 140. Pero también es necesario delinear la forma de actuación de las magistraturas frente a una solicitud en tal sentido.

Por último, resulta interesante graficar la posición del condenado extranjero que resultará indefectiblemente extrañado, conforme lo establece el art. 64 de la ley 25.871 —y, por ende, no accederá a los beneficios de salidas transitorias o libertad condicional— y estudiar la viabilidad de adelantar el requisito temporal previsto para su expulsión judicial en base a los éxitos educativos logrados.

(3) Juzgado Nacional de Ejecución Penal n° 4, “CJM s/ ejecución de pena”, 12/04/2013.

2 | Forma de tramitación y diversas consideraciones previas

2.1 | La norma penal

Las reducciones se encuentran explicadas en el art. 140 de la ley 24.660:

"Estímulo educativo. Los plazos requeridos para el avance a través de las distintas fases y períodos de la progresividad del sistema penitenciario se reducirán de acuerdo con las pautas que se fijan en este artículo, respecto de los internos que completen y aprueben satisfactoriamente total o parcialmente sus estudios primarios, secundarios, terciarios, universitarios, de posgrado o trayectos de formación profesional o equivalentes, en consonancia con lo establecido por la ley 26.206 en su Capítulo XII: a) un (1) mes por ciclo lectivo anual; b) dos (2) meses por curso de formación profesional anual o equivalente; c) dos (2) meses por estudios primarios; d) tres (3) meses por estudios secundarios; e) tres (3) meses por estudios de nivel terciario; f) cuatro (4) meses por estudios universitarios; g) dos (2) meses por cursos de posgrado.

Estos plazos serán acumulativos hasta un máximo de veinte (20) meses".

Así, en esta enumeración de los montos pasibles de ser disminuidos surgen varias dudas al respecto de la forma que deben aplicarse y que intentaré deducir.

2.2 | Momento de aplicación

Es claro que el estímulo educativo es aplicable en principio para aquellos detenidos que se encuentren inmersos en el régimen penitenciario progresivo, es decir aquellos que se encuentren sentenciados o que, aún procesados, se hayan incorporado voluntariamente a dicho régimen (REAV).⁽⁴⁾

(4) El régimen de ejecución anticipada voluntaria se encuentra previsto en el art. 35 y subs. del dec. 303/96 y reza que: "El procesado que en el último trimestre calificado haya merecido comportamiento Muy Bueno, trabaje con regularidad, si hubiere ocasión, y asista a los cursos

Luego, la evolución de los condenados en el ámbito educativo, su participación en talleres o cursos y demás actividades conducen a una constante actualización e incremento de las reducciones que puede materializarse a lo largo de la condena.

En lo que concierne a los detenidos procesados, su incorporación al régimen de penado voluntario es indispensable, dado que el estímulo educativo sólo surte efecto dentro del régimen de progresividad. El art. 11 de la ley 24.660 consagra la aplicación de los principios básicos de la ejecución también para aquellos sometidos a proceso penal.

Pero para que su aplicación sea viable, debe existir una medida temporal que permita distinguir el acceso del procesado a los periodos del tratamiento penitenciario, es decir, una pena específica que no haya adquirido firmeza. De no ser así, esa medida temporal será el *quantum* máximo previsto para el delito imputado.

Cumplidos esos requisitos, permitiría sin lugar a dudas, por ejemplo, el adelantamiento de la excarcelación en los términos del art. 317 CPPN, o del art. 54 de la ley 24.660.

Debe, aún a riesgo de ser obvio, aclararse que todos los estudios que el interno haya realizado en calidad de procesado y sin que haya mediado su pertenencia al REAV, en el caso de ser posteriormente condenado, deben ser igualmente tomados en cuenta para la disminución del art. 140.⁽⁵⁾

2.3 | Grado de implicancia en los cursos

El legislador ha utilizado la conjunción “completar y aprobar” para definir la participación del condenado con la actividad educativa desarrollada. Entonces, es dable admitir que no sólo se debe registrar la asistencia a las clases sino también que se conforma, en este caso, una clara obligación de

que tenga pendientes para cumplir con la educación legalmente obligatoria podrá solicitar, por única vez, su incorporación anticipada al régimen de ejecución de la pena”.

(5) La ley 26.695 consagra en su art. 137 que: “Desde el momento mismo del ingreso se asegurará al interno su derecho a la educación, y se adoptarán las medidas necesarias para mantener, fomentar y mejorar sus capacidades e instrucción”.

resultado, toda vez que en el caso que los exámenes y evaluaciones sean reprobados, ese curso no podría ser incluido para las eventuales reducciones.

Ahora bien, lo cierto es que, como en todo objetivo inserto en el programa de tratamiento individual, es discutida la estricta sujeción de la declaración del cumplimiento a un resultado que, en muchos casos, no depende de la estricta voluntad del condenado, sino que se sujeta a factores aleatorios ajenos a su persona.

¿Qué sucedería en el caso de que un sentenciado asista reiteradamente a clases y falle, con la misma frecuencia, todos sus exámenes? Podría producirse una doble frustración: el incumplimiento de un objetivo y la posible obstaculización del avance en el régimen de la progresividad, como también el impedimento respecto de una disminución del tiempo previsto para los periodos del mismo régimen.

El mandato “completar” también da lugar a una disyuntiva pues puede significar que los estudios deben ser completados intramuros —es decir, atravesados íntegramente en detención—, o referirse a los supuestos en que los condenados que hubieran acreditado estudios ya evaluados previamente a su detención, los culminen en la etapa en prisión.

Por ejemplo, un condenado acredita estudios secundarios hasta el último año, y sólo adeuda un par de materias al momento de su detención. Con sólo aprobarlas, debería terminar la etapa y obtendría una reducción de tres meses.

2.4 | Total o parcialmente

La norma se establece “respecto de los internos que completen y aprueben satisfactoriamente *total o parcialmente* sus estudios primarios, secundarios, terciarios, universitarios, de posgrado o trayectos de formación profesional o equivalentes, en consonancia con lo establecido por la ley 26.206 en su Capítulo XII”.

Ahora bien, la aprobación de los contenidos de cualquier materia de los diversos niveles de escolaridad difícilmente puedan ser satisfactoriamente completados y aprobados en forma parcial. Por eso es complicado entender la dirección que el legislador ha buscado con esta salvedad.

Puede dilucidarse que esa parte del texto legal es introductoria a la clasificación, más específica, que se realiza más adelante en la norma, en los incisos que enumeran los posibles montos correspondientes a cada logro. Ergo, una aprobación parcial significa que cada ciclo que compone la escolaridad secundaria, implicaría la reducción de un mes respecto del avance progresivo.

Otra discusión podría enraizarse cuando ese cumplimiento parcial se ha suscitado por razones ajenas a la voluntad del condenado. Así, podría ser que un abrupto traslado le impida continuar con el curso iniciado, o que el cumplimiento parcial esté vinculado a problemas de salud u otras de las varias intercepciones que se generan en el ámbito carcelario.

De no ser así, no creo que la concurrencia a cursos que no hayan sido completados, sea por propia voluntad, falta de involucramiento y aún por reprobación de los exámenes, deba ser incluido dentro de las disminuciones en el avance a la progresividad.

2.5 | Actuación primigenia: administración penitenciaria o autoridad judicial

No hay lugar a discusión respecto a que el legislador, si algo ha dejado claro, es que la educación de la persona privada de la libertad se ha erigido en la cúspide de las actividades propensas a una reinserción social efectiva. Relegada de la tríada de las actividades insoslayables establecidas en el art. 5 de la ley 24.660 (trabajo, convivencia y respeto de los reglamentos carcelarios), adquiere un lugar preponderante en la actualidad.

La instauración del programa de objetivos individuales (PTI), la incorporación al REAV; la incorporación a las diversas fases, las calificaciones trimestrales, y casi la totalidad de los actos que conforman la situación progresiva del condenado, tienen su génesis en la valoración penitenciaria, como órgano directo de la percepción de la vida intramuros.

El llamado principio de judicialización, consagrado en los arts. 3 y 4 de la ley 24.660, posterga la actuación judicial para el caso que se compruebe una afectación de los derechos del condenado, de manera ya incuestionable, sobre cualquier decisión emitida por las autoridades penitenciarias.

Pero no resulta óbice para una intervención directa del Juez Ejecutivo, en el caso de que así lo considere.

Varios tribunales han reaccionado ante el llamado a intervenir respecto del estímulo relegando la actuación a una obligatoria participación del Consejo Correccional en pleno, a fin de que se pronuncie acerca de las reducciones. Esto parece exceder el marco de análisis al que debe someterse la posible reducción, toda vez que no se trata de evaluar integralmente la situación del condenado para su viabilidad, sino su desarrollo en el área educativa. ¿De que sirve la opinión —favorable o negativa— de la división trabajo?; ¿en qué afectaría las conclusiones en el área médica o social?

La respuesta es clara: cuando se analiza la aplicación del estímulo educativo, en realidad se lleva a cabo una evaluación anticipada del condenado respecto del beneficio más próximo, y ello es erróneo. Es decir, el estímulo educativo será procedente independientemente de que su incorporación a prueba o las eventuales salidas transitorias lo sean, en base a los requisitos regulados.

No soy contrario a que el veredicto original sea delegado a la administración y a que se intente contar con un consejo de la autoridad penitenciaria, pero ello siempre bajos especificaciones concretas en cuanto al tema que se le lleva a estudio y con la restrictiva participación de las áreas interesadas. Su incorporación a los beneficios es otra discusión posterior.

2.6 | Estímulo educativo y objetivo al área educativa

El art. 5 de la ley 24.660 establece al trabajo, la convivencia y la observancia de los reglamentos carcelarios como actividades insoslayables para los internos. La educación fue dejada de lado en esa tríada de obligaciones y la participación en el área educativa es considerada voluntaria.

Ahora bien, el nuevo art. 133 de la ley 24.660 impone que todos los internos deben cumplimentar la escolaridad establecida como obligatoria en la ley 26.062.⁽⁶⁾

(6) El art. 16 de la ley 26.062 reza en su inicio que “La obligatoriedad escolar en todo el país se extiende desde la edad de cinco (5) años hasta la finalización del nivel de la Educación Secundaria...”.

Se ha discutido si la reforma introducida modifica sustancialmente lo normado por el art. 5 de la ley 24.660 y erige a la educación como una acción imprescindible para los detenidos, más allá de su voluntariedad al respecto.

Axel López y Valeria Jacobuzzio son terminantes al respecto: consideran que la obligatoriedad no puede recaer sobre el interno y que sólo alcanza a la administración, que debe agotar los medios para "fomentar el deseo del interno a estudiar, a persuadirlo constantemente para que lo haga, y a brindarle los instrumentos necesarios para ello".⁽⁷⁾ También Delgado se inclina en ese sentido.⁽⁸⁾

Ahora bien, más allá de la trascendencia que ahora se le otorga legalmente, no puede olvidarse que los objetivos educativos conformaban, previo a la sanción, una parte muy importante del programa de tratamiento individualizado.

Sin embargo, Flavia Vega descubre tras esta voluntariedad un velo que oculta la verdadera naturaleza coercitiva del Estado sobre el detenido-alumno. En tal sentido, argumenta con razón que si bien éste puede rechazar las ofertas educativas y negarse a cualquier participación en el área educativa, eso incidirá en forma negativa, una y otra vez, en su calificación conceptual y, por ende, en el acceso a fases y periodos de la progresividad.⁽⁹⁾

Esta interesante discusión se diluye, a mi entender, cuando se interpreta al incentivo educativo, por más encomiable que sean los fundamentos que sus subrayados títulos proclamaron, como lo que verdaderamente constituye: una reducción del encierro carcelario en su máxima expresión. A partir de la reforma, las libertades condicionales o las salidas transitorias son obtenidas por el estímulo educativo y en el ambiente carcelario reina

(7) LÓPEZ, AXEL e IACOBUZZIO, VALERIA, *Educación en la Cárcel. Un nuevo Paradigma en la ejecución de las penas*. Ley 26.695, Bs. As., Fabián Di Plácido Editor, 2011, pp. 29/30.

(8) DELGADO, SERGIO, "Estímulo educativo: la correcta hermenéutica gramatical y teleológica del adelantamiento de los plazos de la progresividad penitenciaria", en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, n° 5, mayo de 2012, Bs. As., Abeledo-Perrot, pp. 816/831.

(9) VEGA, FLAVIA, "Un desafío a la parquedad impresa en las teorías 're': Ley 26.695. ¿Empezará la educación a ser un derecho para los privados de libertad?" [en línea], <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2012/06/ejecucion08.pdf>. Última consulta 09/09/2013.

una nueva forma de liberación. Entonces, si el estudio es obligatorio para el interno, lo es porque, con su concesión, su reingreso a la sociedad se anticipa; y ese es su principal objetivo, su misión, dentro de un establecimiento carcelario. Y si se rechaza su aplicación, la sensación de opresión y encierro será, inevitablemente, incrementada.

Sin embargo, nacen interrogantes que merecen ser contestados. En primer lugar, ¿los estudios pasibles de ser incluidos respecto del cómputo reductor deben ser aquéllos diagramados en el programa de tratamiento individual? O bien puede suceder que no siendo acatados los objetivos del programa de tratamiento individual —pues la escolaridad primaria y secundaria constituyen una actividad voluntaria—, el condenado lleve a cabo otros cursos, por propia voluntad, quizás no trascendentales para su reinserción social, con la intención de obtener una quita en el avance progresivo.

No parece ser compatible con las estructuras dogmáticas que sostienen a la reforma que un tratamiento estancado por incumplimiento de las metas educativas sea adelantado por la aplicación de la reducción, sobre todo, en lo que concierne al periodo de libertad condicional.

Sobre este punto, ampliaré mi opinión. La observancia de los objetivos del área educativa repercutirá en la calificación conceptual. Su transgresión, por lo tanto, incidiría negativamente y, al menos, motivaría la repetición de esos puntajes. Bajo esa lógica, un sentenciado que no acate el plan trazado en el programa de tratamiento individual —para su capacitación— difícilmente pueda reunir los guarismos necesarios para ser incorporado al periodo de prueba. Por ende, por más que se obtenga la disminución del requisito temporal para ese periodo, carecería de otro presupuesto fundamental.

En cambio, la libertad condicional carece de requisitos numéricos y es dable que aun bajo esta discordancia entre incumplimiento de los objetivos formativos y aplicación favorable del estímulo educativo por la aprobación, por ejemplo, de cursos de formación profesional, el beneficio liberatorio sea procedente y concedido.

He aquí donde considero que el espíritu del instituto no debe erigirse como un mecanismo de aplicación automática —por el riesgo de conver-

tirse en una simple operación aritmética tendiente a garantizar egresos anticipados, promociones adelantadas, etc.—, sino como aquello que, por suerte sí de forma clara, el legislador ha querido instaurar: el real acceso de los condenados a los diferentes niveles educativos, sin que ello sea una epopeya de imposible cometido.

Para ello, es imperiosa la coordinación de los equipos educativos de cada establecimiento no sólo en la determinación de los estudios conseguidos extramuros por los sentenciados, sino en la implementación de un verdadero plan de estudios universal en todas las unidades del país. Por ende, cumplido ello, sería viable la aplicación de un estímulo educativo que cojuge el acatamiento de los objetivos del área de educación —planificados en base a la historia educativa y criminológica del condenado— y, oportunamente, el consentimiento del detenido.

2.7 | Aplicación retroactiva. Distintas penas

En este punto, el interrogante que se plantea se reduce a determinar el efecto retroactivo de la ley, no sólo dentro del segmento temporal de la sanción penal que el condenado purga, sino respecto de penas ya extinguidas que no han sido unificadas.

El art. 2 de la ley 26.695 reza en sus disposiciones transitorias que “El régimen del art. 140 será aplicable a toda persona privada de su libertad, que haya logrado las metas previstas con anterioridad a su sanción”.

No parecería simple la respuesta, pues traer a colación viejos logros educativos en caso de multi-reincidencia, o de condenados con frondosos antecedentes podría simplemente eliminar al estímulo propiamente dicho, su misma razón de ser. En ese sentido, sentenciados que hayan purgado penas de importante cuantía podrían reducir su acceso a beneficios liberatorios, o avanzar rápidamente en la progresividad, sin necesidad siquiera de demostrar nuevos éxitos en el área, durante el cumplimiento de la pena actual.

Pero, por otro lado, no podemos olvidarnos del principio de la ley penal más benigna y la admisión de sus efectos retroactivos en caso que sean más favorables al reo. Para el caso, la trascendencia de este principio, y el silencio del legislador, que no es presumible, parecen acabar con cualquier interferencia que se pretenda enquistar para su denegación.

3 | El alcance de las reducciones. Distintas interpretaciones

Como señalamos, los montos a reducir por la aplicación del estímulo educativo son los siguientes según la ley:

- a. un (1) mes por ciclo lectivo anual;
- b. dos (2) meses por curso de formación profesional anual o equivalente;
- c. dos (2) meses por estudios primarios;
- d. tres (3) meses por estudios secundarios;
- e. tres (3) meses por estudios de nivel terciario;
- f. cuatro (4) meses por estudios universitarios;
- g. dos (2) meses por cursos de posgrado.

Estos plazos serán acumulativos hasta un máximo de veinte (20) meses.

El ciclo educativo fue cubierto en toda su extensión y en todos los niveles por el legislador. Así, se estimula el avance tanto por la escuela primaria, secundaria, terciaria, universitaria y los cursos de posgrado.

3.1 | Inc. a) ciclo lectivo anual

La primera opción contemplada es la reducción de un mes por ciclo lectivo anual. Es decir, la aprobación y avance el condenado a un siguiente nivel de escolaridad le proporciona el descuento de un mes del avance en la progresividad. No parecería traer mayores conflictos interpretativos, pero en los casos de carreras terciarias o universitarias, cuyas materias son dictadas por docentes de institutos o universidades, la situación se complejiza.

En ese sentido, cada ciclo lectivo se estructura en un programa que enumera las asignaturas que lo conforman. Pero, recordemos, el ámbito carcelario posee restricciones de diversa índole que impiden un desenvolvimiento académico en iguales condiciones que en la vida libre. Por ende, muchas veces, se torna imposible dictar las materias que componen un periodo anual, y se le concede al condenado la posibilidad de participar

en menos asignaturas.⁽¹⁰⁾ En estos casos, la reducción procedería de igual forma, toda vez que los impedimentos administrativos no pueden redundar en contra del condenado.

Otras veces, puede suceder que el interno comience su desempeño en el área educativa avanzado ya el calendario escolar. Evidentemente, desde su inicio hasta el final del año, no podría cumplir con el requisito legal. Es por eso que la terminología “ciclo lectivo anual” debe ser interpretada, en estos supuestos, como la participación del interno por un periodo de un año ininterrumpido de logros educativos.

3.2 | Cursos de formación profesional

La ley 26.058, denominada Ley de Educación Técnico Profesional, en su art. 8 reza que

“La formación profesional tiene como propósitos específicos preparar, actualizar y desarrollar las capacidades de las personas para el trabajo, cualquiera sea su situación educativa inicial, a través de procesos que aseguren la adquisición de conocimientos científico-tecnológicos y el dominio de las competencias básicas, profesionales y sociales requerido por una o varias ocupaciones definidas en un campo ocupacional amplio, con inserción en el ámbito económico-productivo”.

Por su parte, su art. 17 indica que

“la formación profesional es el conjunto de acciones cuyo propósito es la formación sociolaboral para y en el trabajo, dirigida tanto a la adquisición y mejora de las cualificaciones como a la recualificación de los trabajadores, y que permite compatibilizar la promoción social, profesional y personal con la productividad

(10) Tal es el caso de la Tecnicatura Superior en Administración con orientación en Pymes dictada en la Unidad N° 12 del SPF, dependiente del CENT 40 de la ciudad de Viedma, Provincia de Río Negro. Por razones de horarios e interferencia con otras actividades y talleres, las materias del primer ciclo fueron fraccionadas y el desempeño anual de los internos se cuestionó por incompleto, pese a que cursaron y aprobaron la totalidad de las materias ofrecidas dentro de la tecnicatura.

de la economía nacional, regional y local. También incluye la especialización y profundización de conocimientos y capacidades en los niveles superiores de la educación formal”.

Dirigida a fortalecer y perfeccionar conocimientos ya adquiridos, la capacitación en el aspecto formativo es complementaria al proceso educativo propiamente dicho. Es clave esta aclaración pues el monto previsto para la rebaja por la aprobación de un curso de formación profesional equivale a dos meses y duplica a aquella obtenida por un curso lectivo anual. Esto, indudablemente, pesará al momento de inclinar el interés de un interno, dado que, por ejemplo, restándole dos años de cumplimiento de pena, resultaría más beneficioso llevar a cabo dos cursos distintos de formación profesional, que cursar dos años de escolaridad en el nivel que sea.

Sin embargo, lo primero que habría que dilucidar es si todo curso que se dicta intramuros reviste el carácter de formativo profesional o, por el contrario, la aplicación del estímulo educativo implica también que los jueces realicen un análisis de las características de cada capacitación.

Es decir, que bajo una política coherente y razonada, cualquier curso o taller que se dicte en el marco del cumplimiento de una pena privativa de la libertad, debe tender a la capacitación específica del sentenciado respecto de un determinado arte, oficio, profesión o proporcionar herramientas que permitan adquirir conocimientos —si bien no específicos, generales—, tendientes a su reinserción laboral.

Recordemos que si bien la educación se encuentra reglada como una actividad voluntaria, la implementación de las acciones educativas, por ende del programa educativo, se encuentra a cargo del Ministerio de Educación (art. 138 de la ley 26.695), es decir las materias son propuestas desde el área correspondiente. Por ende, no se trata de una elección libre de los internos su participación en los talleres educativos. No sería lógico que desde el propio Estado se dicten materias cuyos contenidos carezcan de los requisitos definidos en la ley.

En conclusión, todo curso que se dicte intramuros es un curso de formación profesional toda vez que, de no ser así, se estaría convalidando actividades sin contenido, ociosas, de mera distracción sin ninguna dirección preventiva, que reduciría al cumplimiento de la pena al mero paso del tiempo.

3.3 | Anual o equivalente

No resulta tarea fácil dilucidar lo que ha buscado el legislador al fijar la duración que los cursos de formación profesional deben tener para ser considerados respecto del avance dentro del régimen progresivo.

Es claro que un curso anual es compatible con la descripción normativa, pero lo cierto es que la propia realidad carcelaria, sujeta constantemente a cambios de alojamientos internos, traslados de establecimiento, etc., impiden el desarrollo de procesos educativos de esa extensión por lo que es común enfrentarnos con cursos dirigidos a la capacitación laboral que se han prolongado a lo sumo un semestre; la mayor parte es cuatrimestral y muchos de ellos son dictados por bimestre.

La posición correcta, a mi entender, permitiría sumar la duración de los cursos hasta que alcance una continuación de, al menos, ocho meses para ser tomados en cuenta como un segmento anual, porque debe descontarse el receso vacacional.

El desarrollo anual de las actividades, sin embargo, no debe ser interrumpido, continuo; el fraccionamiento puede componerse de contenidos cursados o aprobados en forma esporádica durante el cumplimiento de la pena; o bien realizados en forma simultánea. Es decir, todo curso que el sentenciado complete y apruebe debe ser sumado de acuerdo a su extensión y así arribar a su desempeño final.

La equivalencia a la que hace referencia la norma también debe ser aplicada en el caso en el que, por razones ajenas a la voluntad del interno, se haya obstaculizado intempestivamente su concurrencia a una determinada capacitación. Así, en el caso en el que, restando poco tiempo para finalizar un curso, el detenido sea trasladado, debe ser computado el tiempo que duró su participación, salvo que se asegure su continuidad en el establecimiento de destino.

3.4 | Inc. c) y d): estudios primarios y secundarios

Una vez más, el texto legal no abunda en mayores especificaciones. Una primigenia exégesis permite concluir que es la aprobación definitiva de los estudios primarios o secundarios el logro que aumenta la reducción.

La norma legal en estudio se vincula directamente con la reglada en el art. 140, inc. a), pues necesariamente para arribar a la culminación de los estudios básicos es imprescindible atravesar los tres ciclos que componen el EGB. En esta dirección, la disyuntiva consiste en determinar si el tiempo de avance por los distintos estadios del régimen progresivo es acumulable, o si la aplicación del inc. d) subsume la sumatoria de cada ciclo anual.

La interpretación más favorable sería la siguiente, ejemplificando: cuando el sentenciado inicie y complete el EGB o la escolaridad secundaria, atravesando exitosamente los diversos años, debería computarse una reducción de tres meses por cada año cursado y tres meses más por la obtención del título secundario. En total, seis meses.

Pero puede suceder, como ya lo he graficado, que el interno haya cursado gran parte de la escolaridad en libertad y sólo deba rendir algunas materias para completar el secundario, sin siquiera, quizás, completar un ciclo anual. En cuanto al derecho consagrado, y a la clara intención del legislador de enquistar a la educación dentro del tratamiento penitenciario, no importaría la cantidad de materias, por ínfimas que sean: si el interno culmina el secundario intramuros, deberá aplicarse el estímulo.

Ante estas situaciones, nace otra concepción hermenéutica: sólo sería beneficiado con una reducción de tres meses por título secundario conseguido aquel sentenciado que inicie y finalice intramuros la etapa educativa que se trate.

Lo cierto es que parece ilógico entender que no es posible adicionar a las reducciones establecidas para cada ciclo lectivo el incentivo que los incs. c) y d) otorgan a aquéllos que obtengan bajo régimen de encierro un título de educación primaria o secundaria. Si lo que se intenta incentivar es el regreso a la sociedad con herramientas o conocimientos que antes del encierro el interno carecía; si lo que se pretende es proporcionar elementos para paliar los efectos nocivos que el retorno a la vida libre genera; la estimulación debe dirigirse, indefectiblemente, a que el condenado complete exitosamente sus estudios y pueda acreditarlo fehacientemente mediante la exhibición de un documento que así lo demuestre.

4 | El estímulo educativo y los extranjeros. Su aplicación respecto del requisito temporal previsto para el extrañamiento (art. 64 de la ley 25.871)

El art. 64 de la ley 25.871 reza que

“los actos administrativos de expulsión firmes y consentidos dictados respecto de extranjeros que se encuentren en situación irregular, se ejecutarán en forma inmediata cuando se trate de: a) Extranjeros que se encontraren cumpliendo penas privativas de libertad, cuando se hubieran cumplido los supuestos establecidos en los acápites I y II del art. 17 de la ley 24.660 que correspondieren para cada circunstancia. La ejecución del extrañamiento dará por cumplida la pena impuesta originalmente por el Tribunal competente”.⁽¹¹⁾

El extrañamiento debe ser entendido como una nueva forma de extinción de la pena,⁽¹²⁾ pero diferenciarse de un derecho a favor del condenado. Si

(11) Borja Mapelli Caffarena considera al acto administrativo como expulsión impropia “ya que en este caso es preceptivo contar con el consentimiento de la persona condenada”. Ver MAPELLI CAFFARENA, BORJA, “La población extranjera en el sistema penitenciario español”, en *Cárcel, inmigración y sistema penal*, Bs. As., Ediar, 2008, p. 119.

(12) Sobre el punto, es inevitable referir que esta afirmación se encuentra actualmente cuestionada a raíz de un reciente pronunciamiento de la Cámara Nacional de Casación Penal, en el cual la Sala IV, mediante voto predominante de Borinsky, indicó que “De esta manera, el extrañamiento o la expulsión que prevé el art. 64 de la ley 25.871 tiene comienzo de ejecución en la acción del egreso del extranjero de la República Argentina, y se ejecuta totalmente al momento de cumplirse el tiempo de permanencia en el exterior previsto por el tribunal competente, el que, conforme al art. 63 de la mencionada ley, nunca puede ser inferior a cinco (5) años (...) De esta manera, Arévalo Sequeira violó la prohibición de regreso a la República Argentina impuesta el 24 de agosto de 2011 por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 24, de manera que no se ejecutó el extrañamiento, y, por ende, no se extinguió la pena de tres años y seis meses de prisión impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 24 de la Capital Federal como consecuencia de considerarlo autor penalmente responsable del delito de robo agravado, en grado de tentativa”(CNCP, S IV, “Arevalo Sequeira, Héctor Raphael s/ recurso de casación”, rta. el 15/5/2013. Este criterio fue receptado por Jueces de Ejecución Penal. Así, el 29 de agosto de 2013, en el legajo 187.851, caratulado “Vittete Sellanes, Luis Mario s/ extrañamiento”, el Juzgado

bien la norma penal exige una orden administrativa de expulsión, firme y **consentida**, presupuesto que parece otorgarle al sentenciado cierto ámbito de decisión, lo cierto es que la potestad es originariamente administrativa y, posteriormente, jurisdiccional.

Asimismo, el extrañamiento es un acto indiscutiblemente sancionatorio, pues refleja una clara intención del Estado de expeler de su territorio a ciudadanos extranjeros en conflicto con la ley penal.

Tal es la importancia de esa política, que el Estado renuncia a los objetivos resocializadores que caracterizan la ejecución de la pena privativa de la libertad. Por ende, y aún cuando ese proceso de reinserción social sea extraño a nuestro país, lo cierto es que “el interés final del Estado es devolver a la mujer a su país de origen y prohibirle el reingreso a nuestro territorio, es evidente que la mitad de la pena que pretende hacer cumplir solo puede motivarse en fines retributivos o preventivo generales, que nuestro programa constitucional no tolera en la etapa de ejecución”.⁽¹³⁾

Para evitar que la pena se transforme justamente en una mera retribución, en un castigo que compense el daño ocasionado, y que se aparte de una dirección de reinserción social al menos durante la porción de la pena a cumplir, es imperioso que se erijan métodos eficaces de estímulo y promoción para los condenados extranjeros.

Antes de continuar, debe subrayarse que

“el concepto civil o jurídico formal de extranjero es a la vez, excesivamente amplio y excesivamente limitado para abarcar

de Ejecución Penal N° 4 mantuvo la fecha de expiración de la pena original hasta tanto no se compruebe el reingreso del extrañado durante el tiempo fijado. Esta decisión, que merece la debida atención, es *a priori* cuestionable, pues si la sanción penal impuesta no se extingue con el extrañamiento, entonces indefectiblemente el extrañado la continúa cumpliendo sin ningún tipo de reglas de conducta o control sobre su comportamiento. Sin embargo, cabe hacer notar que en el resolutorio se puso de relieve la necesidad urgente de una reforma legislativa que subsane la inexistencia de una penalidad respecto de la vulneración de la prohibición de reingreso.

(13) ALDERETE LOBO, RUBÉN, “La expulsión anticipada de mujeres extranjeras presas con sus hijos. (Una alternativa para evitar el encarcelamiento de los niños o la separación de estos de su madre, cuando la prisión domiciliaria no es una opción posible)”, en *Violencia de Género. Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*, Bs. As., Ministerio Público de la Defensa y Embajada Británica de Bs. As., 2012, p. 270.

la población reclusa con problemas específicos por este motivo. De cara a dar una respuesta a quienes son ajenos a nuestro país, debemos considerar en un sentido global que muchos extranjeros afincados desde hace tiempo (...) no sufren problemas por razones de nacionalidad. Son personas que tienen un aceptable nivel de integración social y familiar y, consiguientemente, podrán reinsertarse en la sociedad una vez que abandonen la prisión. (...) debemos trabajar con el concepto material de extranjero, entendiendo por tal a aquellas personas que son ajenas a nuestro país debido a que han permanecido alejado de él la mayor parte de su vida y no tienen en el mismo ningún vínculo de lo que sirven de parámetros para valorar el grado de inserción".⁽¹⁴⁾

Se puede decir que el requisito temporal establecido para las salidas transitorias resulta pasible de ser adelantado mediante la aplicación del estímulo educativo; y que durante ese tiempo, hasta que opere la mitad de la pena y el extrañamiento, el condenado podría usufructuar salidas transitorias. Esto está claro. Hasta podría suceder que un alto desempeño académico y/o formativo arrojará un avance en la progresividad que permitiera el acceso del condenado a la libertad condicional aún antes de que se registre la fecha de la expulsión.

Pero no olvidemos que, necesariamente, una buena parte de los condenados que consienten su expulsión carecen de vínculos familiares o lazos afectivos que permitan los llamados criterios de radicación y la obtención de una autorización de permanencia con miras a ser definitiva por parte de la Dirección Nacional de Migraciones. Por ende, difícilmente cuenten con referentes que vivan en un domicilio "aprobado" por el servicio social o los magistrados, donde usufructuar los egresos transitorios o donde fijar residencia para una libertad anticipada.

Siguiendo esos lineamientos, he de referirme al impacto que tiene el tratamiento resocializador implementado por la ley de la pena privativa de la libertad para los foráneos; y demarcar algunas de las diferencias que se suscitan con los sentenciados nacionales sujetos al régimen progresivo.

(14) MAPELLI CAFFARENA, BORJA, *op. cit.*, p. 112.

En primer lugar, el sistema ambivalente (conducta y concepto) de calificaciones trimestrales no resulta ser un aliciente para su evolución, toda vez que los guarismos calificatorios no influyen en su extrañamiento. A pesar de que pueden ser ponderados en otros “privilegios”,⁽¹⁵⁾ como el acceso a un régimen de autodisciplina, lo cierto es que mientras le permitan mantener su lugar de detención, la calificación obtenida carece de mayor trascendencia en su estadía intramuros.

Aun así, si las barreras idiomáticas y culturales fuesen superadas; si lograsen cumplir los objetivos propuestos para su inclusión en el periodo de prueba —acto trascendental para los argentinos porque implica la morigeración del encierro hacia regímenes de autodisciplina—, el acceso a las salidas transitorias, la incorporación a la semilibertad o salidas por estudio, la incorporación al mentado periodo puede resultar un acto trivial y, en algunos casos, hasta contraproducente. Por ejemplo, tomando como escenario el Módulo V del CPF I, destinado a detenidos angloparlantes, es común afrontar peticiones consistentes en descartar todo ascenso al periodo de prueba por temor a ser alojados en colonias penales de mínima seguridad, como la Unidad N° 19 del SPF, o el traslado a establecimientos de mediana seguridad en el interior del país.

El cambio de alojamiento los aleja de sus representaciones consulares —que, en algunos y pocos casos, es efectiva—, interrumpe visitas de penal a penal —que, con mucho esfuerzo y paciencia, han obtenido— y, sobre todo, abre un horizonte incierto en tierras remotas, que sólo amplifican una sensación de destierro que lo aleja de un país natal.

Basta con esta versión resumida para afirmar que el legislador no tuvo en cuenta la problemática particular de los detenidos extranjeros. Cesano asevera al respecto que “La ley 24.660 y sus decretos reglamentarios contienen escasísimas disposiciones vinculadas con el estatuto jurídico de los reclusos extranjeros. Básicamente son tres los preceptos que, en forma directa, pueden incidir sobre esta categoría de internos...”⁽¹⁶⁾ y enumera los arts. 8 y 159 de la ley 24.660 y los arts. 101 a 103 del dec. 1136/97.

(15) Por ejemplo, las visitas extraordinarias o las llamadas de penal a penal.

(16) CESANO, JOSÉ D., “Extranjeros en prisión: problemática jurídica y criminológica de la cuestión en la Argentina” en *Cárcel, inmigración y sistema penal*, Bs. As., Ediar, 2008, pp. 76/77.

Esta diferenciación tan amplia ha sido sustentada por la jurisprudencia y la Cámara Nacional de Casación Penal concluyó que

“...los internos extranjeros, por su condición y características particulares, justamente no se hallan en igualdad de condiciones que los reclusos nacionales. Ello es visible si se atiende a que aquél, a diferencia de la mayoría de éstos, no tiene familiares ni amigos en el país, nuestra sociedad le es extraña y prácticamente no habla español. Tales circunstancias tornan prácticamente ilusoria tanto su resocialización como su derecho a acceder a los beneficios que le otorgan los arts. 16 y 23 de la ley penitenciaria, pues cabría preguntarse qué lazos familiares y sociales podría el enjuiciado afianzar o mejorar; qué estudios sería factible que curse; de qué programas específicos de prelibertad podría participar (art. 16, puntos II.a, II.b y II.c, de la ley 24.660, respectivamente); o qué clase de empleo podría obtener (art. 23, ídem).⁽¹⁷⁾

Bajo este panorama, es incongruente con la política gubernamental trazada pretender que se ejerzan medidas tendientes a la reinserción social de un extranjero en la sociedad argentina, cuando el mismo Estado lo ha impelido a que consienta no sólo su expulsión, sino además un compromiso de reingreso a nuestro territorio.

Ahora bien, la primera observación que efectúan los defensores de la tesis consiste en que aplicar el estímulo educativo respecto del requisito temporal previsto en el art. 64 de la ley 25.871, es legal: dicha norma directamente remite al art. 17 de la ley 24.660,⁽¹⁸⁾ estableciendo la mitad de la condena como presupuesto temporal. Por ende, si se adelanta la fecha

(17) Ver CNCP, Sala I, “Chukura O’Kasili, Nicholas s/ rec. de inconstitucionalidad” c/ 5795, rta. 28/02/2005.

(18) Art. 17 de la ley 24.660. Para la concesión de las salidas transitorias o la incorporación al régimen de la semilibertad se requiere:

I. Estar comprendido en alguno de los siguientes tiempos mínimos de ejecución:

- a) Pena temporal sin la accesoria del artículo 52 del Código Penal: la mitad de la condena;
- b) Penas perpetuas sin la accesoria del artículo 52 del Código Penal: quince años;
- c) Accesoria del artículo 52 del Código Penal, cumplida la pena: 3 años.

II. No tener causa abierta. donde interese su detención u otra condena pendiente.

prevista para los egresos transitorios, transitivamente, debe anticiparse el extrañamiento.

Dentro de la ejecución de la pena, este momento procesal —la mitad de la condena— no es antojadizo sino trascendental, dado que constituye el instante a partir del cual la pena privativa de la libertad comienza a materializar la morigeración propia de los regímenes progresivos, cuya característica principal es que su culminación debe ser el retorno del condenado al medio libre.

Es evidente que el legislador, al equiparar los requisitos temporales de las salidas transitorias y del extrañamiento, ha demarcado una bifurcación en el recorrido de la actividad punitiva del Estado en base al diseño de política criminal estratégica, teniendo en cuenta las diferentes problemáticas de grupos sociales, si bien idénticamente prisionizados, sometidos al rigor carcelario. Entonces es cuando el condenado argentino comenzaría a recibir medidas más palpables tendientes a su reingreso en el seno social, cuando para el extranjero la pena empieza a ser un despliegue de poder punitivo carente de contenido preventivo especial.

No se trata de forzar el texto legal, sino de conciliar los principios y derechos de las personas privadas de la libertad que, por su condición de extranjeros, afrontan obstáculos que impiden una verdadera implementación de un tratamiento penitenciario eficaz, que no responda sino a las particulares necesidades de quienes, por ser foráneos y por la decisión clara del Estado argentino, serán erradicados para siempre de nuestra sociedad. El momento procesal escogido es la mitad de la condena y, como lo he intentado resumir, todas las acciones fijadas como objetivos de un programa de tratamiento individualizado (art. 5 de la ley 24.660), carecen de casi toda influencia sobre la situación del extranjero en prisión.

Si bien el olvido del legislador no se presume, no puede omitirse que toda resolución que involucre la libertad del condenado debe ser adoptada sin perder de vista el principio "*favor libertatis*"

"...La incorporación a los distintos institutos previstos por la Ley, determina que la intensidad de la coerción de la sanción vaya disminuyendo, los jueces debemos resolver los incidentes con miras al denominado favor libertatis. Dicho principio, impli-

ca una garantía para el interno, que básicamente establece que ante la ausencia de certeza en una decisión de estará a lo que resulte más favorable a su libertad. En otras palabras: in dubio pro libertad. De este modo, el favor libertatis "...es un principio interpretativo que integra y complementa el ideal resocializador. A partir de allí, la pena de prisión debe valorarse de esta forma para evitar que el fin constitucional en la ejecución de la pena se vea desvirtuado".⁽¹⁹⁾

Tal como he intentado explicar más arriba, la verdadera trascendencia del estímulo educativo se refleja en la posibilidad de reducir el encierro carcelario y, desde esa óptica, debe ser vislumbrado.

Sin embargo, analizando las bases discutidas oportunamente, debe recordarse que:

"Se señaló durante el debate parlamentario de la reforma que la educación en establecimientos penitenciarios puede tener tres objetivos inmediatos, que reflejan las distintas opiniones sobre la finalidad del sistema de justicia penal: mantener a los presos o internos ocupados provechosamente; mejorar la calidad de vida en la cárcel; y conseguir un resultado útil (oficios, conocimientos, comprensión, actitudes sociales y comportamiento) que perdure más allá de la cárcel...".⁽²⁰⁾

Aun si se tiene en cuenta esta perspectiva, puede entenderse inútil que el Estado argentino afronte costos sólo para que se le brinden herramientas dirigidas a la reintegración social a una persona de cultura y raíces sumamente distintas, cuyo regreso al seno social se producirá en un país remoto.⁽²¹⁾

(19) MARTÍNEZ, SANTIAGO, "La vigencia del in dubio pro libertatis en la ejecución de las penas privativas de libertad: ¿una consecuencia del régimen progresivo?", en JA 2006-III, fascículo n° 5, Bs. As.

(20) DELGADO, SERGIO, *op. cit.*, pp. 816/831.

(21) Dice Mapelli Caffarena: "Es decir, si irremediabilmente los extranjeros en prisión van a ser expulsados del país, no tiene sentido alguno que las metas resocializadoras para este grupo se interpreten sin considerar esta circunstancia de origen extrapenitenciario. Invertir recursos de cara a un futura reinserción social en nuestro país para aquellas personas que no van a alcanzar esas metas es un despropósito que no favorece a nadie", en MAPELLI CAFFARENA, BORJA, "La población extranjera en el sistema penitenciario español", *op. cit.*, p. 145.

La previsible oposición que se desplegará casi automáticamente es que la ley no ha incluido al extrañamiento dentro del alcance del estímulo educativo, y seguramente se opondrá mayor resistencia que a la aplicación de la reducción a la libertad condicional —criterio que, con el correr del tiempo, fue alterado a fuerza de los mandatos de los Tribunales de Alzada—.

Pero, al decir de Sagues, “la tesis de la superioridad de la exégesis gramatical, a pesar de lo dicho, no es absoluta, y tiene —ella misma— válvulas de escape”. Y, entre las causales de excepción, enumera en primer lugar motivos de justicia y equidad, es decir que el texto legal puede ser apartado “para aplicar la norma con auténtico sentido de justicia y recto juicio prudencial en los casos concretos” (CSJN, fallos 322:1699, 323:212).⁽²²⁾

Desde otro punto de vista, es dable presuponer que dos personas condenadas a una sanción penal de idéntico monto, que se encuentren cumpliendo los mismos objetivos del programa de tratamiento individual, que registren las mismas calificaciones, y que atraviesen el mismo periodo y fase, por su condición de extranjero o no, accedan o vean vedados el acceso a un derecho que, desde su génesis, sería aplicable sin ninguna distinción. Flavia Vega se refirió a los problemas que una interpretación restrictiva de la ley ocasionaría y dijo que:

“Adviértase el gran equívoco o injusticia que supone entender que el legislador sólo previó el estímulo para quienes se encuentren en Confianza dentro del Período de Tratamiento (ya que serían los únicos que accederían a la disminución para avanzar al Período de Prueba, único previsto, a decir de los jueces opinantes, con requisito temporal como resabio de la Ley Penitenciaria Nacional). Reconocer que la ley solo tendría efectos sobre esta escasa, ínfima y casi inexistente población es soslayar la voluntad del legislador, presuponiendo su inconsistencia o yerro, toda vez que no existen motivos racionales para entender como beneficiario solo a este sector. Ello supondrían por lo menos que una transgresión al principio de igualdad, ya que frente a igual actividad estudiantil e igual normativa (art. 140), se estaría dando un trata-

(22) SAGUES, NÉSTOR PEDRO, “La interpretación constitucional y alquimia constitucional (El arsenal argumentativo de los Tribunales Supremos)” [en línea], http://www.iidpc.org/revistas/1/pdf/163_182.pdf.

miento diferente —sin razón de ser— a quienes se encuentren en otra instancia del régimen progresivo”.⁽²³⁾

En ese sentido, la reforma establecida por la ley 26.695, en lo que respecta al art. 137, determinó que

“El contenido de este capítulo será puesto en conocimiento de todas las personas privadas de libertad, en forma fehaciente, al momento de su ingreso a una institución. Desde el momento mismo del ingreso se asegurará al interno su derecho a la educación, y se adoptarán las medidas necesarias para mantener, fomentar y mejorar sus capacidades e instrucción. Cada vez que un interno ingrese a un establecimiento, las autoridades educativas y penitenciarias deberán certificar su nivel de instrucción dejando constancia en el legajo personal y en los registros pertinentes”.

Para el alcance de este acto formal de notificación, el legislador no hizo distinción alguna, y por ende, no es admisible el cercenamiento de su aplicación. El conocimiento indubitable de toda persona privada de la libertad (dado que el capítulo debe ser notificado apenas es detenido el que, posteriormente, será condenado) es un paso impostergable y de tamaño envergadura para que la ley importe un particularísimo procedimiento de notificación personal a cada uno de los posibles destinatarios, por sobre el procedimiento común de promulgación y publicidad de las leyes y reglamentaciones.

Entonces,

“Se refuerza el sentido de la educación como derecho que puede ser ejercido por las personas privadas de libertad, y asimismo, como obligación en cabeza de la administración respecto de la provisión de las facilidades necesarias. Con excelente criterio, el legislador ha dispuesto que los internos deban ser notificados, a su ingreso al establecimiento carcelario, del contenido de las normas que regulan su derecho a la educación...”.⁽²⁴⁾

(23) VEGA, FLAVIA, *op. cit.*, p. 15.

(24) LÓPEZ, AXEL y IACOBUIZZIO, VALERIA, *op. cit.*, pp. 42/43.

En conclusión, no es dable, posteriormente, sesgar el acceso al estímulo educativo, o someterlo a interpretaciones restrictivas que sólo le permitan a un pequeño grupo beneficiarse con el estímulo.⁽²⁵⁾

5 | Conclusiones

Como se suscitó en cuanto al ámbito de aplicación, la deficiente técnica legislativa utilizada da lugar a oscilantes exégesis respecto de la forma que deben practicarse las reducciones en el avance progresivo. Se impone, entonces, la necesidad de una reglamentación que especifique la forma de computar tales reducciones, con el objeto de evitar interpretaciones tan disímiles que afecten el derecho de igualdad.

Por el momento, todo pronunciamiento debe adecuarse al estándar de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, según el cual:

“El principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la ultima ratio del ordenamiento jurídico, y con el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal...” (Fallos 331:858).

Por tal motivo, admitiendo una vez más que el estímulo educativo constituye una forma de morigeración de la pena por sobre todas las cosas, todo cómputo que se practique mediando el adelantamiento en el régimen progresivo y/o los requisitos temporales para las salidas transitorias, debe ser interpretado bajo la perspectiva de un derecho penal mínimo, que erija a la prisionización como la última “ratio” del poder punitivo.

La aplicación del estímulo educativo opera durante todo el cumplimiento de la condena; por lo tanto, es factible su constante actualización en base

(25) Nótese que el legislador ha omitido, entre aquéllos merecedores de estímulos, a un grupo que se destaca por su evidente vulnerabilidad: los condenados primarios a sanciones menores de 3 años, que gozan de buena conducta y que carecen de antecedentes penales. En ese sentido, aquellos sentenciados a penas de escasa cuantía gozarían de la libertad condicional a los 8 meses y no podrían, *a priori*, culminar un periodo de una año de escolaridad en cualquiera de los niveles establecidos por la ley.

a los logros educativos que el interno obtenga. No es dable relegar su estudio al momento que sobrevenga una libertad transitoria o anticipada. Intervenga o no en forma primigenia la administración penitenciaria, su entendimiento es potestad exclusiva de Juez de Ejecución Penal.

Todo curso que sea dictado en un establecimiento carcelario debe ser interpretado como un curso de formación profesional. No es posible admitir, ni menos legitimar desde la jurisdicción, actividades carentes de contenido preventivo especial, tendientes a la reinserción del condenado.

Los logros formativos profesionales, fehacientemente acreditados en el área educativa, e independientemente de su duración, deben ser incluidos en el cómputo reductor, adicionándose aún en el caso en el que no se hayan llevado a cabo en forma ininterrumpida en el mismo segmento anual.

En lo que respecta a la posibilidad de anticipar el extrañamiento por aplicación del incentivo educativo, concluyo que su procedencia resultaría congruente con las bases sentadas por la política migratoria. En ese sentido, resultaría inoficioso, y hasta ilógico, ejercer medidas tendientes a la reinserción del interno en nuestra comunidad, donde se enfrentará a costumbres que le son extrañas, y cuando el Estado ha expuesto una clara intención de expeler a ciudadanos en conflictos con la ley penal.

Así, el extrañamiento incorporado a partir de la ley 25.871 alteró sustancialmente el tratamiento progresivo penitenciario diseñado por la ley 24.660, al introducir una nueva forma de extinción de la sanción penal. Por ende, los efectos resocializadores que se evidencian con mayor plenitud luego de la mitad de la condena, no alcanzan a aquellos extranjeros no residentes en nuestro país.

Para evitar una vulneración directa al *Principio de Igualdad* y dejar a salvo al foráneo de inequidades que incrementen esa sensación, el estímulo educativo debe ser contemplado, más allá de los fundamentos sobre los que se edificó su incorporación en el ordenamiento positivo, como un mecanismo reductor del encierro carcelario. De allí se deduce la posibilidad de que el extrañamiento sea adelantado en base al desempeño educativo demostrado intramuros.

Los miedos de prensa: ¿inseguridad por el delito?

por **JUAN SEBASTIÁN GALARRETA**⁽¹⁾

I | Introducción

La conflictividad que existe en la sociedad actual como consecuencia de múltiples factores (económicos, sociales, culturales y religiosos, entre otros), impone la necesidad de implementar mecanismos que permitan su superación a partir esencialmente de consensos que lleven a lograr el necesario grado de paz y el desarrollo armónico —el mayor posible— de todos en la comunidad. Solo en última instancia debería recurrirse a la utilización de la violencia por el Estado para su superación.

No obstante la descripción realizada, la incertidumbre y la consecuente inseguridad que anida en la sociedad —fundamentalmente por la promoción de expectativas de vida luego frustradas y a partir de la idea del orden absoluto en una sociedad por demás compleja—, ha creado respecto del conflicto vinculado al delito efectos de miedo y pánico que no se condicen con su real dimensión.

Es claro que a ello ha contribuido el desarrollo de una prensa impregnada de dicha ideología, más propia de gobiernos autoritarios, que ha sabido expandir en la población y que responde a la dinámica de un mercado del cual forman claramente parte (basta ver su composición accionaria).

Ello no quiere decir negar el fenómeno delictivo existente en el seno de la sociedad, sino procurar abordarlo a partir del reconocimiento de la mul-

.....
(1) Juez del Juzgado de Ejecución Penal N° 2 de Mar del Plata y Necochea, Bs. As. Docente en la Práctica Procesal Penal, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata.

tiplicidad de los factores que concurren como causas de su existencia, y darle solución conforme al análisis y elaboración de políticas sociales, económicas y de seguridad a largo plazo y no de mera coyuntura.

A esto no escapa la **urgencia** propia de los que, motivados por la posibilidad de acceso al gobierno o para su mantenimiento, ofrecen soluciones mágicas en virtud de que representan un rédito inmediato para cualquiera de los dos objetivos políticos.

Este trabajo tiene por objeto advertir o descorrer algo del velo que oculta la actividad de grupos empresariales de nuestro país que, amparados en el poder que otorgan los medios de prensa, instalan como agenda social casi exclusiva el fenómeno delictual (80% de los cuales son contra la propiedad), el mensaje selectivo y discriminatorio (respecto de los sectores más vulnerables del sistema punitivo), eludiendo el análisis profundo y las consecuentes respuestas políticas para el abordaje de la problemática. Todo ello en virtud de la lógica de mercado que los guía, aún a costa o con menoscabo de su responsabilidad social como es asegurar el derecho a “recibir informaciones y opiniones”.⁽²⁾

2 | La construcción del delito y el discurso de orden absoluto

En el seno de nuestra sociedad, el abordaje de los conflictos por parte del Estado se realiza mediante el anticipo de modelos de resolución como son las leyes (formas e interpretación de los contratos, relaciones de familia, etc.). Pero además establece ámbitos y mecanismos de resolución de los mismos, como así también las autoridades y procedimientos como para que el ciudadano pueda plantear su disconformidad y resolverlo por parte de un tercero imparcial indicando su solución definitiva. Este es el objetivo de la justicia civil.

Otras veces el Estado utiliza la violencia como instrumento para resolver el conflicto y organiza las autoridades y procedimientos para aplicar legítimamente esa violencia.⁽³⁾

(2) Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 19.

(3) BINDER, ALBERTO, *Policías y ladrones. La inseguridad en cuestión*, Bs. As., Capital Intelectual, 2004, p. 26.

Esta última actividad no se da si no en el marco de garantías (mecanismos) que resguardan al individuo de la posibilidad cierta de violación de los derechos que le son propios por su sola condición de ser humano.

No obstante ello, dichos mecanismos, en virtud de la idea y aspiración del **orden absoluto**, de sesgo claramente autoritario, se encuentran contravertidos por entender que los mismos obstruyen (planteos de eficiencia mediante), para contener el delito.

No es llamativo que el mismo encuentre eco, y un notable sobredimensionamiento, en los medios de prensa en la argentina (en su totalidad), en virtud de la lógica de rentabilidad al menor costo que impone el mercado, explotando los sentimientos que el mismo conflicto penal genera (temor, indignación, impotencia) y los que subyacen en el individuo (incertidumbre e inseguridad) en la actual sociedad.

3 | La dimensión objetiva y subjetiva del delito

Luego de la construcción de la conducta ilícita mediante su receptividad legislativa, es dable observar fenomenológicamente dos aspectos fundamentales del delito.

El primero de ellos es el objetivo, esto es la realidad (cantidad y entidad) del conflicto penal existente en nuestra sociedad. Sin perjuicio de la imposibilidad de determinar los datos absolutamente fieles de la realidad (en virtud de la cifra negra de la criminalidad), la introducción, mediante la consecuente denuncia de la víctima o terceros, nos aproxima a los mismos.

El segundo es el subjetivo, se refiere a las percepciones de quienes integran la comunidad. Esto no coincide con el dato objetivo puesto que sobre el mismo inciden factores ya no del acto mismo sino de sensaciones a partir de tres fuentes fundamentalmente: como víctima del hecho, por transmisión de otras víctimas y finalmente por los medios de prensa.

Lo importante es no confundir ambos planos porque ello conduce a políticas erráticas, demagógicas e ineficaces a partir de la concepción errónea de identificar seguridad con orden.⁽⁴⁾

(4) *Ibid.*, p. 17.

Al respecto, es dable señalar, además, que detrás de la reducción de la seguridad solo al delito se esconde, y en condición de chivo expiatorio, como causal primera y excluyente de la inseguridad, la crisis general del Estado, que significó, y en especial para la clase media, el ingreso a una zona de incertidumbre al desaparecer la provisión de educación a los hijos, salud y protección de la vejez. Esto ha expandido un sentimiento de inseguridad y un consecuente temor generalizado que no significa que el delincuente no tenga responsabilidad, sino que responde a la necesidad de hacer visibles males que no podemos explicar y que se volverían mucho más terribles si no apareciera un responsable claro.⁽⁵⁾

Dicha dimensión subjetiva es uno de los problemas más difíciles de superar y, a no dudarlo, es el principal obstáculo para abordar las soluciones de fondo.

Por ello resulta indispensable, además de su visualización, abandonar definitivamente la ilusión del ordenamiento absoluto, lo que genera la ansiedad por soluciones inmediatas y el rechazo a toda discusión fructífera. Es necesario dejar de lado dicha fantasía para encarar con profundidad los problemas de seguridad y asumir con realismo, en base a datos certeros y no a meras sensaciones, las dificultades que no se pueden revertir en el corto plazo.

4 | El papel de la prensa y la dimensión subjetiva del delito: el discurso ilusorio y autoritario

A pesar del deseo y propuesta anterior, se encuentra cada vez más ausente en nuestro país, y en la región, el abordaje profundo de la problemática delictual y la seguridad en general, en pro de la obtención, políticas mediante, de soluciones a los mismos. Por el contrario ha ganado adeptos cada vez en mayor cantidad, atravesando incluso distintos estamentos sociales y posturas ideológicas (derecha, centro e izquierda), la promoción de la idea del orden puro o absoluto como respuesta simple e inmediata al delito. Esto se aleja de ese objetivo de la sociedad que es la resolución de sus propios conflictos mediante alternativas contrarias a la violencia o en su mínima expresión (represión y persecución discriminatoria e ilegíti-

(5) *Ibid.*, p. 16.

ma, penas anticipadas, encierro en condiciones paupérrimas, etc.), y a ello ha contribuido claramente la forma de presentación de la referida conflictividad (vacía de análisis crítico) de los medios de prensa.

Si bien no alcanza a erigirse como producto en lo que Cohen⁽⁶⁾ denomina el “pánico moral”, surge evidente su instalación en la agenda social y su importancia por sobre otros acontecimientos que en el análisis resultan más trascendentes.

Observemos, según el referido autor, los elementos que caracterizan a la difusión y el análisis del delito por parte de los medios: a) tienen continuidad y generan una reacción social importante (el caso de inseguridad diario y como noticia casi principal); b) precisan un enemigo adecuado: con poco poder, escasa presencia en los medios, fácilmente denunciado y sin legitimidad (perteneciente en general a los grupos más vulnerables de la sociedad); c) la víctima debe ser la correcta, alguien con quien pueda uno identificarse (gente normal como uno); d) no se trata de un caso aislado sino algo que compete a toda la sociedad, que puede pasar en cualquier lado.

Baste recordar, a modo de ejemplo, que en nuestro país las muertes ocasionadas por el uso indebido de medicamentos son casi diez veces mayores que las producidas en ocasión de robo (21.800), que también son mayores a las ocurridas en accidentes viales y que las 5000 ó 6000 muertes anuales por cardiopatías chagásicas serían evitables con la erradicación de la vinchuca.⁽⁷⁾

Es decir que la reacción social ante el delito no está vinculada a una evaluación de las probabilidades de sufrirlo o de un cálculo de riesgos; sino que los juicios morales, atribución de responsabilidades y huellas de temores pasados son los que hacen que algunas muertes resulten más insostenibles que otras y contribuyen a que algunos problemas públicos cobren más notoriedad, mientras que otros, quizá más perjudiciales, ni siquiera se plantean.⁽⁸⁾

(6) COHEN, STANLEY, “Introducción” en *Folk Devils and Moral Panics. The Creation of the Moods and Rockers*, citado por Kessler, Gabriel en *El sentimiento de la inseguridad*, Bs. As., Siglo XXI, 2009, p. 64.

(7) KESSLER, G., op. cit., p. 12.

(8) *Ibid.*, p. 13.

La prensa ha contribuido claramente al fracaso de un abordaje profundo y el consecuente desarrollo de políticas de largo plazo, incorporando la inseguridad relacionada al delito como una sección cotidiana, con profusión de imágenes, la cámara en el lugar del hecho, y calificaciones grandilocuentes como que se trata de un flagelo.

Pero ello no es inocente sino que es evidente que dicha actitud denota su adscripción a la idea del orden absoluto, con propuestas ilusorias y mágicas (más rentable y con menos esfuerzo en términos de audiencia) alentando un mayor grado de violencia por parte del estado cuyo fracaso ha sido más que evidente (más y mayores penas, anticipo de penas mediante la restricción de la libertad durante el proceso, etc.).

5 | La composición y concentración de los medios de prensa en la Argentina

Veamos, en orden a lo que anticipara (la lógica de mercado), quienes integran y cuál es el interés de los medios de prensa.

En primer lugar, es dable señalar que los actuales medios de prensa no son grupos de periodistas vocacionales, aunque existan y lo integren, dispuestos a colaborar con un servicio social como es el de proveer información fidedigna y su análisis. Casi en su totalidad —al menos en nuestro país— son grupos empresarios, que bajo la pátina de **periodismo independiente**, esconden un interés casi excluyente en la renta y en virtud de lo cual no trepidan en manejar la información a su favor.

Es decir que los grupos de comunicación se han convertido en grupos económicos que han abandonado como única actividad la comunicación. Así, tenemos en la radio y la televisión accionistas que son bancos, financieras, aseguradoras, empresas de telecomunicaciones o incluso de armas como es el caso de Francia. En los directorios se sientan banqueros y ejecutivos empresariales que no tienen ninguna relación con la información. Y estas empresas accionarias son las que inyectarán dinero mediante la publicidad aún a fondo perdido, a sabiendas de la importancia de influir en el mercado.⁽⁹⁾

(9) SERRANO, PASCUAL, *Desinformación. Como los medios ocultan el mundo*, Barcelona, Península, 2009, p. 29.

Respecto de la información, es un claro ejemplo de dominio y concentración del mercado lo que sucede a nivel internacional. El 80% de las noticias que circulan por el mundo procedente de cuatro agencias informativas que establecen el orden del día y proporcionan la mayoría de las noticias internacionales (*Associate Press, United Press Internacional, Reuters y Agence France Press*).⁽¹⁰⁾

Sin embargo, Argentina no va en zaga. Los principales grupos son el Grupo Clarín, que comprende prensa escrita, televisión por cable, televisión abierta, radios y agencias noticiosas, entre otros, Telefónica en telecomunicaciones y también en televisión abierta e importante operador radial aunque se desprende del mismo vendiéndoselo al grupo Prisa, Vila-Manzano-De Narváez (televisión por cable, televisión abierta y prensa escrita) y Hadad (radio, televisión abierta y prensa escrita).

En relación a los medios audiovisuales cabe tener en cuenta que Argentina cuenta con uno de los mercados de TV de pago más importante de América, en términos absolutos y relativos. La cantidad de abonados a la televisión arancelada es la mayor de Latinoamérica. Y en este aspecto la distribución de los mismos entre los dos primeros grupos (Clarín propietaria de Multicanal y próxima a hacerse del segundo en importancia Cablemundo, y el Grupo Vila de la totalidad de los cables del sur del país), denota el grado de concentración, influencia del discurso al que hiciera referencia.

Respecto de la prensa escrita, el diario *Clarín* concentra el 31% de los diarios que circulan en el país (410 mil ejemplares), lo que lo erige como una referencia al momento de la construcción de la agenda pública mediática; y esto sumado a que forma parte del principal grupo multimedios con las sinergias que en materia de línea editorial, promoción de temas y oclusión de otros ello supone.

Además, su inmediato competidor —*La Nación*, 185 mil ejemplares diarios—, es socio en emprendimiento editoriales de gran envergadura como CIMECO, propietario de los diarios principales de Córdoba, *La voz del interior*, y de Mendoza, *Los andes*. Además, son socios de la agencia de noticias Diarios y Noticias (DyN) y con el estado (30% cada una) de Papel Prensa, el principal productor de papel prensa.

(10) *Ibid.*, p. 28.

Pero a su vez, la importancia de la incidencia empresarial y su consecuente interés económico, si se tiene en cuenta, por ejemplo, que la publicidad aportada es el 50% del coste de un diario, desencadena una disminución del nivel cultural de los contenidos, hace que se recluten audiencias como sea, incluso apelando a los elementos más miserables de la naturaleza humana. De ahí que lo que venden los medios no es buen contenido informativo, venden audiencias a las agencias de publicidad.⁽¹¹⁾

Cabe tener en cuenta, finalmente, que el partido gobernante o el arco empresarial (grupos de dominio), proveedores de la publicidad, poseen suficiente poder como para influir en la selección de información (cual se da y cual no) o bien en la construcción de la realidad conforme su ideología.

A ello agregamos que se ha erigido en un nuevo mecanismo de dominio en la sociedad a partir de la conformación u orientación, fruto de la referida influencia, de la opinión pública.

En tal sentido, son claros el lingüista estadounidense Noam Chomsky y el economista y analista de medios de comunicación Edward S. Herman, cuando en su libro conjunto *Los guardianes de la libertad*, refieren lo que denominan "filtros" de las noticias, es decir, "los vericuetos a través de los cuales del dinero y el poder tamizarán las noticias hasta dejarlas listas para su publicación, marginarán las discrepancias y permitirán que el gobierno y los intereses privados dominantes difundan un mensaje adecuado para el público".⁽¹²⁾

6 | Compromiso social o interés particular

En tal contexto es difícil la posibilidad de replanteo de la información y análisis del fenómeno delictual en orden al replanteo y la aplicación de nuevas políticas que permitan obtener soluciones distintas de las llevadas a cabo hasta el presente (casi en su totalidad, y salvo honrosas excepcio-

(11) BECERRA, MARTÍN y MASTRINI, GUILLERMO, *Los dueños de la palabra*, Bs. As., Prometeo, 2009, pp. 60/65.

(12) SERRANO, PASCUAL, *op. cit.*, p. 26.

nes, fracasadas) y acordes con la idea ilusoria y mágica del ejercicio irracional de más violencia.

Esto más cuando esos mismos medios de prensa que proclaman a los cuatro vientos los beneficios de la libertad y la diversidad, concentran mediante la absorción de los pequeños medios, la responsabilidad (o manejo) de asegurar el derecho a la información y opinión, guiados por la renta segura y no el compromiso social, una constante desde el afianzamiento del sistema económico que rige en el mundo, ilustrada por las palabras G. K. Chesterton en 1917:

“Hasta nuestros días se ha confiado en los periódicos como portavoces de la opinión pública. Pero muy recientemente, algunos nos hemos convencido, y de un modo súbito, que no gradual, de que no son en absoluto tales. Son, por su misma naturaleza, los juguetes de unos pocos hombres ricos. El capitalista y el editor son los nuevos tiranos que se han apoderado del mundo. Ya no hace falta que nadie se oponga a la censura de la prensa. No necesitamos una censura para la prensa. La prensa misma es la censura. Los periódicos comenzaron a existir para decir la verdad y hoy existen para impedir que la verdad se diga”.⁽¹³⁾

Es fundamental, en conclusión, el aseguramiento y de allí la trascendencia en la actualidad en la Argentina de la Ley de Medios Audiovisuales⁽¹⁴⁾ que así lo recepta, no solo la pluralidad y diversidad de quienes detentan los medios de prensa del país sino la incorporación a dicha responsabilidad de organismos ajenos al lucro y de evidente compromiso social (Universidades, Cooperativas, etc.). Ello, sin duda posibilita la discusión pendiente, profunda, de la problemática del delito en la población, y que podamos desarrollar una política criminal alejada de la urgencia y los discursos mágicos, acorde a nuestro Estado Constitucional de Derecho.

(13) *Ibid.*, p. 15.

(14) Ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual (BO 10/10/2009), aprobada luego de 5 años de debate entre la población, ONG, organismos e instituciones vinculadas a la comunicación, derogó la ley de la Dictadura Militar que perduró durante 25 años de democracia.

7 | Conclusión

La respuesta del título respecto de lo miedos de la prensa no es la realidad del delito y en la dimensión que se plantea, sino que con ello se oculta el temor a la afectación de los intereses de parte de la sociedad que representan (económicos y políticos) ante el replanteo e implementación de políticas (como la de los propios medios) acorde a una sociedad más democrática y justa.

¿Tiene carácter vinculante el acuerdo del fiscal en la etapa de ejecución penal en la provincia de Buenos Aires?

Por **JUAN SEBASTIÁN GALARRETA**⁽¹⁾

I | Introducción

En el contexto del diseño de procedimiento penal actual, tanto a nivel internacional como nacional, se advierte el avance hacia un modelo acusatorio. Y, a la par, la integración definitiva —judicialización mediante—, de la etapa correspondiente a la ejecución de la sanción impuesta mediante la sentencia penal condenatoria.

Sin duda que lo primero encuentra sustento en la necesidad de adecuar el ejercicio del poder punitivo (persecución y sanción de un ilícito) a los límites que impone un Estado social y democrático de derecho —que emerge del Constitucionalismo (siglo XIX), con base en la Ilustración (siglo XVIII)—, y en la posterior consolidación progresiva del Derecho Internacional de los

(1) Juez del Juzgado de Ejecución Penal Penal N° 2 de los Dtos. Judiciales Mar del Plata y Necochea, Pcia de Bs. As.. Docente en la Practica Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata.

Derechos Humanos (siglo XX). Ambos, con eje en el desarrollo personal del ser humano: el primero, imponiendo límites (abstención del poder); el segundo, imponiendo su obligatoriedad (actividad del poder) en pos de su consecución.⁽²⁾

En relación a la judicialización e incorporación definitiva y total al proceso penal⁽³⁾ de la etapa de cumplimiento de la sanción punitiva, concurren dos razones fundamentales. La primera: que la ejecución penal (en términos de modalidad de cumplimiento de la pena) no sea otra cosa que el mismo ejercicio del poder punitivo. La segunda: el hecho de advertir que el carácter mas irracional del referido poder encuentra, hoy por hoy, su máxima expresión ya no en la persecución y la imposición de la sanción (sentencia condenatoria), sino en su cumplimiento en prisión y bajo la autoridad del poder administrativo.⁽⁴⁾

A partir de dicha circunstancia, cabe preguntarse si los principios del sistema acusatorio que informan el proceso penal son aplicables sin más a la etapa de ejecución penal y, en particular, si posee carácter vinculante o limitativo para el órgano jurisdiccional el requerimiento o acuerdo del agente fiscal, como representante del Estado en el ejercicio del poder punitivo, para el acceso del condenado a los distintos institutos que flexibilizan el encierro.

2 | Construcción histórica de los modelos de procedimiento penal. Principio y sistema acusatorio

Al momento de ingresar al análisis de los modelos de procedimiento penal, es necesario hacerlo desde una perspectiva histórica, la que, sin duda,

(2) PINTO, MONICA, *Temas de derechos humanos*, 1ª edición, Bs. As., Editores del Puerto, 2009, 1ra. Edición. pp. 10/14.

(3) Código Procesal Penal de la Nación, ley 23.984 (BO, 09/09/1991 y fe de erratas (BO, 29/11/1991); Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad (ley 24.660, BO, 16/07/1996); Código Procesal de la Provincia de Bs. As. (ley 11.922, BO, 23/1/1997); Ley de Ejecución Penal (BO, 25 al 29/1/1999).

(4) ZAFFARONI, EUGENIO R., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 1ª edición, Bs. As., Bs. As., Ediar, 2005, p. 14.

tanto desde el punto de vista teórico como práctico, nos permite construir los modelos vigentes.

Al respecto cabe señalar tres momentos: la Antigüedad (proceso penal en Grecia y Roma), la Edad Media (derecho germánico y derecho canónico), la Baja Edad Media e inicios de la Edad Moderna (estatalización de la justicia penal y la verdad material).

En el primer período —y, específicamente, en el proceso penal en Grecia (del s. VI a IV a. C), más exactamente en la ciudad de Atenas— tiene origen el proceso acusatorio puro: cualquier ciudadano podía formular acusación ante el oficial competente, a modo de una acusación popular. Luego, el oficial examinaba los presupuestos de admisibilidad y fijaba juicio oral y daba publicidad a la querella. Se trataba, por ende, de un proceso acusatorio privado. El acusador podía ver sostenida la acusación por otros ciudadanos mientras que el acusado debía defenderse a sí mismo, pudiendo también contar con el apoyo de otros ciudadanos. En el proceso, los jueces (elegidos por sorteo entre los ciudadanos, que podían ser entre 501 y 6000 según la entidad del caso), estaban vinculados a las peticiones formuladas por las partes en sus respectivos escritos de acusación y defensa, hasta tal punto que ni siquiera tenían discrecionalidad para determinar la pena. La sentencia se la consideraba como una expresión directa de la soberanía popular y democratización de la justicia.

En el derecho romano es dable distinguir la época de la República (510 a 27 a. C.), de similares características que el de Grecia en relación a delitos ordinarios —aunque se agregaba un procedimiento en los delitos capitales (como el de alta traición), cuya persecución era de interés público—. Asimismo, la instrucción era oficial (*inquisitio*) y se llevaba a cabo por un funcionario nombrado al efecto. Si bien estaba regido por el principio de oficialidad no se centraba en la averiguación de la verdad material, sino en la determinación de la culpabilidad o no del sujeto para lo cual se utilizaban pruebas de carácter irracional (juramento sobre su credibilidad, incluso, con jurados de apoyo o el juicio de Dios o por ordalías). Más tarde, y en orden a la expansión de Roma, la instrucción oficial se estableció como regla general, aunque la iniciación de la acción seguía dependiendo de algún ciudadano. La decisión sobre la procedencia de la acción privada correspondía a un tribunal de jurados.

En la época imperial (desde el año 27 a. C. hasta el siglo XI d. C.) el principio acusatorio y el de oficialidad comenzaron a convivir de manera tal que el proceso podía iniciarse tanto a instancias de un particular como de oficio. Así, determinados delitos —como el incendio, el robo y análogos— eran incoados de oficio. Ahora bien, el proceso no procuraba ni estaba encaminado a la búsqueda de la verdad material.

En el derecho germánico (siglos V a IX d. C.) la persecución penal estaba supeditada a una acusación particular del agraviado o sus parientes —que perseguían la reparación del daño, bien a través de un contrato de reparación previo al proceso o mediante la demanda de reparación—. No se distinguía entre la reparación del daño y la pena ni se diferenciaba entre demanda civil y acusación penal. El proceso, al igual que en los casos anteriores, no se centraba en la búsqueda de la verdad sino en la determinación de la culpabilidad o inocencia dentro de un proceso formal. Lo que distingue al derecho romano de los otros es que en él se llevaba a cabo un proceso probatorio formal cuyo resultado determinaba en forma definitiva la culpa o no del acusado. Al igual que en Roma, fue adquiriendo mayor espacio la persecución de oficio.

Con el derecho canónico (siglo XIII) se instala el proceso inquisitivo propiamente dicho, con las siguientes características: ya no era necesaria la querella particular —bastaba con la denuncia o rumor extendido de mala fama para que se produjera la actuación oficial— y la *inquisitio* se abría con el objeto de la averiguación material. La tortura como medio de obtención de la verdad comenzó a utilizarse con el objeto de reconducir a los herejes. Luego se extendería al proceso penal.

Durante la Baja Edad Media (siglos XIII y XIV), de la mano de la transformación de las realidades sociales —que incluye el reemplazo de las formas de organización basadas en lazos familiares y con estructuras urbanas y centralistas, y el aumento de la criminalidad— el proceso penal comienza a convertirse en un proceso más oficial y estatal. El nuevo proceso constituye un asunto o conflicto de carácter público. Aquél que hubiera cometido un delito podía ser juzgado con independencia de la voluntad de la víctima. Desde la perspectiva de la prueba, la búsqueda de la verdad pasa a un primer plano y se incorpora en reemplazo de los testimonios sobre la reputación testimonios de conocimiento de los hechos. Pero dada la

exigencia para el logro de la convicción, en la práctica la prueba dependía de la confesión. Para ello se recurría a la tortura.

Por último, la Constitutio Criminales Theresiana de 1778 constituyó el paso para la desaparición del proceso acusatorio. En la búsqueda del fortalecimiento de la seguridad jurídica y de la eficacia de la justicia penal se da lugar a una nueva concepción de la pena que no estaría al servicio de satisfacer los deseos de la venganza o los intereses particulares, sino de servir para disuadir y rehabilitar al delincuente. El proceso acusatorio puro dejaba la interposición de la querella en manos de la discrecionalidad del ciudadano y ello no era suficiente para articular la lucha contra la criminalidad y tampoco para dar respuesta al interés de los poderosos.

A principios del siglo XIX, bajo la influencia del Código de Instrucción Criminal Francés (1808), habría de imponerse en la Europa continental la teoría que reconocía al acusado su condición de sujeto del proceso, con la posibilidad de defenderse en un juicio público. Además, la implementación del sistema de libre valoración de la prueba haría innecesaria a la práctica de la tortura. La creación de un órgano público acusador permitiría diferenciar las funciones de acusar y juzgar, al mismo tiempo que significaría un control frente al arbitrio judicial. Con ello se hizo frente al secreto de la instrucción, utilización de la tortura y el poder omnímodo y arbitrario del Juez del procedimiento penal existente a la fecha.

Finalmente, en cuanto antecedente del proceso acusatorio actual, es dable destacar a la Ordenanza Procesal Penal de Prusia de 1846 mediante la cual se creaba la Fiscalía, lo que supuso la transformación del principio acusatorio privado hacia una concepción pública o estatal. Asimismo, la separación de las funciones de acusar y juzgar condujo a que el papel de la acusación como elemento delimitador y vinculante del poder del juzgador ganara en relevancia. A ello se agrega el Reglamento referido a la introducción del proceso oral y público con jurados el 3 de enero de 1849, que fijó el monopolio de la fiscalía en el ejercicio de la acción penal.⁽⁵⁾

(5) KAI AMBOS, GÖTTINGEN, "El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica", en *Revista de Derecho Procesal Penal. La prueba en el proceso penal -II*, Santa Fe, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2009-2 2010, pp. 589/611.

En nuestro país, no obstante el marco constitucional —de claro diseño acusatorio—, en 1888 se implementó a nivel nacional un Código de Procedimiento en material penal, cuya raíz estaba en legislación española, que poseía un fuerte rasgo inquisitivo y que, a poco de su implementación, había perdido vigencia en el país de origen.

Esto no sólo se plasmó en el ámbito federal sino también, entre otros, en la Provincia de Buenos Aires.

Luego, con la sanción del Código Procesal de la Provincia de Córdoba, se introduce el modelo mixto que, con base en el modelo napoleónico, tomó el suyo de los códigos italianos de 1913 y 1930. Comienza con una etapa inquisitorial o policial a cargo de un juez y, si bien a ello le sigue una etapa acusatoria, las pruebas del sumario siempre pesan. Su rasgo más importante es la incorporación de una etapa plenaria oral, pública, con intermediación y contradictorio, que asegura el pleno ejercicio de las atribuciones defensistas.⁽⁶⁾

De lo expuesto, es dable delinear la construcción de los modelos desde la perspectiva histórica.

El proceso acusatorio, que se define como un proceso contradictorio (o adversarial), con un órgano que lleva adelante la instrucción y acusación (público casi en su totalidad, incluso en los países anglosajones), en el que dos partes se enfrentan ante un órgano decisor (el Tribunal), sujeto a la pretensión y prueba de las partes.

El modelo inquisitivo se caracteriza por que el mismo órgano que instruye decide sobre la causa, donde rige el principio de oficialidad y el fin del proceso es la búsqueda de la verdad material, en virtud de lo cual es el mismo órgano el que dispone las pruebas a producirse. Se caracteriza, además, por su oscurantismo y por la consideración del acusado como un objeto y no sujeto de derechos.

(6) FLEMING, ABEL; LÓPEZ VIÑALS, PABLO; LORENZETTI, RICARDO L., "Derechos de la víctima. La función del acusador público y la neutralidad del juez", "Estructura constitucional del proceso penal", "Derechos humanos, orden internacional y recepción constitucional", en Garantías del imputado, 1ª edición, 1ª reimpresión, Santa Fe, Editorial Rubinzal – Culzoni, 2008, pp. 475/477.

El proceso mixto, en el que se diferencia al que investiga y del que decide (acusatorio), con vistas a proveer a la búsqueda de la verdad material (modelo inquisitivo), provee al último de la posibilidad de producir y complementar de oficio la prueba aportada por las partes.

Por último, sin perjuicio de la utilización indiferenciada del término sistema acusatorio y principio acusatorio, corresponde hacer la distinción. El sistema acusatorio no solo lo comprende a aquel, sino también a la igualdad de armas, contradicción, defensa, inocencia, doble instancia, imparcialidad, oralidad, publicidad e inmediación. Por su parte, el principio acusatorio comprende con exclusividad a la necesidad de una acusación, a la correlación entre acusación y sentencia, y a la prohibición de la *reformatio in prius*.⁽⁷⁾

3 | Diseño constitucional del proceso penal

A partir de nuestra Constitución Nacional (1853/1860), surgía claro el diseño acusatorio del procedimiento penal, lo que cabía inferir claramente del art. 18, en relación a las garantías penales y procesales, como así también del art. 102 que indicaba la instauración del juicio por jurados.

A ello cabe agregar el procedimiento de acusación y juicio del Presidente, Vicepresidente, Ministros y miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,⁽⁸⁾ estableciendo en forma diferenciada un órgano acusador (Cámara de Diputados) y un órgano de juicio (Cámara de Senadores).

Desde entonces, fueron ignoradas sobre la base de distintos artilugios como el de que los modelos procesales eran de la esfera de autonomía provincial o el de que no existía un mandato federal de adopción de un modelo determinado.

(7) CHAIA, RUBÉN A., *La prueba en el proceso penal*, 1ª edición, Bs. As., Editorial Hammurabi, 2010, pp. 350/351.

(8) Constitución Nacional, arts. 53 y 59.

Finalmente, la reforma de nuestra Constitución Nacional del año 1994, re-fuerza y complementa, a partir de la incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humanos, el modelo o diseño acusatorio de nuestro procedimiento penal.

A saber: acusación —arts. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH); 14.3, inc. a del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)— igualdad de armas —arts. 14.1 y 3 PIDCP; 8.1 y 2 de la CADH—; contradicción —arts. 14.3 PIDCP; 8.1 y 8.2 inc. f CADH—; defensa —arts. 14.3, incs. b, c y d PIDCP; 8.2, incs. b, c y d CADH—; inocencia —arts. 11.1 DUDH; 14.2 PIDCP; 8.2 CADH—; doble instancia —arts. 14.5 PIDCP y 8.2 h CADH—; imparcialidad —art. 14.1 PIDCP; 8.1 de la CADH—, oralidad y publicidad —art. 14.1 PIDCP—.

4 | La ejecución de la pena como parte del proceso penal

En la estructura del actual proceso penal no caben dudas de que la ejecución de la pena forma parte del referido proceso; y ello, claro está, desde que ésta existía —o, al menos, su mandato para la reglamentación— como parte del proceso penal desde la sanción de nuestra Carta Magna originaria.

Así, dentro de la norma referida a las garantías penales y procesales (art. 18 CN), frente al ejercicio del poder punitivo del Estado (persecución, sanción y coerción), y en lo que concierne a la pena privativa de la libertad, se consigna que toda medida en el ámbito carcelario que, so pretexto de precaución, conduzca a mortificar al detenido más allá de lo que aquélla exija, **hará responsable al Juez que la autorice**.

Esto, sin duda, colocaba a la etapa de ejecución penal bajo la jurisdicción penal y conforme al procedimiento establecido al efecto en orden a las pautas que de allí emergían.

Ahora bien, ello no fue así tanto por la ideología respecto de la cuestión penal imperante en la época como por su justificación doctrinaria, que impidió la incorporación de dicha etapa dentro del marco legal procesal y la efectivización del control jurisdiccional.

Desde de la ideología imperante, cuando

“la penalidad del Siglo XIX en respuesta a la sustitución de los principios de defensa general de la sociedad del reformismo penal, pasando a un control y posterior reforma psicológica y moral de las actitudes y del comportamiento de los individuos, resulta que la institución penal no puede ser ya potestad del poder judicial (...) La pena pasa a engrosar una gran maquinaria administrativa, con sus ámbitos, burocracias específicas que buscarán su autonomía y ampliación, en tamaño y poderes”.⁽⁹⁾

Así, estuvo tradicionalmente en manos de la administración, mientras que los jueces se limitaban a conocer el delito e imponer la pena, considerando que nada más tenían que hacer, a excepción —claro está— del otorgamiento del instituto de la libertad condicional prevista en el Código de fondo.

Desde lo doctrinario, la naturaleza administrativa de la ejecución penal ha sido sustentada por los europeos, de evidente influencia en nuestro país, a partir de la idea de la “relación especial de sujeción”, lo que representaba la dependencia jurídica en el sentido más extenso en que se encuentra el súbdito frente al Estado, y que se traducía a su vez en un lugar de “no derecho” o, al menos, restringido respecto del resto de los ciudadanos.

En suma, a partir del referido andamiaje teórico se dio sustento a una práctica extendida en el siglo XIX y gran parte del XX, mediante la cual se excluía toda actividad jurisdiccional, e incluso legal, de ese ámbito, sosteniendo que las normas que regulaban la ejecución no tenían rango jurídico.

Recién en nuestro país, en el año 1958 y a nivel nacional, se reconoce a través de un decreto ley del gobierno militar la competencia judicial para verificar directamente si el tratamiento de los internos se ajustaba a las normas allí contenidas.⁽¹⁰⁾

.....

(9) ANITUA, GABRIEL IGNACIO, *Castigo, cárceles y controles*, 1ª edición, Bs. As., Editorial Didot, , 2011, pp. 145/147.

(10) Ley Penitenciaria Nacional, Decreto Ley n° 412/58, art. 121

Posteriormente, se incorpora la figura del Juez de Ejecución Penal (Código Procesal de la Nación) y se sanciona la ley 24660 (Ejecución de Pena Privativa de Libertad), en la que se establece que: "la ejecución privativa de la libertad en todas sus modalidades, estará sometida al control judicial. El juez de ejecución o juez competente garantizará el cumplimiento de las normas constitucionales, los tratados internacionales ratificados por la República Argentina y los derechos de los condenados no afectados por la condena o por la ley".

Asimismo, en la Provincia de Buenos Aires, la reforma del Código Procesal Penal incorpora en forma expresa la etapa de ejecución penal. Esto complementado con la Ley de Ejecución Penal (12.256) que establece la garantía del control jurisdiccional en la ejecución de la pena privativa de libertad, al establecer que: "El Juez de Ejecución o juez competente garantizará el cumplimiento de las normas constitucionales, los tratados internacionales ratificados por la República Argentina y los derechos de quienes se encuentran bajo jurisdicción del Servicio Penitenciario" (art. 10).

Esta tendencia se enmarca dentro de los principios de legalidad, de rai-gambre constitucional (la pena predeterminada no solo en su monto sino también en modalidad) y como lógica derivación de la garantía de jurisdicción; esto es:

"... que todas aquellas decisiones de la etapa de ejecución penal que impliquen una modificación de las condiciones cualitativas de cumplimiento de las penas conforme a las regulaciones de la ley penal, deben ser tomadas por un juez, órgano jurisdiccional independiente de la administración, en un proceso en el que se respeten las garantías del procedimiento penal. Esto significa que las garantías del derecho procesal penal deben extender su vigencia a la etapa de ejecución de la pena y, en consecuencia, es necesario garantizar un control judicial amplio de esta etapa procesal".⁽¹¹⁾

Esto revela, en definitiva, la incorporación de la etapa ejecutiva de la pena como parte del proceso penal, el correspondiente control jurisdiccional y,

(11) SALT, MARCOS GABRIEL y RIVERA BEIRAS, IÑAKI, *Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina*, 1a reimprección, Bs. As., Editores del Puerto, 2005, pp. 206/207.

consecuentemente, la efectivización de un mandato constitucional largamente incumplido.

5 | Sistema acusatorio en el Código Procesal Bonaerense

Sin duda, a la luz del análisis efectuado sobre los distintos sistemas de procedimiento penal, el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, ha receptado claramente la manda constitucional respecto del diseño de procedimiento: esto es, el sistema acusatorio público.

En efecto, ha receptado cada uno de los principios que componen el sistema.⁽¹²⁾ No obstante, en orden al objeto del presente trabajo, solo me detendré en dos principios: el acusatorio y el de imparcialidad del juez.

Veamos.

Se han diferenciado claramente las funciones de acusar, defender y juzgar. Si bien el primero y el tercero pertenecen a un mismo sujeto de derecho público (Estado), uno posee función requirente y el otro juzgadora, lo que permite al órgano jurisdiccional intervenir en la contienda con imparcialidad.

Pero, además, se ha impedido, en orden a su imparcialidad, la contaminación con la actividad probatoria, puesto que ella sólo se recepta y produce a requerimiento de las partes.

Por otro lado, en relación al principio acusatorio, no puede haber proceso sin acusación, con lo que la acusación y actividad preparatoria no pueden proceder del órgano decisor.

Esto ha sido plasmado claramente por el legislador local en relación al momento de la formulación o no de la acusación (art. 367 del Código Procesal Penal), puesto que en caso de desistimiento de la acusación durante el debate, impone al Tribunal la absolución del imputado.

(12) Código Procesal Penal de la Provincia de Bs. As.: arts. 1, 342, 360, 367, 368 y 371, entre otros.

Ahora bien, ello no implica la posibilidad de una decisión caprichosa o arbitraria por parte del Fiscal, puesto que ello incumpliría un imperativo constitucional como es la motivación de los actos de los funcionarios de acuerdo a nuestro sistema republicano de gobierno (arts. 1 de la Constitución Nacional y 1 de la Constitucional Provincial). Ello ha sido prescripto expresamente en nuestro Código de formas respecto de la actuación del Agente Fiscal (art. 56, párr. 3, CPP).

Cabe agregar el deber de actuar con objetividad (art. 56, párr 2, CPP), en razón de lo cual debe procurar la verdad y ajustarse a las pruebas legítimas en sus peticiones y conclusiones, ya sean contrarias o favorables al imputado. Es decir, no una verdad sustancial o material (a cualquier precio) sino formal o procesal, condicionada en sí misma por el respeto al debido proceso y al derecho de defensa.

Además, cabe agregar que ningún funcionario, en razón del sistema republicano de gobierno, es dueño o árbitro de los intereses que le son confiados. Todos son mandatarios del pueblo que le señala su cometido a través de leyes a las que deben sujetar su actuación y, si no lo hacen, son pasibles de juicios de responsabilidad, como todo mandatario que no cumple en forma con su contenido.⁽¹³⁾

Lo expuesto, desde ya, sin perjuicio del control interno por parte del Fiscal de mayor jerarquía (art. 16 de la ley 12.061).

Es claro, también, que el carácter vinculante del desistimiento tiene su razón de ser en el principio de defensa en juicio, igualdad y contradictorio que debe preceder el juicio del Tribunal.

Algo similar ocurriría si la imposición de la pena excede el monto requerido por el acusador. Si bien ello no está previsto expresamente, ello cabe inferirse del art. 371 del Código adjetivo, donde solo se habilita el tratamiento y resolución de circunstancias agravantes de la pena siempre y cuando hubieran sido discutidas por las partes —y solo de oficio eximen-

(13) MORILLO GUGLIELMI, GISELA, "La tendencia jurisprudencial en torno a la titularidad de la acción penal", en *Revista de Derecho Procesal Penal – La actividad procesal del Ministerio Público Fiscal – I*, Santa Fe, Editorial Rubinzal – Culzoni, 2007-2, pp. 338/339.

tes o atenuantes, si fueren en favor del imputado—. También el art. 374 del mismo Código en cuanto establece los límites del decisorio.

Si el tribunal impusiere un monto de pena mayor al requerido por el Fiscal, sin duda, implicaría colocar al causante en un estado de indefensión y, en manos de quien decide, la posibilidad de peticionar, incompatible con los postulados del sistema acusatorio.

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con invocación del sistema acusatorio que emerge de nuestra Constitución Nacional, aunque bien en relación al plenario (tratándose en Nación de un sistema mixto), sostuvo con voto de los Dres. Zaffaroni y Lorenzetti (los restantes lo rechazaron por razones formales —art. 280 CPCCN—) que el intento por superar la pretensión punitiva incurre en un ejercicio jurisdiccional *extra o ultra petita*, afectando el derecho de defensa en juicio y la igualdad de partes. Precisamente siendo las partes las que fijan la *litis*, los magistrados no pueden exceder los términos en que éstas han querido pleitar: *reformatio in peius*, y cualquier ejercicio que trascienda ese límite será inconstitucional pues coloca al acusado en peor situación que la pretendida por el acusador.⁽¹⁴⁾ Con ello han extendido la prohibición de la *reformatio in peius* más allá de su invocación a los fines recursivos, a modo de refuerzo de la interpretación del diseño constitucional acusatorio de nuestro proceso penal.

6 | Su expresión en la etapa de ejecución penal. Conclusión

Es claro que si al ejercicio del poder punitivo se le han establecido límites, tanto en cuanto a la actividad de persecución como a la de imposición de una pena privativa de libertad (aspecto cuantitativo), ello no puede ser menor respecto de la modalidad de cumplimiento de la pena (aspecto

(14) Fallo CSJN “Amodio, Hector Luis s/ Recurso de hecho”, causa n° 5530, 12/06/2007, en *La Ley on line*, 08/08/2007 y CHAIA, RUBÉN A., *La prueba en el proceso penal*, 1ª edición, Bs. As., Editorial Hammurabi, 2010, pp. 317/318.

cuantitativo); ambos están comprendidos por el principio de legalidad de raigambre constitucional.⁽¹⁵⁾

Debemos tener en cuenta que, más allá de las posturas de los fines de la pena y/o la ejecución, es claro que la expresión más brutal del referido poder se halla precisamente en esta etapa, razón por lo cual se hace indispensable al menos contar con todos los derechos reconocidos al condenado en las etapas anteriores del proceso.

Esto significa sin más, la posibilidad de contar con un juez natural, independiente e imparcial, una defensa eficaz, igualdad de trato, que los planteos sean resueltos en tiempo razonable y un recurso efectivo. Además, con los principios de oralidad, publicidad, contradicción, concentración, inmediación y celeridad; es decir, todo lo que caracteriza como acusatorio nuestro proceso penal provincial.

Ello no solo ha sido receptado por los instrumentos internacionales de derechos humanos y, consecuentemente, por los organismos de interpretación,⁽¹⁶⁾ sino por nuestra propia Corte de Justicia de la Nación cuando refirió que "este control judicial permanente durante la etapa de ejecución penal tiene como forzoso consecuente que la vigencia de las garantías constitucionales del proceso penal se extiendan hasta su agotamiento".⁽¹⁷⁾

Por último, también ha sido el propio legislador local, quien mediante la reciente reforma de la Ley de Ejecución Penal Provincial⁽¹⁸⁾ ha incorporado la audiencia oral como forma de resolución de los conflictos que se susciten durante la misma, asegurando las notas del acusatorio antes referidas.

En su exposición de motivos señala:

"se propone un avance esencial en materia de inmediación, bilateralidad y defensa en juicio al sentar como obligatoria la ce-

(15) SALT, MARCOS GABRIEL y RIVERA BEIRAS, IÑAKI, *Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina*, 1ª reimposición, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, p. 199.

(16) CIDH, resolución 1/08.

(17) CSJN, "Romero Cacharane", 09/03/2004, voto del Juez Fayt.

(18) Ley 14.296, art. 3º, BO, 8/9/2011.

lebración de una audiencia oral y pública para la toma de decisiones más relevantes de la etapa. De esta manera siguiendo los principios normativos contenidos en la ley 13.811, se establece que las decisiones relativas a la libertad condicional, libertad asistida, salidas transitorias y cese de la medida de seguridad, deben ser adoptadas oralmente previa audiencia oral, pública y contradictoria con presencia del imputado, el defensor y el Ministerio Fiscal. La sustitución de la forma escrita por la oral no sólo reporta a la humanización de las decisiones a partir del dato insoslayable de que el imputado debe estar presente en la propia audiencia en que se decide su situación, sino que, además, exalta el principio acusatorio al asegurar mayor fluidez de réplicas y contrarréplicas y, finalmente, como ha demostrado la experiencia de la flagrancia oralizada, contribuye a la obtención de decisiones más justas y de mayor calidad, amén de reportar a la publicidad y transparencia que debe signar la actividad de todos los órganos estatales del sistema republicano”.

La única salvedad sería el principio de inocencia, puesto que el sujeto de la presente etapa es un condenado, con la consecuente diferencia que corresponde hacer respecto de la carga probatoria, esto es, sin distinguir respecto de a quien afirma el hecho, y del objeto y respaldo de su requerimiento.

Por lo tanto, a la pregunta que preside el presente trabajo, entiendo, en el contexto analizado, no le cabe sino la respuesta afirmativa.

Al igual que en el resto del proceso penal, subyace un conflicto, producto de la tensión entre quien sostiene el ejercicio del poder punitivo (agente fiscal) y el sujeto afectado (representado por el defensor) por la posibilidad y efectivización, en esta etapa, de la privación de la libertad como producto de la pena impuesta; ello, en clara referencia a la forma de cumplimiento o aspecto cualitativo de la sanción.

Si pensáramos en el caso de una incidencia, en debate oral público y contradictorio, donde al requerimiento del defensor presta en forma debidamente fundada acuerdo el agente Fiscal, corresponde hacer extensivo las consideraciones respecto del desistimiento de la acusación. No se

ha trabado un conflicto o *litis*, presupuesto necesario de la jurisdicción y eventualidad de su rechazo.

Si, a pesar de ello, el Juez de Ejecución rechazara el petitorio, asumiría una condición partitiva, privando al causante del ejercicio de la defensa, el contradictorio y afectación del principio de igualdad.

Solo sería procedente el rechazo si el acuerdo por parte del agente fiscal es realizado sin motivación en la ley y/o la prueba aportada, lo que sin duda lo torna ilegítimo según la manda constitucional de fundamentación de los actos por parte de los funcionarios en virtud del sistema republicano de gobierno —una exigencia, reitero, prevista a su vez por el propio digesto adjetivo (art. 56 CPP)—. Es decir que en el caso debe ejercerse el control de legalidad por parte del juez ante el que actúa el representante del Estado. Y, advertida la irregularidad, hay que decretar la nulidad del acuerdo fiscal, convocando a la realización de un nuevo debate oral para su tratamiento y resolución, sin que ello implique violación de derecho o garantía constitucional alguna.⁽¹⁹⁾

A modo de síntesis es dable señalar que:

“la acusación es sin duda un instrumento destinado a salvaguardar la defensa y la imparcialidad como condición del debido proceso, por eso debe provenir de un tercero diferente de quien ha de juzgar acerca de su viabilidad, sin que el principio pueda quedar limitado a la etapa de debate, sino que su vigencia debe extenderse a la etapa previa, de discusión acerca de la necesidad de realización y a lo largo de toda la causa”.⁽²⁰⁾

(19) FALCONE, ROBERTO y MADINA, MARCELO, *El Proceso Penal en la Provincia de Buenos Aires*, 1ª edición, Bs. As. Ad- Hoc, 2005, pp. 410 y 412.

(20) FLEMING, ABEL y LOPEZ VIÑALS, PABLO, *Garantías del imputado*, 1ª edición, 1ª reimpresión. Santa Fe, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008.

La determinación judicial de la pena

¿Redefinición de la teoría del ámbito de juego?

por **JORGE AMÍLCAR LUCIANO GARCÍA**⁽¹⁾

I | Escepticismo científico

Es un lugar común en la discusión dogmática sobre la “determinación” o “individualización” de la pena en el caso concreto, sentir cierta desazón o escepticismo respecto de la posibilidad de fijarla con precisión, superando la añeja aporía o antinomia de los fines de la pena, a la vez que manifestar una crítica a la desmedida amplitud y carencia argumentativa jurisprudencial.

No parece haber cambiado en el tema el panorama poco halagüeño a la ciencia jurídico penal que realizó Hans Jürgen Bruns en su minuciosa revisión de la jurisprudencia sobre medición judicial de la pena —la 1ª edición de su *Strafzumessungsrecht* es de 1967—, si vemos los trabajos más recientes de Tatiana Hörnle, de Michael Pawlik o Paul Robinson, los esbozos de Silva Sánchez o Feijóo Sánchez, y entre nosotros, de Milton Peralta, Zaffaroni o Patricia Ziffer. En términos simples, desde perspectivas dogmáticas claramente disímiles, estos autores coinciden en la necesidad

.....
(1) Procurador General del Poder Judicial de Entre Ríos, UN Litorla, UCA Paraná, UCU Concepción del Uruguay.

de elaborar criterios científicos que aporten seguridad jurídica y justicia a un campo de la ley penal dejado al arbitrio judicial.⁽²⁾

2 | La determinación de la pena como parte de un sistema integral de derecho penal

En pocos temas como éste se ve de manera prístina que toda reflexión sobre la cuestión penal —aun intrasistemático de la más estilizada dogmática—, indirectamente es siempre una reflexión político criminal, al tiempo que se refleja sobre el sistema de enjuiciamiento. Es decir, una dogmática racional nunca puede ser “sin consecuencias”, sino un sistema integral, no en el sentido de teoría sistémica, sino en el kantiano de “unión de múltiples conocimientos bajo una idea”, en el que la riquísima elaboración conceptual continental europea sobre la imputación del injusto culpable y punible, como magnitudes graduables, se debe reflejar materialmente en el *quantum* sancionatorio.

De ningún modo, entonces, esta tarea —tanto académica como jurisdiccional— será de un decisionismo que solo tenga como marco la vieja discusión entre deontologismo y preventivismo en la teoría de la pena, sino que este “punto de vista externo” ha de discurrir a través de la dogmática del hecho punible para traducirse, solo así legitimada, en una medida de pena.

(2) Ver HÖRNLE, TATJANA, *Determinación de la pena y culpabilidad: notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*, Fabián J. Di Plácido, 2003 —donde sintetiza su tesis “Tatproportionale Strafzumessung”, de 1999 y el prólogo de su maestro Schünemann—; PAWLİK, M., *La Libertad Institucionalizada*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 102 y ss.; ROBINSON, PAUL H., *Principios distributivos del Derecho Penal*, Madrid, Marcial Pons, 2012; SILVA SÁNCHEZ, J., “La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático). Un primer esbozo”, en *InDret*, 2/2007; FEIJÓO SÁNCHEZ B., *Retribución y Prevención General*, Montevideo, BdeF, 2007, p. 676 y ss. —hay una síntesis en *InDret* 1/2007—; PERALTA J. M., *Motivos Reprochables. Una investigación acerca de la motivación individual para el Derecho Penal liberal*, Madrid Marcial Pons, 2013 (tesis del autor); ZAFFARONI, EUGENIO R., *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, t. V, Bs. As., Ediar, 2004, p. 270 y ss. —ahora en *Derecho Penal*, Bs. As., Ediar, p. 947 y ss.—; ZIFFER, PATRICIA, *Lineamientos de la determinación de la pena*, 1ª ed., Bs. As., Ad-Hoc, 1996; BAIGÚN-ZAFFARONI, *Código Penal Comentado*, arts. 40 y 41, t. 2-A, Bs. As., Hammurabi, 2007; la importancia pionera de la obra de Bruns es destacada de forma unánime. Ver por todos, ROXIN, C., *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, ed. Reus, 1981 (inicialmente publicado en su homenaje, 1978).

Es que, en el tránsito desde la filosofía del sujeto a la de la comunicación, el derecho —incluido el penal—, se comprende como práctica discursiva destinada al consenso leal; es decir, fundada en su propia legitimidad constructivo-procedimental (validez), en el marco de la positivización de aquellos viejos principios “inmanentes de la razón” en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, que los fijan como “consensos con pretensión de universalidad”.

A la vez, el “giro lingüístico” y “pragmático” ha revalorizado a la **norma individual** como momento derivativo —como dice Klaus Günther—, desde el discurso de fundamentación de la **norma general**, al concepto de **coherencia** o adecuación en el discurso aplicativo, como producto de una argumentación dirigida por una exigencia de imparcialidad.

Ha de ser, entonces, en la teoría de la decisión judicial, como epistemología de la validez de la **norma individual**, que se deberá construir ese *quantum*, en el método dialógico de confutación indicado en las formas constitucionales, como una gramática performativa o ilocucionaria reglada de actos de habla, que decante en la “verdad forense” argumentalmente controlable.⁽³⁾

A la luz de la legislación vigente, a la espera de la ansiada reforma penal en curso, hemos de proponer algunas ideas a la discusión:

- La primera es que la teoría de la determinación de la pena, para alcanzar el plausible objetivo de mayor racionalidad, controlabilidad y previsibilidad, debe conjugar los aportes de la discusión sobre las teorías de la pena a través de la dogmática del hecho punible.
- El “principio del hecho” y de “culpabilidad de acto” deben fijar en retrospectiva la argumentación sobre la individualización de la pena, a lo que se debe adosar todo lo atinente a lo que se ha denominado “compensación constructiva o destructiva” de la culpabilidad material por actos o circunstancias posteriores al hecho. El concepto de culpabilidad de autor o peligrosidad debe ser eliminado por afectar a los principios aludidos.

(3) Me he referido a estos temas recientemente en “La racionalidad en la legislación penal a pesar de los “malos tiempos”, en *El Dial*, 31/5/2013; en “La reforma procesal penal como producto de una política criminal racional”, *El Dial*, 20/08/2013 —ambos del Suplemento de Derecho Penal y Procesal Penal—; y en “Observaciones al proyecto de juicio por jurados”, sobre la teoría de la decisión judicial, en *Instituciones del Proceso Penal Acusatorio*, ed. Delta, 2012.

De todas formas, la pretensión de una precisión matemática en la cuantía punitiva, a fuer de loable, aparece casi como un *deja vu* de la Ilustración desconfiada del *ancient regime*, que minimiza la evolución de la pragmática de la **norma individual** en las teorías de la argumentación.

3 | Nuestra normativa

Como ha demostrado, entre nosotros, Zaffaroni desde su insuperable *Tratado*, nuestra legislación se basó en el sistema flexible del Código Bávaro de Feuerbach —con la excepción de penas fijas como la perpetua—, en la modalidad del suizo, en el sentido de criterios legales generales con señalización de circunstancias que pueden agravar o atenuar la pena.

No obstante, el proyecto de 1906 recogió erróneamente en la redacción del actual art. 41 CP la fórmula del art. 100 del Bávaro, que graduaba la pena de los menores —de 8 a 12 y de 12 a 16 años—, al que se le agregó, en el Senado, lo atinente a la miseria o dificultad de sustento y la alusión a “peligrosas inclinaciones” del original —de la traducción francesa de Vattel, en la que se habla de “malas”, se pasa luego al término “perversidad”, para finalmente usar “peligrosidad”, apropiada por Juan P. Ramos de un modo patético como núcleo de la fórmula—.

Este entendimiento “peligrosista” con un dejo Liszteano —los elementos del delito serían un presupuesto formal de la peligrosidad del autor— ha enturbiado la discusión fructífera de la determinación de la pena por mucho tiempo, paradójicamente incluso en quien, como Soler, fue un demoleedor crítico del peligrosismo.

Con buen criterio, el Proyecto Integral de Reformas al Código Penal — Resol. 303/04 y 136/05—, que seguro ha de tenerse en cuenta en la actual comisión reformadora, ha mejorado el texto que prevé ahora como fundamento de la determinación de la pena a la culpabilidad, limpiándolo de referencias peligrosistas.⁽⁴⁾

(4) Véase ZAFFARONI, EUGENIO R., *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, t. V, op. cit., p. 287. La anécdota es, vista hoy, hasta graciosa, pues Ramos criticó duramente al Código del '22 por lo mejor que tenía: su prosapia liberal feuerbachiana, contraria al “peligrosismo”, de moda en ese entonces. Pero al descubrir que el cambio nominal podía llevar “agua a su molino”, se colocó de manera insólita como si fuese el mentor del concepto dándole un

Se pretende así racionalizar el sombrío panorama actual luego de la tristemente célebre reforma “Blumberg Strafrecht”, según el genial humor negro de Maier, de muy dudosa constitucionalidad, más allá del esfuerzo interpretativo “conforme u orientado a la Constitución”, al decir del *VberfGE*.

4 | Breve referencia a las Teorías de la pena

En el marco espiritual de una política criminal todavía esperanzada en las posibilidades integrativas e inclusivas del “Welfare State” de fines de los sesenta, Ulrich Klug, desde el racionalismo crítico, pronunciaba su “Abschied von Kant und Hegel”, acusando a las tesis absolutas de “...excesos líricos e irracionales y todo lo dudoso que ellas encierran desde el punto de vista epistémico, lógico y moral...”.

Es obvio que alguien como Klug no embatía contra la dignidad de la persona que se halla en la filosofía moral de Kant o de Hegel, sino contra su abstracción.

Pues bien, la complejidad del actual “espíritu del tiempo” con la que debe vérselas el derecho penal, en lo que se ha denominado la sociedad “securitaria” o del miedo, ha tornado “lírico” precisamente a aquel añorado mundo “welfarista”.

Aunque Kant arremetía contra los discursos utilitaristas de la Ilustración, —como hemos dicho en otras oportunidades—, su idea de la pena no es “absoluta”. Dice Kant que “... si el número de cómplices fuera tan grande

.....
sentido que no poseía, pero que paradójicamente signó la interpretación doctrinaria y los proyectos de reforma, y hasta los aportes de los discípulos de Jiménez de Asúa. El texto fundante se puede ver en FEUERBACH, A., *Tratado de Derecho Penal*, Bs. As., Hammurabi, 2007, p. 105 y ss.; para dicha interpretación, ver por todos, SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho Penal Argentino*, t. 2, Buenos Aires, ed. TEA, 1978; ídem el repaso de ZIFFER, PATRICIA, en *Lineamientos...*, op. cit., p. 115 y ss., el trabajo de Ramos, sobre el que dice Zaffaroni “...es un modelo de lo que un científico jamás debe hacer...” , se halla publicado en la *Revista Penal Argentina*, VI, de 1926; sobre el llamado Proyecto Integral de reformas, que esperemos tenga definitiva sanción a través de la nueva Comisión de juristas designados, véase nuestro comentario en la colectánea del VI Encuentro de AAPDP, “La Reforma Penal y Político Criminal”, Bs. As., Ediar, 2007, p. 281 y ss.

que el Estado para librarse de semejantes criminales tuviera que llegar casi al extremo de no tener ya ningún súbdito y sin embargo no quisiera disolverse (...) no quisiera ante todo embotar el sentimiento del pueblo con el espectáculo de un matadero...", tiene el soberano el poder de imponer otra pena, que conserve la vida del conjunto del pueblo, pero como gracia, no como ley. Este criterio relativista lo sostiene también respecto del honor en el infanticidio y en el ámbito militar, pero sobre todo cuando debe concretar su idea "talional". Aquí, la proporcionalidad cede en los delitos contra la propiedad pues "...quien roba hace insegura a toda posible propiedad..." por lo que tiene que ceder al Estado sus fuerzas: "...esclavitud durante un cierto tiempo o, según las circunstancias, también para siempre..."⁽⁵⁾

Del mismo modo, en la crítica de Hegel al subjetivismo kantiano, se ve más claro que su pena concreta "en su cualidad o magnitud, es, empero, variable según la situación de la sociedad civil... ". Si la sociedad está todavía vacilante, se deben estatuir ejemplos mediante las penas, puesto que la pena es un ejemplo en sí misma frente al ejemplo del delito. En cambio, en la sociedad que está firme, la positivación del delito es tan débil que la eliminación de esa positivación debe medirse también según ella.

Los penalistas hegelianos, de gran influencia en el siglo XIX, "juridizaron" su abstracción filosófica y, sin obsecuencia alguna, combinaron de manera práctica el retribucionismo con finalidades preventivo especial o general. Así, en su *Manual*, Berner formuló la "Spielraumtheorie" aún dominante, y Köstlin, en su idea de derecho como condición de bien común, conjuga el delito como peligro para todos por el ejemplo a seguir, con la oportunidad al delincuente de corregirse mediante su "libre autodeterminación".

Estos solapamientos aparecen también en la "razón instrumental" de la Prevención General Intimidatoria de Feuerbach: la coacción psicológica eficaz que cancele el impulso sensual se halla condicionada "a que cada

(5) Véase KANT, IMMANUEL, *Metafísica de las costumbres*, A. Cortina Orts (trad. y notas), Madrid, Tecnos, 1989, p. 168 y ss. Me he referido a estos temas en mi colaboración al Congreso del Bicentenario en la UBA (2010), titulado "Solapamientos y paradojas en la discusión sobre la legitimidad de la pena Estatal frente a la actual expansión punitivista", publicado en *Jurisprudencia de Entre Ríos*, Supl. Derecho Penal, Delta editora, octubre 2013; y, antes, en AA.VV, *Homenaje a Jorge Eduardo Vázquez Rossi*, en el trabajo "Malos tiempos para el Derecho Penal ¿de la reivindicación de la víctima al neopunitivismo?", Ed. UNL, 2009, p. 173 y ss., y en las citas *in extenso* que allí se hacen.

uno sepa que a su hecho ha de seguir ineludible un mal que será mayor que el disgusto emergente de la insatisfacción de su impulso al hecho...".

Y aquí irrumpen los límites kantianos —"...el mal no puede ser impuesto sin el delito, el delito no puede ser cometido sin que el delincuente se exponga a la pena..."— y, por ende, un fundamento "consensual": el autor debe someterse a esa condición u omitir la acción. Y sobre todo en relación a que la coacción psicológica como finalidad normativa no vulneraba el imperativo kantiano —como sí lo hacía la prevención especial—, ya que su conminación abstracta no mediatizaba. En cambio, en su imposición se regía por criterios de justicia —retribución ajena a fines—, con lo cual, en realidad, era una teoría de la unión.

Obvio es recordar que las necesidades disciplinarias del positivismo mecanicista de la revolución industrial se fueron desentendiendo de la mordaza racionalista, como se ve claro en Von Liszt y su idea de dogmática sólo como barrera infranqueable a una prevención que no posee límites en sí misma. De allí, su célebre frase en el *Marburger Universitaetsprogramm*: "[ante] los irrecuperables (...) como no podemos decapitar ni ahorcar, y como no nos es dado deportar, no nos queda otra cosa que la privación de libertad de por vida...".

En esta evolución queda claro que la llamada "prevención especial positiva", cuando pierde el optimismo correccionalista —tanto el decimonónico de las ciencias médicas como el "welfarista" del Estado de Prestaciones de las socialdemocracias de la postguerra—, decanta en el aseguramiento cognitivo ilimitado: en la idea eliminatória defensiva que resurge hoy en la "punitive turn" anglosajona del "risk management" o "risk assesment" de la supervisión intensiva de la peligrosidad —*follow up*— y de las reglas conocidas por su nombre vulgar derivado del béisbol —"Three strikes you 're out"—, en las "shame sanction" o las "Selective Incapacitacion" frente a los "High riskoffenders" inglesa, o con la revitalizada "custodia de seguridad" ("*Sicherungsverwahrung*") germana, posterior a la pena para eliminación de peligrosidad, del paragr. 66 del StGB; es decir, en las medidas de seguridad postdelictuales tan preocupantes por su falta de límites.⁽⁶⁾

(6) Ver las citas efectuadas en la nota 5); JAKOBS, G., *El Derecho penal como disciplina científica*, Thomson-Civitas, 2008, p. 37 y ss., PAWLIK, M., *La libertad...*, op. cit., p. 15 y ss., y el impresionante y compartible trabajo de FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Retribución...*, op. cit., p. 63

La pluralidad de fines se sincera epistemológicamente en las variopintas formas de las llamadas “teorías de la Unión”, al igual que las que, aun negando tal mixtura, tienden a compatibilizar objetivos que, si no se unilateralizan, no son contrapuestos.

Incluso, quien, como Jakobs, ha sido muy crítico con los intentos de compatibilización, en sus últimos trabajos, y desde un muy alto grado de abstracción, se ocupa cada vez más de los problemas del mínimo de aseguramiento cognitivo que cimenta un orden normativo legítimo.

Así, a la explicación plausible en “Zur Straftheorie” de que el infractor no sólo no ha respetado la vida sino que la ha destruido, entonces no debe quedar únicamente la declaración aislada de que no debe anudarse al hecho sino también contraponerse al quebrantamiento una situación materialmente personal. Ahora, frente a la evolución legislativa de la “lucha contra la criminalidad” —económica, terrorismo, tráfico ilegal de drogas, delitos sexuales o hechos graves en general—, observa Jakobs que se imponen bajo el rótulo de “pena”, no la contradicción al hecho, sino su aseguramiento como individuo peligroso.

Aquí podríamos situar a sus discípulos, Pawlik o Müssig, redefiniendo la “Retribución en clave funcional”, en la que la culpabilidad es prevención en el sentido de comunicación personal.⁽⁷⁾

y ss., ídem correctamente en sentido crítico con la creciente reutilización de las “medidas de seguridad” para imputables: GUANARTEME SÁNCHEZ LAZARO, F., “Deconstruyendo las medidas de seguridad”, en *In Dret*, 2/2010; también, SILVA SÁNCHEZ, J., en el editorial con motivo del fallo del TEDDH que declaró contrario a la Convención a la aplicación retroactiva de la Custodia de Seguridad del StGB de la última reforma, “¿Es la custodia de seguridad una pena?”, en *In Dret* I/2011; en igual sentido, nuestra postura con motivo del fallo “Gramajo” de la CSJN y el art. 80 en relación al art. 52 CP, en “¿Límites temporales al poder penal del Estado?, en reunión de la AAPDP, Infojus, 2010; contra la tendencia en el ámbito anglosajón, ver LAMAS LEITE, A., “Nueva Penología, ‘punitive turn’ y Derecho penal ¿Quo vadimus? por los caminos de la incertidumbre (pos)moderna”, en *In Dret*, 2/2013.

(7) Ver JAKOBS, G., “La pena estatal: significado y finalidad”, en *Derecho penal y sociedad*, t. I, ed. Externado, 2007, p. 14 y ss.; las referencias en mi trabajo “Solapamientos y paradojas en la discusión sobre la legitimidad de la pena Estatal frente a la actual expansión punitivista...”, *op. cit.*; PAWLIK, M., *La libertad...*, *op. cit.*, p. 75; FEIJÓO, SÁNCHEZ B., *Retribución y Prevención General*, *op. cit.*, y su teoría “comunicativa de la prevención general positiva”, p. 515 y ss., GÓMEZ JARA, C., “La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena. ¿el dolor penal como constructo comunicativo?”, en *In Dret*, 2/2008.

El repaso de estas teorías “relativas” tiene por objeto demostrar que abordar el análisis de la teoría de la determinación de la pena desde perspectivas de su teoría general culmina en un esfuerzo de poco rinde, tanto por la vaguedad de sus conclusiones como porque “saltea” o pierde de vista que, para su concreción, se debe cuantificar el injusto culpable y punible, en el que la dupla merecimiento/necesidad de pena, y la aludida tensión prevención/deontologismo, ya se hallan contenidas.

Este déficit se advierte incluso en la riquísima discusión planteada a mediados de los '60 en la crítica al retribucionismo del movimiento dogmático y político criminal que se reflejó en el Proyecto Alternativo de Reformas al Código de Reich, y que no avanzó tanto en la concreción de la determinación de la pena porque se estancó en el debate —esencial por cierto—, de las antinomias de las teorías de la pena.⁽⁸⁾

Fue correcta la crítica a la abstracción metafísica de la retribución entendida como deber de castigo si existía infracción culpable de la norma. Pero una vez “detrascendentalizado” el sujeto inteligible —el “noumeno” kantiano— y, más aún, traducida la hermosa metáfora de la dialéctica del amo y el siervo de Hegel en el rescate de Alexander Kojève al concepto de persona comunicativa, es llamativo que no se advierta que considerar al principio de culpabilidad como fundamento y límite del *ius puniendi*, es una garantía posibilitadora de la punición que de ningún modo impide su aminoración o innecesariedad.

En lenguaje simple: del axioma correcto en un derecho penal republicano de que “sin culpabilidad no puede haber pena, y no más que la proporcional con dicho quebrantamiento culpable”, de ninguna manera se deduce que, existiendo culpabilidad, deba imponerse pena y que ésta no pueda sustituirse, reducirse o eliminarse por razones de política criminal.⁽⁹⁾

(8) Por todos, SCHÜNEMANN, B., “La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo”, en B. Schünemann (dir.), *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 147 y ss.; ROXIN, C., “El principio de culpabilidad y sus cambios”, hom. a A. Kaufmann, en *La Teoría del delito en la discusión actual*, Grijley, 2007, p. 299 y ss.; ya antes, los aportes traducidos por Muñoz Conde en ROXIN, *Culpabilidad y prevención en el Derecho Penal*, op. cit.; MAURACH-ZIPF, t. I, p. 109 y ss., t. II, p. 717 y ss.

(9) Uno de los méritos indiscutibles de la corriente dogmática, dinamizada sobre todo por Roxin, como “abierto a los aportes de la Política Criminal” —es decir, a las comprobaciones de las ciencias sociales— fue traducir el contenido principalista de los principios de “ultima ratio”, proporcionalidad y humanidad de las penas en la sustitución o aminoración

De allí que, en los sucesivos aportes al tema realizados por Roxin, Bruns, Zipf o Frisch, sean correctas las críticas a las teorías usuales de la "Spielraum", o la del "punktstrafe" o, asimismo, las formuladas al "valor de empleo" o "stellenwerttheorie", por las dificultades del rigorismo para su reducción o admisión de substitutivos vinculado a la innecesariedad preventiva.

.....

según disminuyan las necesidades de respuesta sancionatoria; ello, sobre todo teniendo en cuenta las comprobaciones de la criminología sobre el fracaso de la resocialización; de los procesos de selectividad en la señalización de la conducta desviada como, asimismo, en el llamado "redescubrimiento de la víctima" y la prioridad de redefiniciones del conflicto en clave restaurativa o composicional. Nos hemos ocupado extensamente de estas cuestiones en el *Homenaje a Vázquez Rossi*, op. cit.; y, antes, analizando la compatibilidad de la reparación con las teorías de la pena —no existen, en realidad, teorías absolutas—, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales* de la UNL, n° 3, 2003; sobre la plausibilidad de una teoría discursiva como fundamento del derecho penal, tomada de las investigaciones de Habermas —*Teoría de la acción comunicativa*, t. I y II, y su derivación en el derecho, *Facticidad y Validez*, ed. Trotta, 4ta. ed., 1998; en los trabajos de KLAUS GÜNTHER, "Schuld und kommunikative freiheit", Klosterman-Frankfurt, 2005; cercano, KINDHÄUSER, Urs y su discípulo MAÑALICH, en la colectánea, *Pena y culpabilidad en el estado democrático de derecho*, Bdf, Montevideo y Bs. As., 2011; cercano, FEIJÓO SÁNCHEZ, B., en "La normativización del Derecho Penal: ¿Hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación?", en Ara (dir.), Gómez Jara (ed.), *Teoría de Sistemas y Derecho Penal*, 2007, p. 527 y ss., la reinterpretación de Alexander Kojève en la Introducción a la lectura de Hegel que realizó Quenau de los cursos que brindó aquél en los '30, y que se tradujo junto a la "Dialéctica del amo y el esclavo" en 1960; su traducción en términos discursivos, en HABERMAS, J., "Caminos hacia la detranscendentalización. De Kant a Hegel y vuelta atrás", en *Verdad y Justificación*, Madrid, ed. Trotta, 2002, p. 181 y ss. El Derecho Penal como instrumento profano del control social de una sociedad plural y anonimizada, que no se funda en un orden incondicional o absoluto, descansa en el reforzamiento coactivo de ciertas normas que expresan consensos comunicacionales básicos —el orden legítimo Constitucional—, sobre el reconocimiento de la calidad de persona —ciudadano— de sus miembros. Por ello, cuando hablamos de culpabilidad, no nos hallamos ante las meditaciones teologales de San Agustín y su pasado maniqueo sobre el "libero arbitrio": una facultad que le permite escoger un bien o un mal revestido de bien, ya que, en sí, esta facultad es buena, porque fue otorgada por Dios y todo lo que Él da es bueno. Por ello, en el mundo de la postmodernidad, la disputa dogmática sobre libertad vs. determinismo, aún con los nuevos aportes de las neurociencias, es de las más desenfocadas e infructuosas. En el mundo del Estado de Derecho el ciudadano goza del principio de neutralidad: no tiene el deber de conformarse materialmente con el contenido de las normas; en su rol de persona deliberativa puede tomar parte en su modificación o supresión por los canales institucionales, pero no tergiversar ese rol sencillamente no acatando esa norma. Como dice Günther: "El Estado democrático de Derecho vive del cambio regulado e institucionalizado entre los roles de ciudadano y persona de derecho". La lealtad comunicativa como correlato de la libertad comunicativa atribuida a la persona deliberativa consiste en no arrogarse unilateralmente ese cambio de roles. Por ello con razón, entre nosotros Bacigalupo recuerda que las transformaciones en el Derecho Penal son paralelas a las que se desarrollan en la concepción de la sociedad y en la filosofía de la pena, de donde la Dogmática de hoy "...no es negación del pasado; es la que habrían hecho nuestros antepasados si vivieran...", (en BACIGALUPO, ENRIQUE, *Hacia el nuevo Derecho Penal*, Bs. As., Hammurabi, 2006, p. 19 y ss.).

.....

Pero la dificultad persistente en la mayor concreción y, sobre todo, la discusión sobre agravantes al hecho en supuestos de reincidencia, pronósticos de peligrosidad, alarma social o “defensa del ordenamiento” o, en general datos atinentes a la “culpabilidad de autor”, han revitalizado perspectivas neo proporcionalistas.⁽¹⁰⁾

Ello, más allá de que, en su origen anglosajón o escandinavo —Von Hirsch o Jahreborg—, nada tienen que ver con nuestra praxis, pues se trataba allí de reducir la casi completa indeterminación punitiva dejada al segmento ejecutivo/penitenciario: tanto en la reformulación de Schünemann como —sobre todo— en la de su discípula Hörnle, se relaciona la justificación preventivo general con la medición retrospectiva del hecho —injusto culpable— en la concreción de las categorías dogmáticas, admitiendo los factores posteriores o preventivo especiales sólo para sustituir o aminorar la penalidad.

Se trata, como dice Feijóo, de un modelo de determinación de la pena orientado retrospectivamente, y no prospectivamente, que responde a la búsqueda de la pena justa, más que a influencias a terceros o al propio autor, pues ya la conminación abstracta no puede tener cabida en la imposición judicial. Y ello, aunque este autor critique la visión individualista desde el daño a la víctima y no el contenido comunicativo o dimensión del hecho en el orden social, y en los que atañen a la culpabilidad.

Como veremos luego, es digno de reconocimiento que no se dé cabida a agravamientos ajenos al hecho, como los vinculados a la peligrosidad del

(10) Ver las citas señaladas en 2) *supra*. Por todos, MAURACH-ZIPF, t. I, *op. cit.*, p. 109 y ss., t. II, p. 718 y ss.; y ZIFFER, *op. cit.*, p. 45 y ss. Que la relación entre culpabilidad y prevención genera aporías y ambigüedad en la determinación de la pena que diluyen el contenido garantizador y limitante —deontológico— de aquélla, lo demuestra, amén de la síntesis de las obras aludidas, la impresionante reseña que efectúa Bacigalupo de la doctrina española y latinoamericana desde los postescolásticos (fines de siglo XVI, principios del XVII) en *Hacia un nuevo...*, *op. cit.*, p. 373 y ss. De allí, la necesidad de la doctrina de “purificar” el concepto de culpabilidad para que sea “de hecho” y no se tiña de la revisión de la vida del autor con fines preventivos y, sobre todo, de pronóstico de peligrosidad, o de los problemas al tratar las “repercusiones extratípicas” del hecho; o, lisa y llanamente, de las opiniones que admiten la agravación por razones de prevención general o por la “defensa del ordenamiento jurídico”, sin que estas cuestiones se deriven de modo argumentativo de las categorías dogmáticas del injusto culpable o de elementos de innecesariedad que aparezcan en la visión deconstruccionista de ésta. Muy interesante por la elaboración y desarrollo infrecuentes en nuestra jurisprudencia, es la recopilación de GARIBALDI G., *El juicio criminal y la determinación de la pena bajo presupuestos del acusatorio*, Bs. As., Ad-Hoc, 2004, p. 71 y ss.

autor, o las repercusiones “ejemplarizantes” frente a “campañas de ley y orden” o perspectivas semejantes.

Solo señalaríamos aquí que el injusto es muchísimo más rico en análisis que el “resultado lesivo” que interesa a los autores anglosajones —ligados, quizás, a la tradición unilateral del “*harm principle*” de Stuart Mill—, desde perspectivas empírico-estadísticas, y que en la culpabilidad tienen que anidarse en la vastísima elaboración de más de medio siglo de sociología criminal —perspectivas interaccionistas, de las “subculturas”, del “estructural funcionalismo”, “asociación diferencial”; “críticas radicales”; “restaurativas”; “de género”, etc.—, de modo tal que el suceso delictivo no aparezca como aislado del “mundo de la vida” o de su reconstrucción discursiva.⁽¹¹⁾

Sigue siendo problemático, de todas maneras, el abordaje frente a la pretensión de agravación punitiva fundada en razones preventivo generales —alarma social, etc.—, como asimismo lo atinente al principio de igualdad, y sobre todo cuando las necesidades preventivas pujan por sobre el principio de culpabilidad del hecho a partir de considerar hechos anteriores como quebrantamiento intensificado del deber hacia “el proyecto de paz del derecho en general”; es decir, el aseguramiento cognitivo.

5 | Los intentos de concreción del injusto culpable

En lo que él mismo considera un “primer esbozo”, Silva Sánchez formula una propuesta de sistematización cuantitativa y cualitativa de concreción en una aproximativa calculable —incluso en números—.

A resultas de esta vivisección, se ordenan los grupos de casos intermedios, desde el caso más grave (máxima probabilidad + máximo daño + máxima infracción de deberes + máxima negación del

(11) FEJÓO SÁNCHEZ, (*La retribución...*, op. cit., p. 692 y ss.), más allá de apreciar como brillante a la tesis de Hörnle, que reconoce la influencia del autor inglés Von Hirsch, le critica que da excesiva preminencia al desvalor de resultado en la gravedad del hecho, en el sentido de cómo ve afectada la víctima su calidad de vida, cuestión que genera problemas con la menor ilicitud de la imprudencia, pese a los resultados lesivos y, sobre todo, en la infecundidad frente a delitos contra bienes jurídicos colectivos o supraindividuales o de peligro abstracto. Agregaríamos: frente a toda expresión de macrocriminalidad, o de corrupción económico-política, que resultan mejor comprendidas desde perspectivas discursivas —co-

derecho + intención y conocimiento seguro), al caso menos grave (mínima probabilidad + mínimo daño + mínima infracción de deberes + mínima negación del derecho + conocimiento sólo probable), los que a la vez deben ser integrados en un sistema comparativo.⁽¹²⁾

Esta elaboración es correcta y permite valorar no sólo las ya consabidas diferentes magnitudes del ilícito imprudente respecto del doloso, o dentro de éste, del desvalor de intención, representación segura o probable en el lado subjetivo; o la entidad de lesividad; la imputación parcial a la víctima o a la desgracia; las “cercanías” a la bagatela; a la infracción mínima

.....
municativas—. Para una revisión de las teorías “expresivas” de la pena, ver BETEGÓN, J., *La Justificación del Castigo*, Madrid, CEC, 1992, p. 301 y ss.

(12) Se destacan en estos esfuerzos certeros, los trabajos de Wolfgang Frisch, para significar uno de los teóricos más brillantes del Derecho Penal —como buen discípulo de Bruns, más allá que su importancia dogmática haya trascendido estos temas—, como “Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del derecho penal. Clasificación en las teorías de la pena, configuración material y exigencias del Estado de Derecho”, Patricia Ziffer (trad.), en *In Dret* 3, 2007; hay un seguimiento de su línea evolutiva en ZIFFER, PATRICIA, *Lineamientos...*, op. cit., p. 102 y ss., en FELJÓO, op. cit., p. 693 y ss., y en SILVA SÁNCHEZ, quien en el trabajo citado (*In Dret*, 2/2007), desmenuza el injusto a los fines de la determinación de la pena en:

A) El injusto objetivo,

a) El injusto ex ante;

a.a.) Riesgo para el bien jurídico concretamente protegido;

a.a.a.) Dimensión cuantitativa;

a.a.a.a.) Grado de probabilidad ex ante de la lesión: 1. seguridad, 2. probabilidad máxima, 3. probabilidad media, 4. probabilidad mínima, 5. improbabilidad.

a.a.a.b.) Magnitud esperable de la lesión (pronóstico de cuantificación del menoscabo del bien jurídico —sólo en bienes jurídicos susceptibles de ello—): 1. Máxima, 2. media, 3. mínima, 4. inexistente.

a.a.b.) Dimensión cualitativa:

a.a.b.a.) Infracción de deberes especiales en relación con la situación típica: 1. deber de garante de intensidad máxima, 2. deber de garante de intensidad media, 3. deber mínimo, 4. ausencia de deber.

a.a.b.b.) Elementos de contenido expresivo o simbólico (móviles, etc.) contemplados ex ante;

a.b.) Riesgos para otros bienes: las consecuencias extratípicas previsibles;

b) Injusto ex post: medida efectiva de la lesión (o efectiva puesta en peligro) y de la negación de la norma: 1. Lesión máxima, 2. Lesión media, 3. Lesión mínima, 4. Ausencia de lesión.

B) La imputación subjetiva: intención y grados de conocimiento: 1. intención + conocimiento seguro, 2. intención + conocimiento probable (pero hay distintos grados de probabilidad y de conocimiento de ésta), 3. intención, 4. conocimiento seguro, 5. conocimiento de lo probable (pero hay distintos grados de probabilidad y de conocimiento de ésta), 6. conocimiento de lo posible, 7. desconocimiento vencible, 8. desconocimiento invencible.

de deberes positivos; la imputación parcial al agredido u ocurrente en las permisiones, el salvamento objetivo sin representación, etc.⁽¹³⁾

A esto se le agrega lo que señala José Milton Peralta en cuanto a la dimensión del principio de igualdad, que es un dato comparativo que debe sistematizarse sobre todo a nivel de Tribunales de Casación, ya que el

(13) Ver CERCANO, FEIJÓO, *op. cit.*, p. 715 y ss., ídem el impresionante trabajo de tesis de Peralta, ya citado. Solo desearía hacer algunas acotaciones, toda vez que el tratamiento de cualquiera de ellas excede este pequeño aporte a la discusión actual. El primero es que, en el ámbito de la imputación normativa —tipo de injusto—, el legislador con frecuencia criminaliza estadios sucesivos de ilicitud en lo que he llamado “infracciones en escalera”: fenómenos de concurso aparente desde “riesgos lejanos o abstractos” —es decir, desde la centralización de la prohibición de síndromes por su idoneidad—, “riesgos concretos o lesión” —v. gr., delitos contra la integridad sexual; delitos contra la libertad y agravantes, con frecuentes solapamientos y dificultad de distinción con la tentativa del ilícito agravado—. Debemos concluir forzosamente que no puede el tipo de riesgo abstracto tener un marco punitivo mayor, tal como acaece con el abuso de armas, —art. 104 CP— y la portación de arma de guerra, salvo obviamente que sea desplazada por tentativa de homicidio ya con dolo eventual. El segundo tema es que en un injusto que se basa en el quebranto de expectativas comunicativas, en palabras de Jakobs, “...el resultado complementa la acción de tentativa convirtiéndola en acción de consumación, así como convirtiendo el injusto de tentativa en injusto de consumación...” (*Derecho Penal*, 2ª, Madrid, Marcial Pons, p. 204). El tercer punto es que lo esencial es el quebranto de deberes —negativos o positivos—, que se adscriben desde la imputación. Que se realicen por acción u omisión es un problema de interpretación de la extensio típica sin necesidad de “cláusulas de equivalencia”, por lo que nada hay en la comisión por omisión que amengue el injusto *per se*. En el “lado subjetivo”, contrariamente a lo que sostiene ahora de nuevo Milton Peralta, entiendo que el desvalor de intención —tradicionalmente llamado “dolo directo” o de “primer grado”—, reviste mayor entidad que el dolo eventual entendido como “representación racional de la probabilidad del resultado típico”, toda vez que es una agravante del mismo que, en el lenguaje del mundo de la vida, supone que el autor pone todo de sí —de propósito— para el éxito de su plan delictivo. Quien acierta por azar en un plan irracional no actúa con dolo, pero quien se monta en un plan idóneo, y además agrega el lado conativo hacia dicho objetivo, esgrime un grado mayor de afectación a la norma, al igual que quien actúa en desvalor de consciencia segura. No hay porqué dejar de lado el aspecto intencional tan propio de los predicados disposicionales y, por ende, expresivo en el plano comunicacional. Con respecto a la imprudencia, entiendo a la misma como error de tipo evitable, es decir desde una teoría de la imputación genérica para todas las formas de ilicitud y un *minus* desde el lado subjetivo —cognoscibilidad individual—, por lo que aún en la “temeraria”, siempre conlleva una penalidad inferior al dolo. He sido enfáticamente crítico de la tendencia jurisprudencial a “travestir” casos de riesgos absurdos pero generales del mundo de la vida en dolo, nada más que por la terrible cantidad de víctimas —v. gr., el tristemente célebre caso “Cromagnon”—. La literatura sobre estos aspectos es inmensa, cito por todos, la tesis de excelencia de PÉREZ BARBERÁ, G.: “El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental”, (Bs. As., Hammurabi, 2011); PERALTA, MILTON, *op. cit.*, p. 163 y ss., reciente sobre el resultado como mayor necesidad de pena, y la acción de tentativa acabada como máximo de merecimiento en el trabajo de SILVA SÁNCHEZ publicado en *InDret* 1/2013, donde releva la continuidad del debate anglosajón, ya acallado entre nosotros. Ver, en tal sentido, la contribución de Ferrante al Hom. a Righi —FERRANTE, M., “Con el fin...”, en Gustavo Bruzzone (coord.), *Home-naje al Dr. Esteban Righi*, Bs. As., Ad-Hoc, 2012, p. 369—; imprescindible en todos estos temas; y SANCINETTI, M., tanto su tesis *Teoría del Delito y disvalor de Acción* (Bs. As., Hammurabi, 2003) como sus sucesivos aportes.

abordaje de la determinación de la pena en la franja inferior o superior no puede depender de la ubicación geográfica o ideológica de un tribunal.

El tratamiento de cada una de estas cuestiones excedería el marco de esta exposición, por lo que preferiría destacar sólo dos aspectos vinculados:

a) El primero es la capacidad de rendimiento del principio de culpabilidad material, en el sentido de estricta culpabilidad de acto para la valoración del injusto y de su complemento ampliado *ex post* con las circunstancias “deconstructivas” de culpabilidad al momento del dictado de la **norma individual**.

b) El segundo atañe al marco legal fijado por el legislador en ejercicio de su competencia constitucional que, más allá de las críticas o resistencia desde lo académico, nos lleva a concluir que los límites mínimos de los marcos penales en las penas divisibles, en sistemas como el argentino, no son meramente indicativos ni disponibles arbitrariamente por el Juzgador en la **norma individual**, salvo —como todo aspecto normativo—, que aquélla se traduzca en una grosera vulneración de derechos fundamentales.

En lo que hace a la primer cuestión —a)—, y quizás como rémora de la crítica a una noción etizante de retribución vinculada a la idea metafísica o del debate teológico sobre el libre arbitrio, se afirma ahora que la culpabilidad en la determinación de la pena no podría agregar nada a la imputación del injusto, porque ello sería propio de una noción caracterológica o de conducción de la vida, y que sólo podría tener incidencia como disminución de la culpabilidad.

Así lo dice Silva Sánchez —en consonancia con Feijóo y con Hörnle—, quien considera que la actitud interna contraria al derecho constituye la pieza central del injusto entendido en sentido ideal, lo que justifica su traslado —en tanto que trascendente intersubjetivamente— a una concepción comunicativa del injusto, en la que, además de la base empírica de peligro o lesión de un bien jurídico, se tenga en cuenta el aspecto simbólico de mayor o menor negación del derecho.⁽¹⁴⁾

(14) En “La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático). Un primer esbozo”, *op. cit.*; extensamente, HÖRNLE, en *Determinación...*, p. 54 y ss., ídem, FEIJÓO, *Retribución...*, cit., p. 680 y ss., imprescindible y con amplísimo desarrollo la tesis de PERALTA, *Motivos...*, cit.; ver también, PERALTA, “Homicidios por odio como delitos de sometimiento”, en *InDret*, 4/2013. En la investigación aludida Peralta llega a la conclusión de que la única ma-

Desde siempre ha generado dudas a la doctrina la ubicación del problema de los "motivos", del "ánimo", o los llamados "elementos de la constitución" o de "actitud", sobre todo cuando el legislador los ha incluido como agravantes de tipos básicos, como elementos subjetivos distintos del dolo —v. gr. en los Homicidios, en los incs. 2º, 3º, 4º y 8º, a lo que ahora se ha agregado el "femicidio"—, en principio, como decía Jakobs, en tanto no importen sólo la "reprochabilidad de la voluntad de obrar —en la vieja distinción welzeliana—, sino "...ya de la relación de finalidad elaborada por la voluntad de obrar interpretarlos como elementos subjetivos del injusto sería lo más adecuado...". El propio ex-catedrático de Bonn alertaba sobre el riesgo de "etificación", en tanto "se completa la indicación de una descripción de acción con la indicación de con que actitud no se debe obrar, lo que afecta la taxatividad del tipo".

No nos problematiza esta idea toda vez que la culpabilidad es del concreto injusto y ambos conceptos son heurísticos, son constructos culturales propios de lo que Norbert Elías ha destacado como psico y sociogénesis civilizatorias, de ningún modo no "situados" históricamente. No se aboga aquí por la vuelta a la indistinción entre **injusto** y **culpabilidad**, sino que se busca señalar algo de lógica elemental: todos los elementos del injusto se integran en el "tipo" de culpabilidad como elementos "positivos" junto a la imputabilidad —siempre que no se vean desplazados por el aspecto "negativo" o exculpación—. Como veremos, en el concepto de "persona", donde tensionan los aspectos preventivos y garantísticos de la dig-

.....

nera legítima a un derecho penal liberal de valorar los motivos, es como gravedad de ilícito, en el sentido que se trata de epifenómenos de la ausencia de reducción de la gravedad objetiva del hecho —es decir, ningún atisbo de tipo permisivo—, en la línea del trabajo de MÜSSIG, "Mord und Totschlag", de 2005, aún no traducido, como manera de preservar el derecho de ser interiormente malvado del autor. En el trabajo de *In Dret*, continuando la concreción con los tipos agravados por motivos, o el reciente de femicidio, Peralta concretiza su tesis en el sentido que éstos responden a una idea de sometimiento. Lo que distingue a los homicidios por odio es que el autor mata porque la víctima no vive conforme a los parámetros que aquél considera correctos. En sus palabras, "...para evitar ser víctima y provocar al agresor, la mujer, por supuesto, especialmente la que está en pareja, debe llevar adelante un modo de vida sumiso y digitado por el hombre. Se puede ver que, una vez más, donde debe regir la autonomía rige la heteronomía...". Esta idea sumamente plausible se puede extender a la fundamentación de los homicidios agravados de los incs. 2º, 3º, 4º, "*criminis causae*", 8º y al ya mencionado femicidio. Agregaría yo que no es necesario modificar la caracterización de estos elementos, como tradicionalmente la doctrina ha hecho, como "subjetivos distintos del dolo", en su referencia a "motivos", más allá que no se trate de "Derecho Penal de Ánimo o de autor", tal como lo hace SANCINETTI, en *Teoría...*, p. 332 y ss., ídem, Jakobs, *Derecho Penal*, op. cit., p. 373 y ss.

.....

nidad humana y autonomía, es donde se atribuye qué circunstancias son competencia del autor y cuáles, por su inexigibilidad, deben imputarse a la desgracia o a terceros.⁽¹⁵⁾

Ahora bien, esta noción de “culpabilidad material” es central en la justificación —como legitimación— de la penalidad. Si bien no se la puede entender como “entidad” —metafísica—, ya que se trata de algo atribuido —no descubierto—, es una categoría que se reconoce en la praxis colectiva y debe partir de que existen preferencias que son constitutivas de la identidad contingente de la persona como algo plausible.

La legitimidad de una norma, provisional y por ende derrotable —no sólo su legalidad—, se halla en la justificación democrática de la autoridad del derecho, es decir que quien es hecho responsable puede ser imaginado en el doble rol de persona como *status* de ciudadano y persona en derecho. Esto —que, siguiendo a Habermas, Günther denomina “personalidad deliberativa”— entrelaza la posibilidad de participación en los discursos públicos y en el espacio reglado. Como ciudadano, él puede controvertir y perseguir la modificación o derogación de la norma, pero no puede invocar ese derecho para eximirse de seguirla. Y esto sólo es posible si esta norma puede ser tomada como propia, es decir, hablada como su propio lenguaje.

Y para que este “ser responsable” por el quebrantamiento de deber por un hecho no sea “cargado” moralmente, la motivación por la cual se cumple dicha normatividad no debe interesar. Sólo se fijan en reglas ciertas condiciones negativas que determinan que deje de ser esperado el seguimiento (minoridad, incapacidad, sacrificio existencial, desconocimiento inevitable), que Günther denomina “atribución derrotable de normalidad personal”, como hipótesis generalizada de ciertas capacidades asociadas al concepto

(15) Ver por todos, JAKOBS, G., *Derecho Penal*, op. cit., p. 373 y ss., p. 596 y ss.; ROXIN C., “El Principio de Culpabilidad”, en *Estudios...*, p. 365 y ss.; BACIGALUPO, E., *Derecho Penal*, 2ª ed., Bs. As., Depalma, 1997, en referencia a las agravantes del art. 22 de CP Español; SANCINETTI, M., *Teoría del delito...*, op. cit., p. 332 y ss.; ZIFFER, P., *Lineamientos...*, op. cit., p. 59 y ss.; ROXIN, C., 2ª ed., p. 184 y ss., p. 314 y ss., p. 798 y ss.; ZAFFARONI, E., *Tratado*, t. III, p. 380 y ss., t. IV, p. 52 y ss., t. V, p. 303 y ss.; ZAFFARONI, E., *Derecho Penal*, en su concepto de “vulnerabilidad”, p. 620 y ss.; una revisión exhaustiva de la relación entre determinación de la pena, culpabilidad y dogmática, con referencia especial a los “motivos”, como vimos en la nota anterior, orientada a la ausencia de justificación, en la completísima tesis de PERALTA, *Motivos Reprochables...*, op. cit., p. 121 y ss.

de persona. En otros términos el concepto de persona culpable se fija indirecta o implícitamente en la superación de esas condiciones negativas.⁽¹⁶⁾

Pero que no se exija una motivación de moralidad coincidente con la norma penal, sino sólo la superación del umbral negativo, no quita que el legislador republicano no pueda legítimamente establecer en tipos penales —es decir, en reglas prohibitivas o de mandato— que algunas motivaciones particularmente contrarias a los principios de dignidad o igualdad representen riesgos jurídico penales —ya se trate de tipos básicos o calificados— en los clásicos elementos subjetivos distintos del dolo —de ánimo o motivos—: v. gr., el odio racial o religioso, el abuso en razón de género, etc. que se anidan, v. gr., en las agravantes del homicidio o lesiones, como asimismo en la privación de libertad.

Ciertamente, como ha demostrado con rigor Peralta, estos “motivos” reprochables pueden traducirse en la ausencia total —ni atisbo, siquiera— de permisión. No obstante, ello no oculta, más allá del nominalismo de “epifenómeno”, que no se trata de algo interno e inasible sino de algo que tiñe el hecho ilícito de una particular negación de la condición de persona del otro; de allí, su correcta conceptualización de ilícitos de sumisión: v. gr. no se trata del color o de la raza, o del género, sino de que tales condiciones humanas pueden existir a condición —según la visión del sujeto activo— de que las víctimas no pretendan ejercer esos derechos humanos de igualdad y dignidad.

El legislador democrático se halla plenamente legitimado para centralizar los riesgos considerando ilícito penal a la conducta discriminatoria, como asimismo para agravar ilícitos contra la vida o la libertad.

Resulta obvio, entonces, que si estos “motivos” se reprochan no es por razones morales, sino porque quebrantan normas generales que protegen la dignidad e igualdad de las personas, por lo que nada obsta a que, en

(16) Ver por todos, HABERMAS, J., *Facticidad...*, op. cit., p. 63 y ss., Epílogo a la 4ª ed., p. 645 y ss.; GÜNTHER, KLAUS, *Schuld...*, op. cit.; GÜNTHER, KLAUS, “El desafío naturalista del Derecho Penal de Culpabilidad”, en *Revista Derecho Penal*, Rubinzal-Culzoni, 2013-1, p. 91 y ss.; cercano, KINDHÄUSER, URS, “La culpa penal en un Estado democrático de Derecho”, en *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996; ídem con su discípulo MAÑALICH, en la colectánea *Pena y culpabilidad...*, ya citada, y el prólogo de SILVA SÁNCHEZ; VER TAMBIÉN FEIJÓO SÁNCHEZ, B., en “La normativización del Derecho Penal...”, op. cit., ídem en *Retribución...*, op. cit., p. 603 y ss.

defecto de su tipificación como agravantes o como tipo autónomo, se analicen en la culpabilidad material como deslealtad comunicativa.

Lo único que cambia es que cuando estos motivos se anticipan en el ilícito, no podrán ser vueltos a valorar en la culpabilidad por la "prohibición de doble valoración".

Ello acaece, también, en la infracción de deberes positivos, en donde el injusto más o menos grave —v. gr. cohecho— puede complementarse con una mayor deslealtad comunicativa por esa mayor competencia, al demostrarse en el proceso las comprobadas "técnicas de neutralización" a las que aludían Gresham Sykes y David Matza —por ej., "robo para la corona", "roba pero hace", o el mito empresario de que "solo así se puede competir", etc.—.

La plena autonomía que exhiben los funcionarios públicos y los sectores sociales de la llamada "criminalidad dorada" o del *"white collar crime"*, que tan certeramente detectó la teoría de la "asociación diferencial", no muestran un ápice de disminución de su exigibilidad normativa, ni tampoco aducen razones de justificación o atenuación de su reprochabilidad por el quebranto del deber. No se trata de un aumento del reproche por sobre la culpabilidad de acto, ni menos aún de un agravamiento por razones preventivas camufladas en el art. 41 CP, sino de que todo el ilícito pasa completo y no encuentra nada de mengua en sede de culpabilidad.

Un razonamiento como el de Hörnle, esbozado más arriba, aunque sustente la buena intención de limitar la frecuente infición de "culpabilidad por la conducción de la vida" que se aprecia en la jurisprudencia germana, es lógicamente incompleto: se admite que las situaciones cercanas al umbral negativo de asequibilidad normativa gradúan *"in minus"* a la culpabilidad de acto.

Sin embargo, cuando esta presión psíquica en su génesis es valorada negativamente por la norma —v. gr., el irascible o violento ataca a otro—, no podrá exhibir ello como atenuante pues ese "motivo" no es excusable, (*"entschuldbaren"*—disculpable—), sino que a él se le imputa, lo que deja "completa", en ese aspecto, su reprochabilidad; es decir, la no disminución es una forma de graduación de la gravedad de la culpabilidad.

Es obvio que, v. gr., los celos, la envidia, la soberbia o la mentira son motivos éticamente repudiables que no significan por sí elementos que puedan agravar la culpabilidad de acto, a diferencia de los nombrados más arriba —v. gr., odio racial, religioso, o de género— que sí lo cualifican, aunque tampoco aquéllos podrían ser esgrimidos por el autor para atenuar o eximir el reproche. Igual acaece con la intensidad del error de prohibición y la desidia o desinterés en salir de él.

Con mayor razón cuenta la graduación de la culpabilidad donde no pueden escindirse los motivos, en los supuestos de “conflictos de conciencia” que no alcancen a la exculpación, o más aún en los “casos trágicos” que se discuten en esta sede y que Tatjana Hörnle ha sintetizado en el escalofriante título “Matar para salvar muchas vidas”.⁽¹⁷⁾

Por el contrario, cuando se alude a que la “biografía del autor”, “...es una pieza más de una carrera criminal...”, y que pesarán los anteriores delitos, como “expresión tenaz” de no reconocimiento pese a la imposición anterior, —según Pawlik y su cita a Frisch en el homenaje a Müller-Dietz—, se le carga al autor algo de su vida anterior que por definición ya saldó con el ordenamiento jurídico. No es que no haya necesidad de reconfirmación de la Norma, es otra cuestión: el valor oclusivo del cumplimiento de la sanción —principio del hecho hace que ese “asunto” sea privado de valoración agravante—.

(17) Ver las referencias de notas 14); 15) y 16); me he ocupado de las comprobaciones de la sociología criminal en la colaboración a la obra de CHIARA DÍAZ, C., *La Ley penal Tributaria y previsional*, ley 23.771, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1990; ídem su actualización con motivo de la Ley 24.769, también de ed. Rubinzal. Existe también una síntesis actualizada de los aportes criminológicos, en la obra de I. Anitua; su trascendencia en la determinación de la pena, a través del concepto de “co-culpabilidad”, ya en el *Tratado de Zaffaroni*, t. IV, p. 53 y ss., t. V, p. 314 y ss., con ulterioridad Zaffaroni ha desarrollado los conceptos dinámicos de *status* y esfuerzo por la vulnerabilidad que complementan al reproche por culpabilidad de acto —siempre dentro de su postura reduccionista—, en *Derecho Penal*, p. 624 y ss., Sobre la ponderación valorativa de motivos en el análisis de las situaciones de necesidad, resulta imprescindible, SILVA SÁNCHEZ, JESÚS. M., *Consideraciones sobre la teoría del Delito*, Bs. As., Ad-Hoc, 1998, p. 221 y ss., e ídem, “Sobre las ‘situaciones de necesidad’ que no implican deberes de tolerancia”, en Mir Puig, Santiago y Luzón Peña, Diego Manuel, *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, España, McGraw-Hill Interamericana, 1999; sobre las valoraciones normativas en torno al error de prohibición, por todos, la excelente tesis de CORDOBA, FERNANDO, *La inevitabilidad del error de prohibición*, Marcial Pons, 2012 —sobre todo en la noción de carga o deber de verificar la licitud de la conducta, “obliegenheit”—, p. 350 y ss.; respecto a los casos “trágicos”, ver el mismo, “Estado de Necesidad y exclusión de la personalidad. La autorización para derribar un avión con pasajeros en caso de ataques terroristas”, en Gustavo A. Bruzzone, *Cuestiones penales. Homenaje al Profesor Doctor Esteban J. A. Righi*, Bs. As., Ad-Hoc, 2012, p. 261 y ss., el texto de HÖRNLE, T., “Matar para salvar muchas vidas”, en *InDret*, 2/2010; LLOBET ANGLÍ, MARIONA, “¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros?”, en *InDret*, 2/2010.

Aquí estamos ante la culpabilidad de autor o lisa y llana peligrosidad, tal como enfatiza Bacigalupo comentando la jurisprudencia constitucional española y alemana o, entre nosotros, Zaffaroni o Ziffer, entre otros.

Por nuestra parte, hemos contribuido a la declaración de inconstitucionalidad del art. 14 en cuanto veda objetivamente la libertad condicional al reincidente, es decir una agravante fija. Obvio que esta agravación no podría justificarse pretendiendo tratarla en el injusto, como mayor afectación a la norma ya debilitada, o como antiguamente pretendió Armin Kaufmann en su "Lebendiges..." de que se contrariaba una "doble norma": ello no es más que tratar de vadear al principio de culpabilidad aludido.⁽¹⁸⁾

Respecto de lo segundo —b)— y brevemente: los marcos penales se hallan sólo relativamente determinados por el principio de culpabilidad por el hecho; en mayor medida, lo están por razones preventivo generales. Incluso, ante la conflictividad, las valoraciones de las sociedades de la post-modernidad han decantado en una legislación de mayor punitividad, tal como vimos al inicio y hemos tratado en otras reuniones de AAPDP.

Ahora bien, deducir de ello que dichos marcos —aunque sea en su límite inferior— son meramente indicativos —por ende, disponibles al arbitrio del intérprete—, es criticable por varias razones constitucionales y estratégicas.

La primera, es lo atinente a la división de poderes. En la sociedad democrática, el ámbito legislativo es el competente primario para la evolución del "mundo de la vida", y el que, mediante reglas generales, debe afrontar la irreductible diversidad o pluralidad de puntos de vista referentes a lo moral, y a qué aspectos sustanciales puedan ser decididos por criterios legítimos de mayorías, aun cuando difieran con la moral crítica o de algún ciudadano o sector social.

(18) PAWLK, *op. cit.*, p. 105 y ss.; ZAFFARONI, *Derecho Penal, op. cit.*, p. 904 y su voto en CSJN, "Gramajo"; ya antes en *Tratado...*, t. V, 161, antes de la reforma de su cuño, a la reincidencia y multirreincidencia, ley 23.057; ZIFFER, *Lineamientos...*, *op. cit.*, p. 155 y ss.; BACIGALUPO, ENRIQUE, *Hacia el nuevo derecho penal*, Bs. As., Hammurabi, 2006, p. 409; de otra opinión, pese a la derogación alemana de la reincidencia, ver ZIFF, en *op. cit.*, II, 782 y ss., sobre el recrudescimiento de las "medidas de seguridad" para imputables, nos hemos referido en los trabajos mencionados en nota 6) y 9); con respecto a las disminuyentes de culpabilidad posteriores al hecho, ver nuestro trabajo "La reparación en Derecho Penal", en *Rev. de la Fac. CJYS, UNL*, n° 3, 2003, p. 147 y ss., ídem, BACIGALUPO, E., en "Hacia...", *op. cit.*, p. 414 y ss.; BACIGALUPO, E., "Principio de Culpabilidad, carácter del autor y *poena naturalis* en el derecho penal actual" en *Teorías actuales en el Derecho Penal. 75° aniversario del Código Penal*, Bs. As., Ed. Ad-Hoc, 1998, p. 131 y ss.

Y, como contracara institucional, la legitimidad del control de constitucionalidad frente al principio democrático que da fuente al legislador penal, pese a no derivar de las mayorías eleccionarias, no se cimenta en un supuesto acceso privilegiado a la Razón en los jueces al uso del idealismo platonista, ni en que, de un modo paternalista, la judicatura haga valer sus juicios de valor moral frente a la “irracionalidad” legislativa, más allá de su frecuencia. Ni siquiera es necesario aquí acudir a la figura idealizante monológica como la del solitario y apoteótico “Juez Hércules” de Dworkin, poco compatible con la sociedad plural y anonimizada del “desencanto” weberiano.

Como dice Habermas “...el Tribunal Constitucional no puede adoptar el papel de un regente que ocupa el lugar del sucesor en el trono ante la minoría de edad de éste...”.

La fulminación de una norma en el caso concreto, sólo puede decidirse ante lo que aparece como contradictorio con el referido principio del discurso. Esto es, que sujetos racionales, en el marco de una comunicación leal —dirigida al acuerdo, sin coerciones, en igualdad, con pretensiones de universalidad—, no podrían hacer valer estos contenidos o su procedimiento formal como elementos compatibles con el mejor argumento, sino simplemente como acto de poder.

Que a cada juez penal del país se le ocurra, aún por sobre la pretensión partiva del acusatorio, que puede rebajar los límites de los tipos penales por razones de innecesaridad preventiva o de culpabilidad, generaría una inseguridad contradictoria, precisamente en el ámbito —determinación punitiva— donde más se ha criticado el decisionismo. Si, v. gr., el legislador ha consagrado una atenuación de reprochabilidad en situaciones de anomalía emocional que no son atribuibles puramente al autor —de allí, lo excusable—, en algunos bienes jurídicos y no en otros, el intérprete no puede extenderla discrecionalmente de modo que, llevándolo “*ad absurdum*”, pudiese un “paidófilo” pretender que actuó en “emoción violenta excusable” por provocación del niño.

Ciertamente, ello no implica aceptar cualquier desaguizado del legislador penal, sobre todo cuando torna en constituyente, pero allí está la riqueza de la interpretación dogmática restrictiva con fundamento principialista o deontológico, en lo que tradicionalmente se ha denominado

interpretación “conforme a la constitución” (*verfassungskonforme Auslegung*) —es decir, claramente adecuada a las normas de la pirámide kelseniana, desde la fundamental—, y la “interpretación orientada a la Constitución” (*verfassungsorientierte Auslegung*), que es aquella sistemática orientada a los derechos fundamentales, donde tiene toda su riqueza la distinción referida *supra*, y el llamado “desarrollo continuador del derecho” —v. gr., la adecuación interpretativa de nuestra Corte Suprema en el aborto eugenésico y sentimental—.

Finalmente, si nos hallamos con algo semejante a la famosa fórmula de Radbruch —es decir, a la inconciliabilidad—, procederá la fulminación de dicho piso normativo por inconstitucional. Así lo hemos propiciado en casos de Abigeato agravado, art. 167*quater* CP; en el art. 80 en relación al art. 52 CP; o en los casos de libertad condicional o petición de salidas en el régimen progresivo de la pena para los casos de perpetua o de tipos excluidos, arts.13 y 14 CP, según ley 25.892.⁽¹⁹⁾

6 | Conclusiones

Para alcanzar el plausible objetivo de mayor racionalidad, controlabilidad y previsibilidad, la teoría de la determinación de la pena debe conjugar los aportes de la discusión sobre las teorías de la pena —frecuentemente colmadas de solapamientos, paradojas y disputas verbales—, a través de la dogmática del hecho punible, de modo tal que el “*quantum*” de la sanción sea la consecuencia coherentista de aquella, tanto en la clase como en la cuantía y modalidad de cumplimiento.

(19) Ver HABERMAS, J., *Facticidad y Validez*, Jiménez Redondo (trad.), Madrid, Trotta, 1998, p. 354, ídem, p. 311 y ss., sobre la ponderación principialista como base del control de constitucionalidad, ALEX Y R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 2ª ed., CEC, 2007, especialmente su epílogo, p. 511 y ss.; correctamente, a mi juicio, sobre el mínimo y máximo de las escalas penales como “indicadores del valor proporcional de la norma”, ver ZIFFER, *op. cit.*, p. 36 y ss., cercano, ROXIN, *Derecho Penal*, t. I, *op. cit.*, p. 97; ídem, ZIPF, *op. cit.*, p. 721; sobre la interpretación ajustada u orientada a la Constitución, el texto de KUHLEN, LOTHAR, *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*, Madrid, Marcial Pons, 2012. Mi negativa a la “perforación de mínimos”, con fundamento institucional, no quita que rechace enfáticamente los aumentos del marco punitivo como parte de campañas “securitarias” tan frecuentes entre nosotros, pero hoy generalizadas en la “globalización del miedo” y la entronización de la exclusión social de manos del mundo financiero. Lleva toda razón Günther en que el derecho penal de culpabilidad no se verá modificado por las investigaciones de las neurociencias, pero sí frente al derecho penal postpreventivo de la lucha anticipada contra peligros, en la lógica de la custodia de seguridad, en “El desafío...”, *op. cit.*, p. 116.

Los principios político-criminales de merecimiento y necesidad de pena no deben jugar como “puntos de vista externos”, desconectados del sistema del injusto culpable y punible, sino que deben ser su expresión concretizada.

El “principio del hecho” y de “culpabilidad de acto” deben fijar en retrospectiva la argumentación sobre la individualización de la pena, a lo que se debe adosar todo lo atinente a lo que se ha denominado “compensación constructiva o destructiva” de la culpabilidad material por actos o circunstancias posteriores al hecho. Tal circunstancia no supone la entrada de concepciones de culpabilidad de autor o “por la conducción de la vida”, sino de “*actuscontrarius*” o circunstancias que demuestren la ratificación de la validez de la norma legítima infringida. El concepto de peligrosidad debe ser eliminado por afectar a los principios del hecho y de culpabilidad ya aludidos.

Los límites inferiores de los tipos penales no pueden ser considerados meramente indicativos y disponibles a discreción del intérprete, salvo grosera inconciliabilidad con los derechos fundamentales.

Podemos redefinir, corregida, la vieja tesis de la “Spielraumtheorie” como legitimación de la determinación procedimental de la pena en la magnitud racional de injusto culpable y punible que traduce la tensión deontológica y consecuencialista de un Derecho Penal Republicano.

En el texto preparado para el encuentro de la AAPDP, recordé una anécdota de Hassemer, en sus *Fundamentos...*, que tenía que ver con este complejísimo tema, pero que, a la vez, enfatizaba mi creencia que un poco de humor —aún sobre nuestras prácticas— es parte de ese sentimiento oceánico que Freud enunciaba en *El malestar en la cultura* y que, si bien no era vernáculo, bien podría serlo: dos magistrados hablan en un bar de sus casos, uno de ellos que le atañe personalmente:

A: ¡Me ocurre algo horrible, una mujer me ha demandado porque al parecer, mi perro ha mordido a su hijo...!

B: Bueno, al menos tendrás un seguro, ¿no?

A: ¡Por supuesto que no!

B: ¿Por qué “por supuesto”?

A: Porque yo no tengo ningún perro!

B: ¡Entonces todo saldrá a pedir de boca!

A: ¡Ah! ¡Como si yo no supiera cómo funcionan los Tribunales!!!

La disminución de la escala penal en el exceso en la legítima defensa

por **MARÍA MERCEDES GONZÁLEZ**⁽¹⁾

I | Introducción

I.1 | La exclusión de la antijuridicidad por la concurrencia de una causa de justificación

Frente a una conducta que se adecua a un tipo penal, puede suceder que ese comportamiento, frente a determinados supuestos, haya estado permitido.

Dado el tipo legal, se presume la ilicitud de la conducta y, con ello, se hace necesario analizar si hay alguna forma de desvirtuar el indicio de antijuridicidad de esa conducta que se afirmó con el tipo penal.

De esta manera, la presencia de esa antijuridicidad se verá desvirtuada si concurriere alguna causa de justificación.

Estas causas de justificación operan como permisos que el propio sistema legal otorga al sujeto para actuar de manera típica frente a circunstancias determinadas.

.....
(1) Abogada de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Prosecretaria Legal y Técnica en la Universidad Nacional de la Matanza (UNLM).

1.2 | La legítima defensa

En la legislación argentina, la legítima defensa está regulada en el art. 34, inc. 6º, y constituye el caso más ejemplificativo de una causa de justificación.

Actuar en legítima defensa torna jurídica a la conducta. La legítima defensa funciona como justificadora de la conducta indiciariamente anti-jurídica y viene a eliminar la contrariedad de la conducta típica con el orden jurídico.⁽²⁾

En cuanto a los fundamentos, ha sido dicho por algunos autores que implica la defensa del derecho mismo, del orden jurídico en sí mismo, en tanto que, para otros, es una mera defensa de bienes jurídicos y no del derecho en el sentido del orden objetivo.⁽³⁾

En doctrina se dijo que, desde el punto de vista del individuo, la legítima defensa se basa en el derecho de autoprotección y autodeterminación frente al ataque antijurídico, mientras que, desde el punto de vista del Estado, aparece como la defensa sustitutiva de la tarea de confirmación del derecho. Por lo cual, al darse la agresión ilegítima, aun estando la autoridad pública y al estar en peligro el bien jurídico, se habilita en principio la defensa. Pero hay que tener en cuenta que si la autoridad interviniese adecuadamente, no sería necesaria la acción defensiva. Como el eje por el cual pasa la legítima defensa es la agresión ilegítima, se da la contradicción entre derecho e injusto y, por ende, en este aspecto la fundamentación de la legítima defensa es que el orden jurídico no debe ceder ante el injusto.⁽⁴⁾

En la actualidad, la mayoría doctrinaria entiende que el fundamento de esta causa de justificación se basa en la idea de que el derecho no tiene por qué soportar lo injusto.⁽⁵⁾

.....

(2) ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, t. III, Ediar, 2004, p. 586.

(3) ZAFFARONI, *ibid.*, p. 586.

(4) DONNA, EDGARDO ALBERTO, *Teoría del delito y de la pena*, t. 2, Bs. As., Astrea, 1995, p. 139.

(5) ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 588.

En nuestro país, el art. 34 CP regula los supuestos más relevantes de causas de justificación, al tratar el estado de necesidad justificante en el inc. 3°:

“El que causare un mal por evitar otro mayor inminente al que ha sido extraño” y el inc. 6° “El que obrare e defensa propia o de sus derechos siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: a) agresión ilegítima, b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla, c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende...”.

Tanto el estado de necesidad justificante como la defensa legítima configuran las más relevantes causas de justificación, aunque estos justificativos no se encuentran únicamente previstos en el ordenamiento penal (algunos de estos supuestos son mencionados por el mismo art. 34, por ejemplo el actuar en cumplimiento de un deber, legítimo ejercicio de un derecho, etc.) sino también en otras ramas del derecho.

La diferencia fundamental entre la legítima defensa y el estado de necesidad justificante radica en que, mientras en la primera debe existir una agresión ilegítima que se repele, en el segundo supuesto se trata de una ponderación de intereses.⁽⁶⁾

Otra diferencia entre ambos institutos radica en que, mientras que en la legítima defensa el mal que se intenta evitar proviene de una conducta humana, en los supuestos de estado de necesidad justificante puede tratarse tanto de conductas humanas como de otras circunstancias, tales como hechos que provengan de la naturaleza.

Así entonces, la legítima defensa no requiere y no admite la ponderación de males sino que se determina por la peligrosidad e intensidad de la agresión.⁽⁷⁾

Los requisitos que establece el propio legislador para la concurrencia de la legítima defensa son: la presencia de una agresión ilegítima que es la que se repele, la necesidad racional del medio empleado para repeler esa

(6) Más bien se trataría de una ponderación de males conforme a nuestro ordenamiento penal puesto que, tal como regula el Código Penal Argentino, la conducta de aquel que actúa típicamente para evitar un mal mayor se halla justificada. En este sentido, véase ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 624.

(7) DONNA, EDGARDO ALBERTO, *op. cit.*, p. 138.

agresión ilegítima y la falta de provocación suficiente por parte de quien actúa en legítima defensa.

Para que concurra la legítima defensa debe haber tanto una agresión ilegítima como una acción defensiva, que va a ser la que se justifica frente al ataque ilegítimo.

La agresión es una amenaza que proviene de una conducta humana consistente en lesionar un interés jurídicamente protegido. Debe ser siempre una conducta humana agresiva y antijurídica.

Frente a esa agresión ilegítima, para estar justificada, la conducta defensiva debe, en principio, ir dirigida contra el agresor, aunque podría suceder que la conducta que tiende a repeler esa agresión ilegítima, recaiga sobre un tercero, tal podría ser un supuesto de autoría mediata.

La agresión que se repele debe ser antijurídica y, por lo tanto, no será necesario que el agresor actúe con capacidad de culpabilidad o no. La magnitud de los medios empleados para repeler la agresión tendrá que ver con la concurrencia misma del instituto como justificante.

En cuanto al límite temporal, enseña Zaffaroni que “La situación de defensa se extiende desde que hay una amenaza inmediata al bien jurídico, correctamente apreciada por el agredido, hasta que ha cesado la actividad lesiva o la posibilidad de retrotraer o neutralizar sus efectos”.⁽⁸⁾

Además, para que se de la justificación de la legítima defensa, debe haber un inmediato signo de peligro para el bien jurídico, en el sentido doctrinario y jurisprudencial, interpretado como inminencia.⁽⁹⁾

Por otro lado, aunque este tema no ha sido de pacífica solución en doctrina, para que se dé la justificante, debe haber falta de provocación suficiente por parte de aquél que invoca la legítima defensa.

(8) ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 603.

(9) Zaffaroni explica que “Aunque la inminencia sea requerida por la jurisprudencia y por la doctrina nacionales, nuestro texto para nada emplea la voz ‘inminente’. Estimamos que es correcto exigirla si con este término se designa el requerimiento de un inmediato signo de peligro para el bien jurídico, adecuadamente comprendido por su titular”, en ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 604.

Para Zaffaroni, a los efectos de la ponderación de la suficiencia de la provocación, no es posible enunciar reglas generales, pues se requiere una valoración que depende de una constelación situacional compleja, que el juzgador debe necesariamente tomar en cuenta.⁽¹⁰⁾ Y agrega:

“La ley niega el premiso de defenderse legítimamente a quien ha provocado suficientemente la agresión. La provocación suficiente será siempre una conducta anterior a la agresión, desvalorada por el derecho, en tal forma que haga cesar el principio fundamentador de la legítima defensa. Es verdad que nadie está obligado a soportar lo injusto, pero ello será siempre a condición de que no haya dado lugar a lo injusto con su propia conducta, mostrándose inadecuado para la coexistencia”.⁽¹¹⁾

En definitiva, si la conducta del agente es provocadora de la agresión ilegítima —en el sentido de ser detonante o motivo determinante para la conducta agresiva—, la defensa posterior del agente provocador no hallará la justificación penal. En el supuesto de concurrencia de error invencible, se dará la excepción al supuesto.⁽¹²⁾

Con respecto a la racionalidad a la que alude la ley, la doctrina ha entendido que debe analizarse estrictamente la necesidad del medio empleado para repeler la agresión ilegítima. Y, en este sentido, no se considerará necesaria la defensa cuando el sujeto hubiera podido desplegar otra conducta menos lesiva o, incluso, inocua para ejercer su defensa.

Cabe aclarar aquí un supuesto vinculado también con la necesidad del medio, que es advertido por la doctrina: el de aquellos casos en los que la agresión ilegítima puede ser evitada por medios no lesivos, como la huida o el requerimiento de ayuda estatal o de otra persona.

Respecto a la huida, generalizadamente la doctrina no la considera exigible, salvo en aquellos supuestos en los que la defensa resultare extremadamente desproporcionada.⁽¹³⁾

(10) ZAFFARONI, *ibid.*, p. 606.

(11) *Ibid.*, p. 607.

(12) *Ibid.*, p. 611.

(13) MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal parte general*, 7ª ed., IBDeF, 2004, p. 437.

Por otro lado, se ha entendido que el concepto de la necesidad no sólo proporciona el límite inferior sino también la frontera superior de la defensa admisible, de lo que se deriva que la defensa elegida por el agredido no es necesaria cuando dispone de otros medios menos gravosos. Consecuentemente, la persona que se encuentra en situación de legítima defensa ha de elegir entre aquel medio y aquella clase de defensa que, en el caso concreto, irroque menor daño.

No obstante ello, no es necesario que se intente la limitación a un medio defensivo débil y probablemente ineficaz.⁽¹⁴⁾

La necesidad del medio involucra tanto la necesidad de defenderse como la necesidad del medio defensivo que se utiliza.⁽¹⁵⁾

Si estos medios hubieran estado a su alcance, así se le hubiera exigido actuar; por tanto, si el agredido recurriera a medios que extralimitan los necesarios para su defensa, se plantearía un supuesto que va más allá de la legítima defensa.

Mir Puig cita un ejemplo que ilustra estos supuestos: “Aunque el agresor llevase también una navaja, la defensa no resultará necesaria si el agredido podía atajar fácilmente el ataque de otra forma menos lesiva en lugar de herirle mortalmente con el arma blanca que a su vez portaba”.⁽¹⁶⁾

2 | El exceso en la legítima defensa

El art. 35 CP regula los casos de exceso en el ejercicio de la legítima defensa.

Según la norma, “El que hubiere excedido los límites impuestos por la ley, por la autoridad o por la necesidad, será castigado con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia”.

.....

(14) MAURACH, REINHART y ZIPP, HEINZ, *Derecho Penal. Parte general*, t. I, Bs. As., Astrea, 1994, p. 451.

(15) Mir Puig denomina a estos dos supuestos como necesidad abstracta (defenderse) y necesidad de la concreta defensa (necesidad del medio); véase MIR PUIG, SANTIAGO, *op. cit.*, p. 435.

(16) MIR PUIG, SANTIAGO, *ibid.*, p. 437.

Es decir que el legislador prevé un supuesto de pena disminuida para los casos de transgresión en el ejercicio de la legítima defensa.

De lo que se trata, pues, es de un supuesto en el cual el ejercicio del derecho de la defensa legítima como causa de exclusión de la antijuridicidad ha sido transgredido en su materialización.

Sin embargo, en el campo de la doctrina se ha planteado una divergencia en relación a la interpretación de esta norma.

Así, se ha postulado la necesidad de resolver si trata de una causa de justificación excluyente de la antijuridicidad o de una causa de disminución o atenuación de la pena.

Para Bacigalupo,⁽¹⁷⁾ la necesidad de diferenciación parece ser, ante todo, el producto de una tendencia moralizante del derecho penal. Sostiene que ésta se pone de manifiesto especialmente en las restricciones que se han ido introduciendo al derecho de defensa necesaria. Dice el autor:

“Las posiciones dominantes a fines del siglo pasado y principios del presente afirmaban que el derecho no necesita ceder a lo injusto y que si ‘de acuerdo con la situación objetiva no es posible la defensa de otro modo, aun el más insignificante bien jurídico puede ser defendido dando muerte al agresor’. Hoy se piensa, por el contrario que el moderno desarrollo del derecho de defensa necesaria es la historia de su limitación por razones ético-sociales. La forma de fundamentar estas restricciones a que se somete en la actualidad a la defensa necesaria, parece demostrar que en la dogmática actual la antijuridicidad y su exclusión estarían regidas por principios ético-sociales y no por razones político-criminales. Por el contrario, en ningún caso se alegan fundamentos ético-sociales para establecer el porqué de la exclusión de la pena en los casos de las excusas absolutorias o de las condiciones objetivas de punibilidad”.

Para Bacigalupo, la delimitación de las excusas absolutorias respecto de las causas de justificación es producto de puntos de vista extra-sistemá-

(17) BACIGALUPU, ENRIQUE, *Delito y punibilidad*, Bs. As., Hammurabi, 1999, p. 119 y ss.

ticos e indica, además, que el criterio empleado en calificar un supuesto como excluyente de la antijuridicidad o como meramente eliminador de la punibilidad parece que no puede responderse mediante deducciones dentro del sistema jurídico de la teoría del delito. Para el Profesor, las razones por las que la defensa necesaria es una causa de justificación se refieren, sobre todo, al sentimiento jurídico y, en ocasiones, a suposiciones históricas.⁽¹⁸⁾

Nino, por su parte, entiende que existen dos maneras de excederse en la legítima defensa: una es la forma intensiva y la otra, la extensiva. Explica que :

“...hay dos formas en que el agente puede excederse —intensivamente— en su acción defensiva, las que corresponden a deficiencias en los requisitos de necesidad y proporcionalidad. La necesidad en sentido estricto es una propiedad que se da o no, sin que sea susceptible de una materialización parcial por exceso, pero (...), el concepto de necesidad que emplea el texto legal debe incluir, razonablemente, la idea de eficiencia, o sea la idea de que la conducta que se legitima sea el menos dañoso de los diferentes cursos de acción disponibles. En este sentido, (...) una conducta defensiva es excesiva si, aun cuando forme parte de una disyunción de acciones tales que alguna de ellas debe darse para impedir la agresión, la conducta en cuestión no es la menos costosa de los miembros de la disyunción. Por otra parte, si la conducta ni siquiera forma parte de la disyunción en cuestión (por ser, por ejemplo, posterior a la agresión), entonces ella no es una defensa excesiva, no es siquiera una defensa”.⁽¹⁹⁾

Para Donna, en general la dogmática ha entendido que la atenuación que dispone este artículo refiriéndose a la pena del delito culposo, significa que el exceso es una forma de auténtica culpa. No obstante, tal caracterización de la atenuación del art. 35 CP es impropia, en la medida que quien se excede hace lo que quiere hacer, mientras que en la culpa, al contrario, el sujeto produce lo que no quisiera; por este motivo, el exceso no pertenece a los hechos en que algo se produce sin quererlo. Lo que el

(18) BACIGALUPO, ENRIQUE, *ibid.*, p. 120.

(19) NINO, CARLOS SANTIAGO, *La legítima defensa*, Bs. As., Astrea, 2002, p. 165 y ss.

autor hace cuando se excede, coincide con lo que se propuso. La creencia errónea que haya tenido respecto de los límites del obrar permitido no modifica para nada aquella circunstancia.⁽²⁰⁾

En efecto, mal podrá la mera descripción de una norma modificar el aspecto subjetivo del autor. Cuando A actúa para repeler la agresión ilegítima de B, actúa con esa intención. Si para repeler la conducta de B, A dispara apuntando a su cabeza un arma de fuego y provoca la muerte de su agresor, no hay dudas de que actuó con dolo de homicidio. Ahora bien, si hubiera sido suficiente para repeler esa agresión el darle un golpe con un garrote, y siempre y cuando estuvieran presentes todos los elementos objetivos y subjetivos de la causa de justificación, se tratará de un supuesto de exceso en la legítima defensa. Esa circunstancia relacionada con la necesidad racional del medio empleado para repeler la agresión no halla vinculación con la faz subjetiva del tipo penal en el que encuadra la conducta de quien se defiende, y es por ello que no se puede sostener que el delito deje de ser doloso para ser culposo. En el ejemplo dado, A actuó con dolo de homicidio respecto de B para repeler su agresión, y no por imprudencia. Sin embargo, el menor reproche de que el art. 35 disminuye al equiparar la pena a la de los tipos culposos es —según cierto sector doctrinario— debido a que una conducta de acuerdo a la norma no le es completamente exigible al autor, a pesar de que éste actuó con desvalor de acción y de resultado.⁽²¹⁾

3 | La determinación de la pena

Según Zaffaroni, “La necesidad de la defensa debe valorarse siempre ex-ante y no ex-post, es decir, desde el punto de vista del sujeto en el momento en que se defiende. Quien dispara sobre el que apunta se defiende legítimamente, aunque después se descubra que el agresor le apuntaba con un arma descargada”.⁽²²⁾

La naturaleza de la acción no puede ser modificada por el legislador y éste es el motivo por el cual no puede considerarse que el motivo de la pena

(20) DONNA, EDGARDO ALBERTO, *op. cit.*, p. 210.

(21) *Ibid.*

(22) ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 614.

disminuida que prevé el art. 35 sea porque torna a la conducta dolosa en culposa, sino que debe interpretarse que ello es a los efectos de la punición solamente.

Si el exceso se debió a una especial perturbación del ánimo o de la capacidad de culpabilidad, sin duda alguna, el tema será resuelto a nivel de la culpabilidad.

Como dice Zaffaroni: “El que yerra sobre la necesidad de la defensa en razón de un estado de perturbación del ánimo da lugar a un problema de culpabilidad y, en caso que el miedo haya provocado un verdadero trastorno mental transitorio, se tratará a una causal de inculpabilidad (inimputabilidad)”.⁽²³⁾

Según Carlos Santiago Nino, “Los autores coinciden casi unánimemente en que el exceso en las justificantes constituye una causa de atenuación o de exclusión de la culpabilidad que deja intacta la antijuridicidad de la conducta”.⁽²⁴⁾

Para Zaffaroni,

“no se trata de que las conductas previstas en el art. 35 sean culposas, sino que el Código Penal establece, únicamente, que se le aplica la pena del delito culposo. La disminución de la pena que se opera en el mencionado supuesto no obedece a error ni a emoción ni a cualquier circunstancia similar que disminuya la reprochabilidad o culpabilidad de la conducta. No hay culpabilidad disminuida en tal supuesto, sino que se trata de una disminución de la antijuridicidad: es menos antijurídica la acción que comienza siendo justificada y pasa a ser antijurídica que aquella que comienza y concluye siendo antijurídica”.⁽²⁵⁾

.....

(23) *Ibid.*, p. 615.

(24) Nino formula una clara referencia en este punto a los distintos autores que tratan el tema. Así, refiere que Jiménez de Asua lo trata como una excusa absolutoria, mientras Soler sostiene que el principio en que se funda la disminución de pena para el caso del exceso —en el que la escala penal se reduce a la que corresponde al hecho cometido por culpa o imprudencia—, suele encontrarse en el temor que suscita en el necesitado la situación misma de peligro, en la cual no es justo ni humano exigir un discernimiento preciso de los medios de salvación. También cita a Díaz Palos quien coincide con la idea de considerar al exceso como una causa de inculpabilidad. Ver Nino, *op. cit.*, p. 166.

(25) ZAFFARONI, EUGENIO, *Teoría del delito*, Bs. As., Ediar, 1973, p. 500.

En efecto, el exceso en la legítima defensa es una transgresión en la materialización del ejercicio del derecho legalmente establecido y ello implica que las circunstancias y requisitos del instituto estuvieron presentes en el momento de la acción defensiva.

La estructura del delito imprudente es distinta a la estructura del delito doloso; y la conducta desplegada por el sujeto que actúa en defensa legítima de ninguna manera puede transformarse en un accionar imprudente.

De las divergencias doctrinarias surge la necesidad de esclarecer si en el exceso en la legítima defensa la pena disminuida que prevé el art. 35 del Código Penal argentino se trata de una causal absolutoria que disminuye la culpabilidad o de un supuesto de causa de justificación.

4 | Conclusión

Desde el análisis dogmático, la figura el art. 35 CP prevé una pena disminuida para los casos en los que la causa de justificación ha sido ejercitada en exceso de los límites impuestos por la ley. Por lo tanto, en definitiva, sólo puede ser interpretado como un supuesto de aplicación de pena disminuida y nunca como la adecuación de la conducta a un supuesto de delito imprudente.

La aplicación de la escala penal disminuida halla fundamento en la efectiva concurrencia de todos los requisitos al momento del hecho de la causa de justificación, pero que en la materialización excedieron el límite permitido por la norma.

Se trata, pues, de una causa de justificación que ha sido transgredida en cuanto a los límites permisivos para la defensa y ese “plus” defensivo es el que se castiga con menor pena que en el caso del delito en cuestión por cuanto no se ha querido cometer el delito lisa y llanamente, sino que se ha cometido la acción típica de manera parcialmente justificada.

Políticas públicas penitenciarias actuales en Colombia

por **ALFONSO GONZÁLEZ LÓPEZ**⁽¹⁾

En la actualidad, en medio de todos los fenómenos socio-jurídicos que intervienen de manera relevante el ejercicio de la actividad judicial o administrativa penitenciaria —algunos como populismo punitivo, criminología mediática, y el absurdo consenso social de que la sanción penal debe ser una venganza que, producto del aislamiento celular, aniquile al delincuente— existen al interior de los Estados una serie de pautas y políticas punitivas que, por lo menos, tienen cierta tendencia de desarrollar una ejecución de la sanción penal dentro del marco de respeto a los derechos humanos de quienes soportan la mayor muestra de violencia estatal, porque es allí, al momento en el que el Estado impone una sanción penal —especialmente, la de prisión intramural— donde existe la mayor descarga de violencia estatal, la cual, siendo legítima en algunos casos, desborda los criterios de razonabilidad y proporcionalidad de la imposición de la pena.

En las dos últimas décadas, en Colombia, el legislador ha venido haciendo serias transformaciones de nuestro derecho penal, adecuándolo a teorías de raigambre europea. Se ha tratado de hacer una simbiosis entre la Escuela Finalista del derecho penal en consonancia con la Funcionalista y

.....

(1) Abogado (Univ. la Gran Colombia). Especialista Ciencias Penales y Criminológicas, Especialista en Derecho Procesal Penal (ambas por la Univ. Externado de Colombia), Especialista en Derechos Humanos en un Mundo Global (Univ. del País Vasco, España). Magister en Ciencias Penales y Criminológicas (Univ. Externado de Colombia) y doctorando (UBA). Docente Unidad Central del Valle del Cauca. Colaborador Semillero de Investigación en Derecho Penal (UCEVA). Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Palmira.

parte de las Teorías Clásicas del derecho penal; y, con base en la nueva Constitución de 1991, se han institucionalizado una serie de principios fundamentales que deben ser observados y respetados por el operador jurídico como resultado de la constitucionalización del proceso penal. Si bien la dignidad humana, pilar fundamental de un Estado social y democrático de derecho como el nuestro, campea en todos los escritos producto del ejercicio judicial, en las audiencias públicas e, incluso, en la imposición de la pena, se ha utilizado tanto este término, que se ha convertido en un acompañante silencioso e inoperante de todas las actuaciones judiciales: las universidades tratan ampliamente el tema dentro de sus cátedras, el Estado repica constantemente la aplicación del sonado principio, pero la materialización del mismo queda en simples enunciados que no derivan jamás en el reconocimiento de tan fundamental principio.

En el campo punitivo, en Colombia —y especialmente en la última década y como producto del llamado "populismo punitivo"—, el legislador, en uso de su "técnica" legislativa, ha elevado las penas a tal grado que, aunque se omita decir que son sanciones **perpetuas**, materialmente se traducen en ello. Así, por ejemplo, el homicidio simple en Colombia (art. 106 CP) tiene prevista una pena mínima de **17 años y 4 meses y una máxima de 37 años y 6 meses**. Comparando las penas que otros países tienen reguladas para este delito, vemos que, en Argentina, el art. 79 CP prevé una pena de prisión de **ocho a veinticinco años**; en Chile, de acuerdo a sus arts. 391 y 392 CP, el homicidio agravado se penará con *10 años hasta prisión perpetua* y el homicidio producto de riña (art. 392) será sancionado con pena de presidio de **5 a 10 años**; en Perú, de acuerdo al art. 106 CP, el homicidio simple tiene una sanción penal que oscila entre *6 a 20 años* de prisión; y en Ecuador el art. 449 dice: "El homicidio cometido con intención de dar la muerte, pero sin ninguna de las circunstancias detalladas en el artículo siguiente, es homicidio simple y será reprimido con reclusión mayor de **ocho a doce años**". En Venezuela, vemos que su art. 407 manifiesta que: "El que intencionalmente haya dado muerte a alguna persona será penado con presidio de *doce a dieciocho años*". En Brasil el homicidio simple, previsto en el art. 208 CP, tiene prevista una sanción penal de **6 a 20 años**.

Así, Colombia, a nivel latinoamericano, ha optado últimamente por una adoptar política de endurecimiento de las penas, lo que no permite la excarcelación pronta salvo para contadas excepciones —cuando se otorgan prisiones domiciliarias a causa de grave enfermedad o porque el detenido

es padre cabeza de familia—: endurecimiento punitivo que no se compagina con los principios de razonabilidad y proporcionalidad de la sanción penal.

A pesar de estas circunstancias, nuestra Corte Constitucional, en reciente decisión, ha manifestado lo siguiente:

“La Corte ha entendido que los derechos constitucionales de los asociados se erigen en límite de la potestad punitiva del Estado, de manera que su núcleo esencial y criterios de razonabilidad, proporcionalidad y estricta legalidad, constituyen límites materiales para el ejercicio ordinario de esta competencia estatal. Estos criterios se aplican tanto a la definición del tipo penal como a la sanción imponible (...) [y resaltando una serie de deberes en la creación de la norma enuncia]: 3. Deber de respeto por los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Respecto de la proporcionalidad y la razonabilidad del tipo penal y su sanción, la Corte ha indicado que al establecer tratamientos diferenciales se somete a un juicio estricto de proporcionalidad del tipo, así como de la sanción. La proporcionalidad, implica, además, un juicio de idoneidad del tipo penal. Así, ante la existencia de bienes jurídicos constitucionales, el legislador tiene la obligación de definir el tipo penal de manera tal que en realidad proteja dicho bien constitucional (...). 6. En suma, al igual que ocurre con el resto de competencias estatales, el ejercicio del poder punitivo está sujeto a restricciones constitucionales, tanto en lo que respecta a la tipificación como a la sanción. No podrán tipificarse conductas que desconozcan los derechos fundamentales, que no resulten idóneas para proteger bienes constitucionales o que resulten desproporcionadas o irrazonables. Lo mismo puede predicarse de las sanciones. Estas restricciones, como se indicó antes, operan frente a toda decisión estatal en materia punitiva”.⁽²⁾

Sin embargo, a pesar de todos estos principios enunciados por la Corte Constitucional, existe una seria complacencia del máximo Tribunal de lo

(2) Corte Constitucional, sentencia C-121 de 2012. Referencia: expediente D-8634, demanda de inconstitucionalidad contra los arts. 7 y 10, 19, 65 (parciales) de la ley 1453 de 2011. “Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de la Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones”. Actor: Julián Arturo Polo Echeverri; Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva, Bogotá, D.C., 22/02/2012.

Constitucional en Colombia frente a las políticas de endurecimiento de la sanción penal, pues en sus decisiones de constitucionalidad ha encontrado adecuado el aumento punitivo realizado por el legislador en innumerables tipos penales —como, por ejemplo, los delitos de orden sexual y en el punible de porte ilegal de armas, delito de peligro abstracto que comporta una sanción penal mínima de 9 años de prisión—.

Ahora bien, en el campo de la ejecución de la pena, es evidente la utilización de la sanción penal como retribución: se le otorga a esta una única y exclusiva finalidad de aislamiento celular al pretender extraer del seno social al condenado por espacio de muchos años. En Colombia, la ley 1121 de 2006, en su art. 26 dispuso la exclusión de beneficios administrativos, judiciales y legales cuando se trate de delitos de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos —la palabra "conexos" utilizada en este canon normativo da lugar a que no se respete el principio de taxatividad de la norma, dejando al arbitrio del intérprete la consideración de cuándo un delito es conexo con los enunciados y cuándo no—. Sumado a ello, se ha excluido cualquier tipo de beneficio —como la libertad condicional, los permisos administrativos de hasta 72 horas, las rebajas de pena por confesión o por indemnización integral—. Incluso, por vía jurisprudencial, se ha considerado que la redención de pena es un beneficio, razón por la cual a lo largo de la geografía colombiana los Jueces de Ejecución han venido denegando la redención de pena para los condenados clasificados en esta categoría. Sobre este tópico la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente:

"Concesión de beneficios penales. Precedente jurisprudencial/ Concesión de beneficios penales - Criterios. Con base en los precedentes jurisprudenciales se tiene que en materia de concesión de beneficios penales, (i) el legislador cuenta con amplio margen de configuración normativa, en tanto que es una manifestación de su competencia para fijar la política criminal del Estado; (ii) con todo, la concesión o negación de beneficios penales no puede desconocer el derecho a la igualdad; (iii) se ajustan, prima facie, a la Constitución medidas legislativas mediante las cuales se restringe la concesión de beneficios penales en casos de delitos considerados particularmente graves para la sociedad; (iv) el Estado colombiano ha asumido compromisos internacionales en materia de combate contra el terrorismo, razón de más para que el legislador limite la concesión de beneficios penales en la ma-

teria" (...) Legislador-Amplio margen de configuración normativa al momento de conceder o negar determinados beneficios o subrogados penales. La Corte precisa que el legislador goza de un amplio margen de configuración normativa al momento de diseñar el proceso penal, y por ende, de conceder o negar determinados beneficios o subrogados penales. Lo anterior por cuanto no existen criterios objetivos que le permitan al juez constitucional determinar qué comportamiento delictual merece un tratamiento punitivo, o incluso penitenciario, más severo que otro, decisión que, en un Estado Social y Democrático de Derecho, pertenece al legislador quien, atendiendo a consideraciones ético-políticas y de oportunidad, determinará las penas a imponer y la manera de ejecutarlas. En efecto, el legislador puede establecer, merced a un amplio margen de configuración, sobre cuáles delitos permite qué tipo de beneficios penales y sobre cuáles no. Dentro de esos criterios, los más importantes son: (i) el análisis de la gravedad del delito y (ii) la naturaleza propia del diseño de las políticas criminales, cuyo sentido incluye razones políticas de las cuales no puede apropiarse el juez constitucional".⁽³⁾

Efectivamente, el reconocimiento del amplio margen del poder configurador del legislador lo ha convertido en una especie de figura omnipotente, lo que le sirve de fundamento para imponer sanciones penales que desfasen los lineamientos trazados en la Convención Americana de los Derechos Humanos que, en su art. 5.6, menciona claramente que "6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados". Y, como es sabido, de acuerdo a los lineamientos de la ley 65 de 1993 (Código Penitenciario y Carcelario de Colombia), la resocialización se logra a través del trabajo y/o el estudio, la disciplina, y otros factores importantes al momento de la ejecución de la sanción penal.⁽⁴⁾ Cuando no se les reconoce a los condenados la reden-

(3) Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-073 de 2010. Referencia: expediente D-7836, demanda de inconstitucionalidad contra el art. 26 de la ley 1121 de 2006. Demandante: Marcela Mileidi Muñoz Tobón; Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, Bogotá, D.C., 10/02/2010.

(4) Artículo 10. Finalidad del Tratamiento Penitenciario. "El tratamiento penitenciario tiene la finalidad de alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario".

ción de pena por trabajo y/o estudio, se está haciendo una grosera diferenciación que, efectivamente, da al traste con la resocialización, pues no es desacertado el manifestar que, si el interno trabaja o estudia al interior de un establecimiento penitenciario, lo hace motivado porque ese trabajo o ese estudio va a producir de alguna manera un acortamiento de pena, lo que le permite poder acceder a su libertad condicional más rápido.

En las mismas condiciones se encuentran todos aquellos condenados por delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa; delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales; o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, pues el numeral 2° del art. 199 de la ley 1098 de 2006 los prohíbe⁽⁵⁾ y a todos aquellos ciudadanos que son reincidentes de conformidad con el art. 68A de la ley 599 de 2000.⁽⁶⁾

(5) Artículo 199. Beneficios y Mecanismos Sustitutivos. "Cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, se aplicarán las siguientes reglas: 1. Si hubiere mérito para proferir medida de aseguramiento en los casos del art. 306 de la ley 906 de 2004, ésta consistirá siempre en detención en establecimiento de reclusión. No serán aplicables en estos delitos las medidas no privativas de la libertad previstas en los arts. 307, literal b), y 315 de la ley 906 de 2004. 2. No se otorgará el beneficio de sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la de detención en el lugar de residencia, previsto en los numerales 1 y 2 del art. 314 de la ley 906 de 2004. 3. No procederá la extinción de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad previsto en el art. 324, numeral 8, de la ley 906 de 2004 para los casos de reparación integral de los perjuicios. 4. No procederá el subrogado penal de Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, contemplado en el art. 63 del CP. 5. No procederá el subrogado penal de Libertad Condicional, previsto en el art. 64 del CP. 6. En ningún caso el juez de ejecución de penas concederá el beneficio de sustitución de la ejecución de la pena, previsto en el art. 461 de la ley 906 de 2004. 7. No procederán las rebajas de pena con base en los 'preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado', previstos en los arts. 348 a 351 de la ley 906 de 2004. 8. Tampoco procederá ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea efectiva. Parágrafo Transitorio. En donde permanezca transitoriamente vigente la ley 600 de 2000, cuando se trate de delitos a los que se refiere el inciso primero de este artículo no se concederán los beneficios de libertad provisional garantizada por caución, extinción de la acción penal por pago integral de perjuicios, suspensión de la medida de aseguramiento por ser mayor de sesenta y cinco (65) años, rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión; ni se concederán los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad de condena de ejecución condicional o suspensión condicional de ejecución de pena, y libertad condicional. Tampoco procederá respecto de los mencionados delitos la prisión domiciliaria como substitutiva de la prisión, ni habrá lugar a ningún otro beneficio subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal siempre que esta sea efectiva.

(6) Artículo 68A. Exclusión de los beneficios y subrogados penales. "No se concederán los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad de suspensión condicional de la ejecución de la pena o libertad condicional; tampoco la prisión

Es claro el endurecimiento de la sanción penal y el recorte a todos los mecanismos que permiten en acortamiento de las penas ha generado en la actualidad que nuestras cárceles colombianas estén en un hacinamiento que, en muchos casos, supera el 100% de la capacidad de los establecimientos para albergar a la población reclusa —por ejemplo, para mayo de 2013, la cárcel modelo de Bogotá tenía un hacinamiento del 206%, pues siendo su capacidad para 2850 presos, para la fecha referida tenía 5886—. ⁽⁷⁾

TABLA 1: TENDENCIA HISTÓRICA DE LA POBLACIÓN PENITENCIARIA Y EL HACINAMIENTO A NIVEL NACIONAL (1993-2012)

Año	Capacidad	Población	Sobrepoblación	Hacinamiento %
1993	27.810	29.114	1304	4,68%
1994	26.709	29.343	2634	9,86%
1995	27.822	33.258	5436	19,53%
1996	28.332	39.676	11.344	40,03%
1997	32.859	42.028	9169	27,90%
1998	33.119	44.398	11.279	34,40%
1999	33.606	45.064	11.458	34,09%
2000	37.986	51.518	13.532	35,62%
2001	42.575	49.302	6727	15,80%
2002	45.667	52.936	7269	15,91%
2003	48.291	62.277	13.986	28,96%
2004	49.722	68.020	18.298	36,80%
2005	49.821	66.829	17.008	34,13%

domiciliaria como substitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores.

Tampoco tendrán derecho a beneficios o subrogados quienes hayan sido condenados por delitos contra la Administración Pública, estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado, utilización indebida de información privilegiada, lavado de activos y soborno transnacional.

Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará respecto de la sustitución de la detención preventiva y de la sustitución de la ejecución de la pena en los eventos contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del art. 314 de la Ley 906 de 2004, ni en aquellos eventos en los cuales se aplique el principio de oportunidad, los preacuerdos y negociaciones y el allanamiento a cargos".

(7) En línea: <http://www.semana.com/nacion/articulo/la-juez-quiere-acabar-hacinamiento/344112-3>, consultada el 31 de julio 2013.

Año	Capacidad	Población	Sobrepoblación	Hacinamiento %
2006	52.414	60.021	7.606	14,51%
2007	52.555	63.603	11.048	21,02%
2008	54.777	69.979	15.202	27,75%
2009	55.042	75.992	20.950	38,80%
2010	67.965	84.444	16.479	24,42%
2011	75.620	100.451	24.831	32,80%
2012	75.726	112.840	37.114	49,01%

Datos tomados de informe de ponencia presentada en el marco del segundo debate del Proyecto de ley 256 de 2013. Cámara de Representantes, 2013.

Esta situación continúa y, al día de hoy, la tasa de sobrepoblación en nuestro sistema penitenciario y carcelario alcanza el 54,4% y tiene una preocupante tendencia al alza. El Congreso de la República ha requerido en varias oportunidades que el Gobierno Nacional tome medidas tendientes a darle solución a este problema —que, como se ha visto, tiene cerca de 15 años—.⁽⁸⁾

Sin embargo, en una política pública que está lejos de solucionar concretamente el problema de hacinamiento carcelario, el Gobierno decretó la emergencia carcelaria, la cual está orientada a la construcción de nuevas cárceles y apunta al mejoramiento de infraestructura de las actuales. La prensa nacional volcó el tema en los siguientes términos:

“Una de las medidas que adoptará el Gobierno será la designación de 220.000 millones de pesos para adelantar obras de mantenimiento y construir nuevos penales. Con estos recursos, según Correa, se busca bajar en un 50 por ciento el hacinamiento en los penales. ‘Hoy tenemos una sobrepoblación de 40.000 internos, esperamos a 31 de diciembre que haya bajado en 20.000’, dijo”.⁽⁹⁾

Es acertado afirmar que esta medida “económica” no soluciona en la actualidad el problema del hacinamiento, pues es una medida de ejecu-

(8) Informe de ponencia. Segundo debate del Proyecto de ley 256 de 2013, Cámara de representantes, 2013.

(9) Ver [en línea], http://www.eltiempo.com/justicia/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-12836214.html, consultada el 18 de agosto de 2013.

ción a largo plazo. La población carcelaria crece desaforadamente y el deshacinamiento se hace imposible, por ello podría decirse que sistema de justicia y el sistema criminal confluyen en un círculo vicioso donde la criminalidad alimenta desmesuradamente el sistema carcelario y el sistema carcelario no alcanza a suplir las necesidades de infraestructura, ni de personal para atender esta demanda.

Así lo evidenció el defensor del pueblo en recientes declaraciones a la prensa:

“Es un tema estructural a nivel nacional, es de hacinamiento día tras día, yo insisto y donde voy le digo al Gobierno, al presidente de la República, que hay que pensar en la figura de la emergencia social, de la Constitución, porque la emergencia carcelaria que se decretó no ha solucionado nada. Hoy ya llevamos un índice del 56% de hacinamiento a nivel nacional, hoy como nunca en la historia, porque todo el mundo habla de que el tema carcelario es un problema histórico, sí, pero es que nunca en la historia a los jueces les había dado por cerrar 25 cárceles en su totalidad o bien algunos pabellones, eso nunca se había presentado en nuestro país, que la violación de derechos humanos haya llegado a tal naturaleza que los jueces mediante tutela cierren las cárceles. Eso evidencia no solo el hacinamiento, sino la grave violación intracarcelaria en temas de salud, de acceso a los mínimos servicios públicos, de educación...”⁽¹⁰⁾

Debido al hacinamiento carcelario que se presenta en Colombia, en la actualidad —2013—, en la Cámara de Representantes se está cursando el Proyecto de ley 256, que en apariencia busca solucionar este problema. Sin embargo, las medidas pretendidas —a pesar de que el proyecto aún no se ha convertido en ley pues faltan los debates en el Senado y la respectiva sanción presidencial a la futura ley— no solucionan el problema sino que, el contrario lo agrava, pues uno de los grandes inconvenientes identificados es que la ley en curso busca suprimir el mecanismo sustituto de la prisión intramural denominado implantación de mecanismo de vigi-

(10) En línea: <http://www.elheraldo.co/judicial/la-emergencia-carcelaria-no-ha-solucionado-nada-defensor-del-pueblo-120573>, consultada el 18 de agosto de 2013.

lancia electrónica previsto en el art. 38 A de la ley 599 de 2000.⁽¹¹⁾ En efecto, en el acápite de vigencias y derogatorias dice lo siguiente: "Vigencias y derogatorias. Deróguese el art. 38A de la Ley 599 de 2000 modificado

.....

(11) Artículo 38A. Sistemas de vigilancia electrónica como sustitutivos de la prisión. "El Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad podrá ordenar la utilización de sistemas de vigilancia electrónica durante la ejecución de la pena, como sustitutivos de la prisión, siempre que concurren los siguientes presupuestos:

1. Que la pena impuesta en la sentencia no supere los ocho (8) años de prisión.
2. Que la pena impuesta no sea por delitos de genocidio, contra el Derecho Internacional Humanitario, desaparición forzada, secuestro extorsivo, tortura, desplazamiento forzado, tráfico de menores de edad, uso de menores de edad para la comisión de delitos, tráfico de migrantes, trata de personas, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, extorsión, concierto para delinquir agravado, lavado de activos, terrorismo, usurpación y abuso de funciones públicas con fines terroristas, financiación del terrorismo y de actividades de delincuencia organizada, administración de recursos con actividades terroristas y de delincuencia organizada, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego, municiones o explosivos y delitos contra la administración pública, salvo delitos culposos.
3. Que la persona no haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores.
4. Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del condenado permita al Juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena.

Para la verificación del cumplimiento de este presupuesto, en los delitos de violencia intrafamiliar, la decisión del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad deberá ser precedida de un concepto técnico favorable de un equipo interdisciplinario de medicina legal.

5. Que se realice o asegure el pago de la multa mediante garantía personal, prendaria, bancaria o mediante acuerdo, salvo cuando se demuestre que está en incapacidad material de hacerlo teniendo en cuenta sus recursos económicos y obligaciones familiares.
 6. Que sean reparados los daños ocasionados con el delito dentro del término que fije el Juez o se asegure su pago mediante garantía personal, prendaria, bancaria o mediante acuerdo, salvo cuando se demuestre que está en incapacidad material de hacerlo teniendo en cuenta sus recursos económicos y obligaciones familiares.
 7. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones, las cuales deberán constar en un acta de compromiso:
 - a) Observar buena conducta;
 - b) No incurrir en delito o contravención mientras dure la ejecución de la pena;
 - c) Cumplir con las restricciones a la libertad de locomoción que implique la medida;
 - d) Comparecer ante quien vigile el cumplimiento de la ejecución de la pena cuando fuere requerido para ello.
-

por el art. 3 de la ley 1453 de 2011. La presente ley rige desde el momento de su promulgación y deroga todas aquellas disposiciones que le sean contrarias”.

A partir de las distintas reformas realizadas a nuestra carta penal en la solidificación de un régimen democrático —como lo fue, en su momento, la implementación del sistema de vigilancia electrónica, el cual se presenta como un paliativo a la ejecución intramural de la sanción penal—, los criterios que inspiraron al legislador a normativizar este paliativo presenta una modificación total al sistema de penas, es decir que es una medida orientada hacia la resocialización del condenado y hacia la adaptación positiva del condenado en la sociedad. Simplificando tanto para el Estado como para el mismo condenado la ejecución de la pena, efectivamente el mecanismo de vigilancia electrónica afecta bienes jurídicos menos básicos y añade beneficios a la sociedad pues fortalece los lazos socio-familiares de los condenados.

También es importante recalcar que este paliativo afronta la antinomia existente en el principio de intervención mínima y la creciente necesidad de tutela de una sociedad más compleja, flexibilizando de cierto modo la ejecución de la pena, no con el fin de demostrar debilidad frente al

El incumplimiento de las obligaciones impuestas en el acta de compromiso dará lugar a la revocatoria de la medida sustitutiva por parte del Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad.

8. Que el condenado no se haya beneficiado, en una anterior oportunidad, de la medida sustitutiva de pena privativa de la libertad.

Parágrafo 1°. El juez al momento de ordenar la sustitución deberá tener en cuenta el núcleo familiar de la persona y el lugar de residencia.

Parágrafo 2°. La persona sometida a vigilancia electrónica podrá solicitar la redención de pena por trabajo o educación ante el Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, de acuerdo a lo señalado en el Código Penitenciario y Carcelario.

Parágrafo 3°. Quienes se encuentren en detención preventiva en establecimiento carcelario bajo el régimen de la Ley 600 de 2000 podrán ser destinatarios de los sistemas de vigilancia electrónica, previo cumplimiento de los presupuestos establecidos en el art. 314 de la Ley 906 de 2004.

Parágrafo 4°. El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, suministrará la información de las personas cobijadas con esta medida a la Policía Nacional, mediante el sistema de información que se acuerde entre estas entidades, dentro de los seis meses siguientes a la expedición de esta ley.

Este artículo será reglamentado por el Gobierno Nacional para garantizar las apropiaciones del gasto que se requieran para la implementación del citado sistema de vigilancia electrónica dentro de los 60 días siguientes a su sanción”.

delincuente, sino de reafirmar, precisamente, que el asilamiento o la ino-cuización intramural, en ciertos casos, deviene negativa y genera conse-cuencias nefastas en la reconstrucción del tejido social.

La pena privativa de la libertad es la que más invade los derechos funda-mentales. Por ello, esta situación no puede ser indiferente a los operado-res jurídicos que desarrollan su función en el marco de un Estado social y democrático de derecho que propugna por la humanización de las penas, pero en especial para el mismo fundamento para la ejecución de la san-ción penal; asimismo, siendo el recluso el protagonista del vínculo entre el Estado y la pena, debe reconocerse que éste tiene unos derechos de rango fundamental.

El art. 2 de la Carta Política promulgada en 1991, consagra que el Esta-do tiene como fin esencial, entre otros, “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”. Uno de ellos es la **dignidad humana**, que encuentra expreso reconocimiento en el art. 70 *ibídem*; derecho en virtud del cual el infractor debe propender en esa etapa o período a **su reinserción definitiva** a la vida en comu-nidad, lo cual implica, desde la óptica de aquél, que interiorice que es necesario el respeto de las normas que regulan la convivencia pacífica y, correlativamente, en conexión con el imperativo igualmente establecido en la citada norma de “asegurar(...) la vigencia de un orden justo”, que la sociedad admita o permita la incorporación de quien, en el ejercicio de la función de ejecución, ha sido beneficiado con un mecanismo sustituto o liberado; o su condena extinguida.

En otros términos, en un modelo de Estado fundado en el respeto de la dignidad humana, la pena y, por consiguiente, su ejecución —en especial, la que comporta la privación de la libertad— debe tener como objetivo primordial la resocialización, desde luego, sin detrimento o abandono de las demás funciones previstas en el ordenamiento jurídico —entre ellas, la de prevención general y especial—, pues mal puede desconocerse que si “sistemáticamente no se cumplieran las penas previstas por el legislador desaparecería su potencial efecto intimidante”.⁽¹²⁾

(12) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General, Praxis*, 2ª ed., p. 31.

En el momento de la ejecución de la pena de prisión o de la medida de seguridad, al tenor de los arts. 4 y 5 de la ley 600 de 2000, operan las funciones de **reinserción social**, o de curación, tutela y rehabilitación, según se trate de pena o medida de seguridad, respectivamente; y, de acuerdo con estas previsiones sustanciales, erigidas incluso en normas rectoras, resulta forzoso colegir que el funcionario competente para el cumplimiento del control judicial en ese período posterior a la sentencia en firme tiene primordialmente un compromiso orientado a la consecución de tales fines, esto es, **no sólo a evitar la eventual victimización del sentenciado en el cumplimiento material del fallo con detrimento de los derechos fundamentales de los cuales es titular y cuyo respeto debe garantizar como quedó apuntado, sino a contribuir también a la reeducación o adaptabilidad del individuo para el reintegro a la sociedad.**

La ejecución de las penas y las medidas de seguridad no es ajena a la observancia irrestricta de una serie de principios, algunos de ellos positivizados en los estatutos procesales de actual coexistencia jurídica para erigirse entonces en normas rectoras, pero cualquiera que sea su categorización o rango, resulta cierto e indiscutible que se trata de postulados generales que irradian esa etapa subsiguiente a la firmeza del fallo condenatorio en la cual se agota material y efectivamente la persecución penal; principios que en últimas y en esencia, según autorizada doctrina, constituyen “la base axiológico-jurídica sobre la cual se edifica todo el sistema normativo y por eso, ninguna norma puede estar en contradicción con los postulados expuestos en los principios (...) de donde emanan los derechos fundamentales”.⁽¹³⁾

El principio de dignidad humana, o de humanización en la ejecución de la pena o medida de seguridad, es un principio consustancial al esquema de Estado social de derecho, de expresa consagración en el art. 5 de la ley 65 de 1993. No sólo se manifiesta en la prohibición de que el período de ejecución penal constituya un tratamiento cruel, inhumano o degradante —inferida del art. 12 de la Carta Política, y con desarrollo legal en el art. 1 de las leyes 600 de 2000 y 906 de 2004—, sino también y, primordialmente, en el imperativo de que las condiciones referidas a la ejecución de la pena o medida de seguridad, así como las decisiones

(13) RAMÍREZ BASTIDAS, YESID y DE RAMÍREZ, RAQUEL, *Principialística procesal penal*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003, pp. 51/52.

judiciales en relación con las mismas, deben ser compatibles con el postulado de la indemnidad de la dignidad humana y respetar las garantías constitucionales y los derechos humanos universalmente reconocidos. Esta es la razón por la cual el art. 142 de la ley 65 de 1993 dispone, además, que el tratamiento penitenciario debe realizarse conforme al principio de la dignidad humana.

De acuerdo con el principio de resocialización, las sanciones, por tanto, su ejecución y la función judicial encargada del control de aquéllas, en conjunto, deben propugnar por la integración del condenado a la vida social con posibilidad reales de participación del liberado en la comunidad —esto es, en términos de García Torres, “convertirlo en un elemento útil a sí mismo y a la comunidad y en condiciones de ofrecer a ésta beneficios positivos de recompensa”—,⁽¹⁴⁾ lo cual implica procurar que interiorice el respeto de los intereses jurídicos socialmente prevalentes, reflejado en la observancia futura de las normas reguladoras de la convivencia pacífica para que se abstenga de infringir de nuevo el estatuto punitivo.

Resulta inequívoco que el legislador en el art. 10 de la ley 65 de 1993 le asignó al principio de resocialización la connotación de readaptación del condenado a la vida en comunidad, norma que surge armonizada además en dicho propósito con los arts. 142 y 143 *ibídem*, y que se procura, en teoría, “mediante el examen de su personalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario”.

Asimismo, en orden a materializar ese contenido del postulado, el Código Penitenciario y Carcelario implica, entre otras aristas, **que en el cumplimiento de las sanciones, debe permitirse y propiciarse la interacción del interno con el núcleo familiar para afianzar de esta manera sus nexos con la comunidad.** Así lo prevé también el art. 151 de la ley 65 de 1993, al disponer entonces que a las autoridades penitenciarias les corresponde adelantar los programas de servicio social orientados, entre otras finalidades, a facilitar las relaciones del condenado con los integrantes del núcleo familiar, en síntesis, ofrecer oportunidades para la reinserción.

(14) Ver cita en EDWARDS, CARLOS ENRIQUE, *Régimen de ejecución de la pena privativa de la libertad*, Bs. As., Astrea, 1997, p. 30.

Por ello, al existir un medio para el cumplimiento de la pena que, efectivamente, permita al penado ejecutar una sanción penal de manera más flexible —como el Mecanismo de vigilancia electrónica, que le permite estar en su núcleo familiar—, puede indudablemente tener un efecto positivo en la reinserción social, resocialización y rehabilitación del condenado pues se está sufriendo una aflicción en su derecho fundamental a la libre locomoción, lo que le permite establecer la presencia represiva del Estado como consecuencia de la violación de la ley, pero en unas condiciones diferentes a la prisión intramural.

No puede deducirse que el mecanismo de vigilancia electrónica es un premio, o es una dádiva que el Estado otorga a los sentenciados y que por ello tendría un efecto negativo en la sociedad, analizar desde este punto de vista este instituto sustitutivo, sería regresar a la era inquisitiva del derecho penal el cual utilizaba la pena como una venganza hacia el sentenciado y como un ejemplo de escarnio a los demás ciudadanos para prevenir la comisión de las conductas punibles, el mecanismo sustitutivo de la vigilancia electrónica hace efectivamente gala de la humanización del derecho penal, corriente que orienta el derecho penal la cual da cuenta de que antes de convertirse el derecho represivo en un instrumento de venganza, debe propugnarse por un instrumento normativo correctivo, ponderado y suficiente para que sea desarrollado dentro de esos límites al *Ius Puniendi* (necesidad, ponderación, proporcionalidad, dignidad humana) previstos por el legislador de los arts. 1 al 12 CP.

Sin embargo de todo lo enunciado, también debe anotarse circunstancias positivas del sistema carcelario colombiano que a nivel latinoamericano no se tienen en cuenta como la redención de pena (rebaja de pena) por trabajo, estudio o instrucción,⁽¹⁵⁾ ello efectivamente acerca al condenado al acceso de los paliativos como libertad condicional y acorta su estancia en el sistema intracarcelario, además de permitir la resocialización del sentenciado.

(15) El art. 494 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el art. 82, 97 y 98 de la ley 65 de 1993, establece que a los condenados se les concederá redención de un (1) día de pena por dos (2) de dedicación al trabajo, estudio o enseñanza, computándose así: como un (1) día laboral, ocho (8) horas diarias; como un (1) día de estudio, seis (6) horas diarias y como un (1) día de enseñanza, cuatro (4) horas diarias, debiendo además acreditar buena conducta y allegar certificado expedido por las autoridades administrativas encargadas de la rehabilitación y resocialización de los sentenciados.

El trabajo en los establecimientos de reclusión, en consonancia con el art. 79 del Código Penitenciario y Carcelario, es obligatorio para los condenados como medio terapéutico adecuado a los fines de resocialización. Al igual que el trabajo, la educación es la base fundamental de la resocialización, tal cual lo dispone el art. 94 *ídem*. Por trabajo, estudio, enseñanza y participación en actividades literarias, deportivas, artísticas y en comités de internos, según lo que se extracta de los arts. 82, 97 al 99 y 101 de la aludida codificación, el juez de ejecución de penas concederá o negará la redención, teniendo en cuenta las evaluaciones que de dichas actividades realicen las autoridades penitenciarias. La rebaja de pena por redención, aclara el art. 102 *ídem*, será de obligatorio reconocimiento de la autoridad respectiva, previo el lleno de los requisitos exigidos para el trámite de beneficios judiciales y administrativos.

Uno de los aspectos más novedosos del proyecto de reforma del Código Penitenciario y Carcelario, es el establecimiento de una perspectiva diversa de ejecución de la sanción penal, denominado enfoque diferencial.⁽¹⁶⁾ Éste hace referencia al respeto, desde el Estado, de las características específicas de diferentes poblaciones —LGTBI, comunidades religiosas, diferentes etnias— y de aspectos atinentes a diversidad socio cultural.

Si bien es cierto que la intención del legislador con esta medida de enfoque diferencial es importante, debe aclararse cuál es la finalidad de ella, pues efectivamente se advierte que es una medida de discriminación positiva y que así debe ser entendida por el INPEC; no debe hacerse, por el contrario, una inversión perversa del criterio adoptado.

En relación con dichas medidas de discriminación positiva —y, en particular, en relación con aquéllas que tienen como fundamento el sexo o género—, la Corte Constitucional ha explicado que ellas están expresamente autorizadas por la Constitución. Y ello, no para marginar a ciertas personas o grupos ni para perpetuar desigualdades, sino para aminorar el efecto nocivo de las prácticas sociales que han ubicado a esas mismas personas o grupos en posiciones desfavorables.

(16) Artículo 3A. Enfoque diferencial. “El principio de enfoque diferencial reconoce que hay poblaciones con características particulares, por ejemplo, en razón de su edad, género, religión, identidad de género, orientación sexual, raza, etnia y situación de discapacidad. Por tal razón, las medidas penitenciarias contenidas en la presente ley, contarán con dicho enfoque”.

Al respecto la Corte, en la Sentencia C-371 de 2000, manifestó:

“Si bien la igualdad formal no es reacia a que se establezcan diferencias en el trato, pues ella debe ser interpretada conforme a la conocida regla de justicia según la cual hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual, sí supone que todos los individuos, como sujetos de derechos, deben ser tratados con la misma consideración y reconocimiento, y que, ante todo, un tratamiento distinto, debe justificarse con argumentos de razonabilidad y proporcionalidad (...).

En síntesis, no toda utilización de criterios en principio vedados es discriminatoria, pues como bien lo ha afirmado esta Corte, ‘mal podría un Estado tratar de mejorar la situación de un grupo marginado, sin expedir regulaciones que mencionen el factor que provocó su segregación. Así, si la ley quiere mejorar la situación de la mujer frente al hombre, o aquella de los indígenas frente a los blancos, pues es obvio que la ley debe recurrir a clasificaciones étnicas o sexuales’”.⁽¹⁷⁾

Otra circunstancia positiva de la reforma que comento es que amplía el *quantum* punitivo para poder acceder a la suspensión condicional de la ejecución de la pena: si actualmente está en un límite de tres (3) años, el Proyecto amplía el término a cuatro (4) años como sanción penal imponible.⁽¹⁸⁾

(17) Corte Constitucional, sentencia C-112 del 2000, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

(18) Artículo 29D: "Modifíquese el art. 63 de la Ley 599 de 2000 el cual quedará así:

Artículo 63. Suspensión de la ejecución de la pena. La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurran los siguientes requisitos:

1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años.
2. Que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, debidamente demostrados dentro del proceso, sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.

Salvo en los eventos previstos en el art. 68A de la Ley 599 de 2000, la gravedad del delito no podrá servir de base para negar la concesión del subrogado.

La suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad no será extensiva a la responsabilidad civil derivada de la conducta punible.

También, el Proyecto de reforma implanta el sistema oral en sede de ejecución de penas, situación que realmente va a favorecer a los internos, pues la resolución de sus solicitudes se llevará a cabo en audiencias, se impartirá celeridad a los procedimientos, se presentará un efectivo acceso a la justicia, se permitirá que el principio de inmediación sea eficiente frente a la práctica de pruebas y se permitirá un contradictorio eficaz al momento de controvertir la prueba. Pero, por sobre todo, se podrá garantizar el derecho a la defensa técnica, principio ausente en el sistema actual escritura, que convierte al condenado o al interno en un instrumento ciego de los estamentos de poder donde no se conoce quién es el juez y, por consiguiente, no hay una efectiva humanización de la justicia.

Como epílogo de este corto ejercicio, se dirá que lo evidenciado no es nada nuevo y que la dinámica humana es compleja, al punto de que el humano olvida que sus congéneres son seres humanos. El desenfado estatal hacia los condenados es y será siempre preponderante, la indiferencia, la invisibilidad del otro, la distracción popular del pueblo a través de normas ineficaces continuará siendo el pan nuestro de cada día, las diferencias sociales y económicas seguirán marcadas día tras día con el distractor de que la pena es una venganza social y que hay que aislar a aquéllos que, de un modo u otro, no siguen los paradigmas normativos impuestos por un grupo dominante. La falta de políticas públicas ciertas y reales que, aunque a largo plazo, mejoren las condiciones educativas, de seguridad social y económicas estarán al paso del día, pero la esperanza de que a través de la academia pueda enviarse un mensaje cierto de que las situaciones pueden mejorar son las que impulsan un verdadero cambio. Por ello se debe continuar con la exposición de ideas innovadoras que impulsen el verdadero entendimiento de que la pena intramural es, en muchos casos, innecesaria, y que, por el contrario, la inversión social y el mejoramiento de las condiciones de vida impulsan un giro positivo que desencadenará en una disminución de la criminalidad.

El juez podrá exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad accesorias a esta. En todo caso cuando se trate de lo dispuesto en el inciso final del art. 122 de la Constitución Política se exigirá su cumplimiento".

Reflexiones acerca de las calificaciones de conducta y concepto

Propuestas de discusión en procura de arribar a un mecanismo de valoración de los informes criminológicos respetuoso de la finalidad jurídica de la ejecución de la pena privativa de libertad⁽¹⁾

por **LUIS RAÚL GUILLAMONDEGUI**⁽²⁾

Atendiendo a la temática propuesta por la organización en la presente Comisión, nuestras reflexiones giraran en torno del reforzamiento de una serie de pautas para valorar en la práctica diaria los informes criminológicos en trámites de solicitudes de salidas transitorias y semilibertad, considerándolos como los primeros “puentes hacia la sociedad” propuestos

(1) Ponencia presentada en el *Congreso Internacional de Ejecución Penal*, Centro de Estudios de Ejecución Penal (CEEP) de la Universidad Nacional de Buenos Aires (UBA), Buenos Aires, 28, 29 y 30 de agosto de 2013. La misma se sustenta en nuestra obra *Resocialización y Semilibertad*, Bs. As., BDF, 2010, pp. 168/223, y en donde se cita la bibliografía consultada en la investigación.

(2) Profesor adjunto de Derecho Penal II (UNCa). Ex Juez de Ejecución Penal de la Provincia de Catamarca.

en la legislación penitenciaria; sin perjuicio de que tales razonamientos puedan ser de utilidad para la consideración de la situación del interno de cara a otros derechos de egresos anticipados de mayor intensidad.

Recordamos que el Consejo Correccional del establecimiento penitenciario califica trimestralmente la **conducta** y el **concepto** del interno, de conformidad a las escalas previstas por la ley 24.660 (art. 102 LEP cc. - arts. 49 y 51 RMBE —Reglamento de las Modalidades Básicas de la Ejecución—), y que estas deben constituir el “reflejo de la situación real del penado”; guarismos que repercutirán en el reconocimiento de diversos derechos penitenciarios y su tránsito por los distintos estadios del Régimen Progresivo, incluido su incorporación a los Regímenes de confianza y soltura anticipada.

Así, la **conducta** señala el nivel de comportamiento del interno dentro de la institución de encierro, conforme a las normas de convivencia preestablecidas (art. 100 cc. art. 5º, 1º párr. y art. 79 LEP); mientras que el **concepto** pondera su esfuerzo por cumplir con los objetivos propuestos en el programa de tratamiento resocializador que se ofrece, dentro de los que se incluye la valoración de su posicionamiento frente a ciertas exigencias del Régimen Penitenciario —de conformidad a las observaciones requeridas con fines evaluativos prescriptas en el art. 62 RMBE—; pautas que nos indican que el **concepto** representa algo “más amplio”, y hasta “más complejo” que la primera.

La **conducta** del interno representa su nivel de comportamiento dentro del establecimiento penitenciario —“la observancia de los reglamentos carcelarios”—; razón por la cual tal calificación es netamente objetiva y se verifica exclusivamente con la existencia —en su caso, cantidad y entidad— o ausencia de sanciones disciplinarias (arts. 85 y 87 LEP cc. arts. 16, 17, 18, 19 y 20 RD y art. 59 RMBE).

Por ello es que en las distintas situaciones evaluativas, tanto de **conducta** como de **concepto**, debe aparecer el vigoroso contralor del órgano jurisdiccional sobre el desenvolvimiento de la Administración Penitenciaria, como una clara manifestación del principio de judicialización de la ejecución penal (art. 3º LEP), que deriva de la garantía de legalidad ejecutiva (art. 18 CN y Tratados Internacionales constitucionalizados concordantes); principalmente en el marco del procedimiento de aplicación de sanciones disciplinarias al penado, ya que de acuerdo a la entidad de la falta come-

tida se podrán efectuar disminuciones proporcionales a la calificación de **conducta** vigente (art. 59 RMBE), con su probable repercusión en la escala del concepto e incidencia sobre la procedencia del instituto de egreso anticipado en trámite.

La ley exige que el interno que pretende ser incorporado a los regímenes de salidas transitorias y semilibertad se encuentre calificado con "conducta ejemplar" o, en su defecto, sea poseedor del grado máximo susceptible a alcanzar según su tiempo de alojamiento en la unidad penal (art. 17 núm. III LEP).

Al respecto, bregamos por una modificación del mecanismo consuetudinario de calificación de conducta que es practicado en la mayoría de nuestros centros de detención, nos parece más equitativo que el interno desde su ingreso a prisión cuente con la escala superior prevista para ese rubro, esto es la categoría de "ejemplar", toda vez que resulta imposible que desde entonces cuente con algún correctivo disciplinario —razonamiento trasladable a la situación del preso preventivo sin sanciones o con guarismo superior que se incorpora al régimen de condenados—, para, desde allí, comenzar el cómputo correspondiente conforme a la incidencia de la cantidad y la calidad de las potenciales y/o ulteriores infracciones castigadas. Reafirmamos que no existe ninguna norma que prescriba que se debe empezar la calificación de **conducta** y **concepto** desde la escala más inferior —e, incluso, creemos que las pautas reglamentarias del art. 53 RMBE y del anterior art. 61 RGP (Régimen General para Procesados) tampoco cuentan con un fundamento lógico-jurídico razonable—.

En ese orden de ideas, y atendiendo a las particularidades de la potestad clasificatoria y sancionatoria penitenciaria, reforzamos enfáticamente la posición de que el informe del grado de calificación de conducta emitido por el Consejo Correccional no resulta, de ninguna manera, vinculante para el juzgador, ya que de admitirse lo contrario se estaría dejando en manos de la agencia carcelaria la suerte del derecho de soltura anticipado requerido; con la consecuente depreciación práctica del Principio de Judicialización Penal (arts. 3° y 4° ley 24.660), que fue incorporado expresamente por el legislador a fines de prevenir y erradicar negligencias y excesos funcionales.

Especificando nuestra perspectiva y conforme las deducciones precedentes, entendemos que el órgano jurisdiccional hasta podría permitir la po-

sibilidad de salidas transitorias o laborales a pesar de no alcanzarse la escala superlativa prescripta normativamente, en la medida que de un análisis integral de los informes técnicos incorporados en el expediente se permita valorizar que el apego del interno a las normas de convivencia fue ascendente —y en situaciones particulares, de acuerdo a sus posibilidades, atendiendo a los rasgos de su personalidad y capacidad de integración al medio carcelario correlacionadas con las singularidades del concreto ambiente de encierro—, y que dé cuenta de una evolución positiva en su comportamiento integral, a modo de estimular sus avances por la progresividad del régimen penitenciario y atento a la finalidad perseguida con la ejecución de la pena privativa de libertad (art. 1º ley 24.660 cc. art. 5.6 DADH y art. 10.3 PIDCP).

El juez de ejecución penal debe "echar mano" a dichos informes criminológicos y otorgarles prioridad en razón de su completitud y autosuficiencia, puesto que siempre resultarán más representativos e ilustrativos que una mera calificación administrativa periódica, la cual puede ser restrictiva y hasta viciada de cierta subjetividad contraria a las expectativas del interno.

Asimismo, tal mecanismo, en nuestra opinión, parece representar la solución para los supuestos de penados alojados en comisarías por circunstancias particulares, los cuales no son objetos de las calificaciones periódicas del cuerpo interdisciplinario carcelario, por lo tanto, tal carencia (no producida por el mismo administrado) no puede significar un obstáculo que dificulte la consideración administrativa-judicial del derecho preliberatorio. Allí, el informe del jefe de la dependencia policial sobre el comportamiento del penado respecto las reglamentaciones de detención y ante sus pares, custodios y visitas deberá ser complementado con los restantes informes criminológicos penitenciarios (psicológicos, sociales, médicos, etc.), para poder, entonces, el juez realizar una valoración integral de la personalidad del peticionante que le permita inferir su **conducta y concepto**.

Ahora bien y respecto al **concepto**, la cuestión fundamental reside en determinar qué aspecto del interno debe tener en cuenta cada área examinadora para fijar su escala. ¿Se observarán pautas objetivas, o bien se observarán modos y/o formas de ser de las personas?

La calificación del **concepto** debe responder solamente a la valoración de elementos objetivos y verificables, aunque sí debe reconocerse que por la

particular naturaleza del objeto de observación su configuración resulta un tanto más compleja que la necesaria para la determinación de la **conducta** —reducida a la mera constatación de existencia de sanciones disciplinarias—; razones por lo que la necesaria discrecionalidad técnica de cada una de las ciencias interdisciplinarias concurrentes en el programa de tratamiento penitenciario deberán tener “como límite infranqueable el respeto a la intimidad, valores y derechos que cada una de las personas —detenidas o no— tiene y ejercita como tal”, derivados de los principios propios de un Estado de derecho: reserva penal, derecho de defensa, de presunción de inocencia, etc.

Ante tal incidencia, a la par de las evaluaciones propias de cada aspecto del tratamiento técnico particular realizado —médico, psicológico, psiquiátrico, programas específicos para reincidentes, agresores sexuales, violencia familiar, desintoxicación en supuestos de ingesta abusiva de drogas y/o alcohol, etc.—, la reglamentación federal establece los cánones a considerar en la apreciación del **concepto** del interno (reproducidos por diferentes normativas provinciales). Los responsables de las Divisiones Seguridad Interna y Trabajo, y de las Secciones Asistencia Social y Educación son los encargados de efectuar tal calificación mensual conforme la información brindada por el personal comisionado al efecto; pareciéndonos en este apartado provechoso que se integren a los celadores en las reuniones de calificaciones periódicas y deliberaciones de los pedidos de salida en trámite, atento su cercanía con el interno y sobre el que podrán facilitar un mejor panorama.

En la valoración, tanto administrativa como jurisdiccional, de los informes criminológicos frente a la expectativa de una salida anticipada y conforme al material analizado, observamos que suele otorgarse cierta cualidad gravitante a la falta de reconocimiento de responsabilidad criminal o la carencia de arrepentimiento por la comisión delictiva por parte del interno requirente. Al respecto, concebimos que si queremos efectuar una valoración acorde a las exigencias de la plenitud del ordenamiento jurídico debemos ser sumamente prudentes, ya que tanto una como otra pauta se vinculan directamente con extremos que hacen a la esfera de la privacidad de las personas, la que se encuentra protegida constitucionalmente (art. 19 CN) y que tiene sus derivaciones procesales penales, tales como las prohibiciones de declarar contra sí mismo y de sancionarse múltiplemente por el mismo hecho.

Otras veces, observamos que suele darse cierta relevancia a los informes y pericias psicológicas y psiquiátricas que son confeccionadas durante

la investigación y/o el juicio a fin de determinar el destino de una salida anticipada, se dejan de lado los dictámenes presentes que resultan más ajustados a la realidad y proyecciones personales del interno, que son los que en definitiva deben primar para meritar el avance por la progresividad prescripta.

Mientras que respecto de la problemática que representa la disminución de en el nivel **conducta**, debido a la comisión de infracciones disciplinarias y su incidencia en la formulación —o reformulación, depende el caso— del **concepto**, y tratándose del mismo organismo encargado de evaluar los alcances de una u otra cuestión (arts. 59 *in fine* y 94 inc. a) RMBE), el Consejo Correccional deberá ser extremadamente reflexivo para deducir el verdadero efecto de la trasgresión sobre la evolución tratamental del condenado en el trimestre correspondiente.

En el afán de precisar aún más la determinación de pautas objetivas y verificables para la calificación del **concepto** del penado, la reglamentación deberá introducir parámetros precisos que dejen el menor margen posible de subjetividad en manos del equipo evaluativo, debido la importancia que representa la escala obtenida en razón de los derechos penitenciarios en juego. Comprendemos la costosa tarea de establecer criterios objetivos y contrastables ante las características de complejidad, mutabilidad e impredecibilidad del comportamiento humano; sin embargo, en atención a lo desarrollado, proponemos trabajar para ello desde una óptica interdisciplinaria y atendiendo a la finalidad de prevención especial anhelada con el cumplimiento de la pena de encierro efectivo.

En esa dirección, no debemos olvidarnos que la resocialización, como principio rector de la ejecución penal, tiene en relación con la norma penitenciaria funciones similares a las que tiene el bien jurídico en relación con la norma penal. Si éste ofrece una concreción material al tipo penal y sirve como base de su estructura e interpretación, aquél es un instrumento para interpretar la "norma penitenciaria", tales las enseñanzas de Mapelli Caffarena.

Resulta llamativo que ni en nuestra legislación de fondo, ni en ninguna de las reglamentaciones consultadas prescriba, en trámites de egresos anticipados, la necesidad de notificar al interno pretendiente y a su defensor técnico la conclusión conceptual arribada por el organismo técnico criminológico y el Consejo Correccional. Entendemos que tal circuns-

tancia debe ser prevista a la brevedad o al menos efectivizarse como una buena práctica administrativa a modo de resguardar el derecho de defensa reconocido supraconstitucionalmente, toda vez que el interesado (si el dictamen técnico o la postura interdisciplinaria es parcial o totalmente desfavorable) puede en esta instancia o bien en sede judicial, llegar a requerir el debido contralor por un perito de parte —o inclusive hasta una nueva confección del informe técnico controvertido—, sin perjuicio de su disposición de oficio si el supuesto lo amerita conforme la omnicomprensiva competencia jurisdiccional dispuesta normativamente, echando mano a los profesionales del Cuerpo Forense a esos fines (arts. 3° y 4° LEP).

Dentro de la valoración del **concepto** del interno, resulta habitual que, al momento de la deliberación de una petición concreta de soltura anticipada por parte de los organismos penitenciarios interdisciplinarios, surjan disquisiciones, recelos y hasta temores respecto del ulterior desenvolvimiento en el medio libre de la salida pretendida por el interno, ya sea por un probable quebrantamiento de condena ante su no retorno al establecimiento penal, o bien por una potencial recaída delictiva.

Al respecto, estimamos que pueden resultar útiles, a modo de referencia y hasta tanto se elabore algún instructivo vernáculo específico, los parámetros proporcionados por el derecho comparado mediante la Tabla de Variables de Riesgos y Concurrencia de Circunstancias Peculiares que ofrece la Administración Penitenciaria española (Instrucción 22/1996 sobre Permisos de Salida, del 16/12/1996), dictadas por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias (DGIP) en base a un análisis estadístico de las características de internos que mal usufructuaron permisos de salidas (similares a nuestras salidas transitorias y extensibles a particularidades de la semilibertad). Tales datos permitieron estandarizar una serie de variables potencialmente indicadoras de riesgo (p. ej.: extranjería, falta o escasa residencia, dependencia a adicciones, trastornos psicopatológicos, quebrantamientos de condenas anteriores, profesionalidad y reincidencia delictiva, tipo delictivo y su repercusión social, pertenencia a organización delictiva, deficiencia convivencial, lejanía del centro penitenciario, etc.), que, en el supuesto de su aprovechamiento local, deberán necesariamente compatibilizarse con las características concretas del caso puesto a discusión, y así prevenir cualquier intento presuroso de “encasillamiento” de personas que devengan en posteriores decisiones injustas.

Por supuesto que los principios *pro homine* y *pro libertatis*, que cuentan con su peso propio, deben utilizarse para resolver cualquiera de las solicitudes controvertidas y oscilantes que se presenten según la mirada de la agencia penitenciaria y del magistrado especializado.

Sobre la valoración judicial del presupuesto conceptual, además de compartir la crítica al momento de sancionar la ley 24.660 respecto del amplio margen de discrecionalidad otorgado al equipo técnico en ciertas cuestiones, reforzamos la postura que asevera que el informe penitenciario de escala de calificación del **concepto** asignado no resulta “de ninguna manera” vinculante para el juzgador, puesto que de admitirse “lo contrario se violaría de manera indirecta el principio de judicialización, ya que la administración podría impedir el otorgamiento de las salidas transitorias o el acceso a la semilibertad con sólo pronunciarse desfavorablemente sobre el concepto (a lo que nosotros agregamos, “y/o la conducta”) del condenado”; debiendo recordar que “El informe de la administración tiene sólo el valor de un dictamen técnico que contribuye con la autoridad judicial en la toma de la decisión pero no puede reemplazar a la decisión que la ley expresamente pone en manos de la autoridad judicial”.

Excursus: la especial problemática de los etiquetados “delincuentes peligrosos” (sexuales, reincidentes, seriales, por convicción, etc.) y los principios constitucionales y penitenciarios.

Ahora bien, es habitual que se presenten a estudio diferentes peticiones que conllevan una particular problemática y que requieren mayor atención y precisión por parte de los operadores penitenciarios y judiciales en su análisis técnico, tal como sucede en el supuesto de los etiquetados “delincuentes peligrosos”, como los sexuales, reincidentes, seriales, por convicción, etc.

Sin perjuicio de la conmoción que puede afectar su valoración interprofesional y jurídica, los parámetros de trabajo y resolución al caso a examinar, entendemos, se encuentran en los principios constitucionales y penitenciarios vigentes.

Tal como lo concebimos, el régimen debe encontrarse al servicio del tratamiento penitenciario (relación de medio a fin); aserción que se fundamenta atendiendo a la finalidad resocializadora que se pretende con la ejecución

de la pena de prisión (art. 1° LEP). En ese orden de ideas, los resultados del tratamiento interdisciplinario desarrollado, reiteramos, serán los que, en definitiva, determinarán la consecución de las expectativas preliberatorias del interno, siempre que concibamos a tales egresos anticipados como derechos del condenado.

Dentro del mismo esquema de razonamiento, también, deberemos procurar una respuesta al particular supuesto del interno que no acepta la invitación tratamental o bien rechaza a aquél —por los motivos que fueren—; y en este caso, tendremos que basar nuestra valoración atendiendo a su desenvolvimiento dentro del Reglamento de Convivencia Interna que sustenta al Régimen Penitenciario —esto es, las denominadas actividades obligatorias prescriptas (arts. 5°, 1° párrafo y 79 LEP)—, sin perjuicio de reconocer las dificultades que ello implica en miras al destino de las salidas pretendidas.

Respecto de la peculiar problemática que representan los delincuentes sexuales, resultan un buen punto de partida los parámetros sentados en el precedente “Costa” del TSJ mediterráneo, el que nos señala que:

“Durante la ejecución de la pena dos principios centrales deben ser compatibilizados. Por un lado, la progresividad que implica una orientación durante la ejecución de la pena privativa de libertad tendiente a ‘limitar la permanencia del interno en establecimientos cerrados’ (ley 24.660, art. 6°) y, por el otro, la individualización que remite a contemplar las necesidades del tratamiento personalizado del penado (ley 24.660, art. 5°). El avance en la progresividad hacia la etapa de prueba se basa en que se hayan adquirido conductas ‘que impliquen capacidad para el sostenimiento y ejercicio de la autodisciplina’ (art. 26, anexo IV, decreto PEP 1293/2000), con lo cual se requiere que esa capacidad derive de los logros alcanzados en un personalizado tratamiento que tenga en cuenta la conflictiva individual del interno (...) El principio de progresividad proporciona una guía hermenéutica que repulsa que puedan estatuirse exclusiones definitivas por la tipología (abuso sexual en contra de niños) y características de la personalidad (paidofilia), pero el principio de individualización tiene que computar esas singularidades para permitir el abordaje par-

ticularizado cuando se procura ingresar a una etapa basada preponderantemente en la autodisciplina...".⁽³⁾

Lo expuesto en la párrafos precedentes, importa la presentación de un mecanismo de inferencia válido para la resolución jurisdiccional de cualquier derecho de egreso anticipado —procedimiento de utilidad, asimismo, para los equipos interdisciplinarios de la agencia penitenciaria—, pero que en la práctica cotidiana, reconocemos, se agudiza cuando se debe discurrir la concesión de pretensiones preliberatorias de internos condenados por delitos que lastiman profundamente la sensibilidad social o que cuentan con cierta trayectoria delictiva, como pareciera ser el *leit motiv* del nuevo art. 17, inc. V de la LEP, que fue introducido por ley 26.813.⁽⁴⁾

En atención a la problemática propia de los criminales sexuales y siguiendo estudios realizados, se aconseja observar la regla que afirma que en materia de criminalidad sexual "el peligro de la reincidencia es mayor, cuánto más grave haya sido la carrera delictiva del sujeto". Por ello, las tareas de predicción de la peligrosidad han de tener en cuenta tanto la gravedad como la frecuencia de los distintos precedentes computables de la carrera delictiva del interno, entre ellos las agresiones sexuales juzgadas.

Sin perjuicio de que nuestra normativa federal vigente no distingue un tratamiento penitenciario, ni legal diferente para el sujeto primario y para el sujeto reincidente —como si lo prescriben llamativamente ciertas reglamentaciones provinciales actuales de dudosa constitucionalidad—, ni tampoco para el interno de acuerdo al rótulo del delito castigado —sea sexual, reincidente, serial, por convicción, o el que fuere; y en la medida que le restemos vigor a las previsiones del nuevo art. 56 bis LEP por su discutida constitucionalidad—, excepto aquellas diferencias lógicas que provengan de la implementación individualizada del tratamiento resocializador (arts. 5° y 8° LEP), observamos que en la praxis terapéutica y administrativa penitenciaria se hacen valer recurrentemente dichos "rótulos" *per se* para sustentar la denegación de la salida; por lo que el magistrado deberá agudizar su lupa para discernir si la negativa tiene su sustento científico verificable o se trata de una incorrecta práctica funcio-

(3) TSJ Córdoba, "Costa, Guillermo Fabián p.s.a. abuso sexual calificado continuado, etc. —Recurso de Casación—", Sentencia N° 75/2008 14/04/2008).

(4) Ver BO 16/01/2013.

nal obstaculizadora de la procedencia del egreso anticipado requerido, previniendo cualquier intento de *capitis diminutio* contrario a nuestra axiología constitucional.

En relación al tratamiento legal de los criminales seriales y por convicción, el mecanismo de resolución de sus derechos penitenciarios de egresos anticipados, también, responde a los razonamientos que antes mencionamos, debiendo primar la evolución tratamental —y regimental, concomitantemente o exclusivamente cuando correspondiere— por sobre cualquier otra exigencia.

La resolución de las salidas anticipadas examinadas representan una de las cuestiones más delicadas del ejercicio de la magistratura de ejecución penal, ya que el judicante, más allá de los parámetros contenidos en los informes criminológicos —los cuales de ninguna manera vinculan u obligan al órgano jurisdiccional en su decisión—, debe resolver “apostando” sobre conductas futuras y sin contar “con dotes proféticos”; y, por tanto, con un margen relativo de probabilidad y eficacia, además, donde el éxito o el fracaso del derecho reconocido dependerá en gran parte de la disposición individual y desenvolvimiento del destinatario.

Más allá de nuestra sombría realidad y encontrándonos comprometidos con la lucha diaria por el respeto de los derechos de los privados de libertad, como otro de los sectores más desprotegidos de nuestra sociedad, reconocemos y reiteramos la impronta que trazan las palabras de Schall-Schreibauer:

“... una sociedad que quiere mantenerse en un Derecho penal respetuoso con la individualidad y los derechos fundamentales de la persona, también del delincuente, una sociedad que, por tanto, quiere conceder a todo autor la posibilidad de la resocialización, debe también estar dispuesta necesariamente a soportar un riesgo para la seguridad de la colectividad”.

El derecho al trabajo y a la libertad sindical de las personas privadas de la libertad ambulatoria

por **MATÍAS ISEQUILLA**⁽¹⁾

I | Introducción

El presente trabajo tiene por objeto realizar un breve análisis de la finalidad de la pena privativa de la libertad en la Argentina, como así también de la relevancia del trabajo de las personas privadas de la libertad ambulatoria en el marco del “tratamiento” resocializador pretendido por la ley 24.660.

A tales efectos, se formula una reseña de la normativa nacional e internacional, de jerarquía constitucional e infra constitucional, que garantiza a las personas privadas de la libertad ambulatoria el Derecho Humano Fundamental al Trabajo y se analiza y determina el marco normativo que regula los contratos de trabajo desarrollados en contexto de encierro.

Asimismo, se describen sucintamente las principales características de las relaciones laborales de los internos, en especial las relativas a la normativa que las regula, a la remuneración debida al trabajador, a la naturaleza del sujeto empleador, a las modalidades y a la finalidad del trabajo en contexto de encierro, y a la problemática laboral específica que padecen los trabajadores privados de la libertad ambulatoria.

.....
(1) Abogado. Especialista en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Docente (UBA). Asesor legal del Sindicato Único de Trabajadores Privados de la Libertad Ambulatoria (SUTPLA).

Por otra parte, este estudio intenta demostrar que la legislación vigente en nuestro país no presenta obstáculo alguno a los fines del pleno e irrestricto ejercicio por parte de las personas privadas de la libertad ambulatoria del **derecho humano fundamental a la libertad sindical**.

En tal sentido, se formula una breve reseña de la reciente experiencia de sindicalización de los trabajadores privados de la libertad ambulatoria llevada adelante por el Sindicato Único de Trabajadores Privados de la Libertad (SUTPLA), en especial de las particulares circunstancias de la constitución de dicha entidad sindical, de su objeto, de sus reivindicaciones y de su accionar gremial.

Finalmente, se reflexiona acerca de la palmaria selectividad de nuestro sistema penal, de la evidente incapacidad que presenta la pena privativa de la libertad a los fines de solucionar el conflicto social que —en principio— el delito supone, y de la importancia del desarrollo de políticas públicas —ya sea en el ámbito libre o de encierro—, tendientes a la erradicación de los principales factores generadores de criminalidad, tales como la pobreza estructural, la exclusión social y la marginalidad.

2 | El trabajo en las cárceles

En principio corresponde señalar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, desde hace tiempo, tiene dicho que

“... el ingreso a una prisión, no despoja al hombre de la protección de las leyes y, en primer lugar de la Constitución Nacional, y que la dignidad humana implica que las personas penalmente condenadas son titulares de todos los derechos constitucionales, salvo las libertades que hayan sido constitucionalmente restringidas por procedimientos que satisfagan todos los requerimiento del debido proceso”.⁽²⁾

Asimismo, el Máximo Tribunal sostuvo recientemente que los trabajadores resultan ser sujetos de preferente tutela constitucional.⁽³⁾

(2) CSJN, Fallos 318:1984, entre otros.

(3) CSJN, “Vizzoti, Carlos Alberto c/ Amsa SA s/ despido”, 14/09/2004.

En tal sentido, resulta relevante destacar que el derecho humano fundamental al trabajo, entendido como "... el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado" (art. 6°, PIDESC), goza en nuestro país de jerarquía constitucional, toda vez que se encuentra garantizado por el art. 14 bis CN y por diversos Tratados Internacionales de Derechos Humanos expresamente incluidos en el art. 75, inc. 22, de la norma suprema, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 23), por la Convención Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 14), por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 6° y 7°).

Por lo tanto, cabe afirmar sin hesitación que la privación de la libertad ambulatoria de una persona de manera alguna debería significar un impedimento a los fines del irrestricto ejercicio del Derecho Humano Fundamental al Trabajo.

En ese orden de ideas, el art. 1° de la ley 24.660, que regula todo lo atinente a la ejecución de la pena privativa de la libertad en el ámbito federal y provincial,⁽⁴⁾ expresamente establece que "La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad".

Dicha finalidad resocializadora resulta plenamente consecuente con lo dispuesto por el art. 18 CN, en el sentido que "Las cárceles de la nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas", como así también con lo previsto por diversas normas internacionales que, a partir de la reforma de 1994, gozan en nuestro ordenamiento legal de jerarquía constitucional (art. 72, inc. 22 CN).

En tal sentido, el art. 5° apart. 6° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (conocida como el "Pacto de San José de Costa Rica") expresamente dispone que "Las penas privativas de la libertad tendrán

(4) Si bien, en principio, cada provincia se encuentra facultada a dictar su propia normativa en materia de ejecución de la pena privativa de la libertad, dicha normativa provincial debe ser concordante y no puede contradecir el espíritu y las prescripciones de la ley 24.660, en cuanto ésta resulta complementaria del Código Penal de la Nación (art. 229).

como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”.

Por su parte, el art. 10 apart. 3° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) establece que “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”.

En cuanto a la modalidad de dicho “tratamiento”, el art. 1°, párr 2°, de la ley 24.660 admite que el régimen penitenciario podrá utilizar, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, todos los medios interdisciplinarios que resulten apropiados para la finalidad resocializadora enunciada, siendo que, en la práctica penitenciaria argentina actual, el mismo se cimenta sobre dos pilares fundamentales: la educación y el trabajo.

Precisamente, y con fundamento en lo dispuesto por dichas normas, en la actualidad son numerosas las personas que, encontrándose total o parcialmente privadas de la libertad ambulatoria, con o sin condena firme, prestan servicios en relación laboral de dependencia en los diversos establecimientos carcelarios dependientes de los distintos servicios penitenciarios de la Argentina.⁽⁵⁾

En tal sentido, resulta relevante señalar que la posibilidad de que una persona privada de la libertad ambulatoria, también denominada “interno” (art. 57, ley 24.660), trabaje en su lugar de detención no resulta ser una concesión graciable del Estado, en general, ni de los distintos servicios penitenciarios, en particular, sino que, de conformidad con lo expresamente dispuesto por el art. 106 de la ley 24.660, el trabajo constituye un derecho y un deber del interno.

En idéntico sentido, el art. 97 del decreto 303/96, que regula todo lo atinente a la detención de personas procesadas en establecimientos penitenciarios dependientes del Servicio Penitenciario Federal, también denominado “Régimen General para Procesados” (RGP según sus si-

(5) En 2011 trabajaron en contexto de encierro en todo el país 22.610 personas privadas de la libertad ambulatoria, es decir, sólo el 37,61% del total de la población carcelaria. (Fuente: Informe Anual 2011. Dirección Nacional de Política Criminal - Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (SNEEP) [en línea], <http://www1.infojus.gov.ar/sneep>).

glas), dispone que “El trabajo debidamente remunerado constituye un derecho del interno”.

Cabe aclarar que la obligación de trabajar sólo recae sobre los internos condenados, siendo que para los internos procesados, el trabajo resulta meramente un derecho.

Sin embargo, el art. 110 de la ley 24.660 expresamente dispone que un interno condenado no puede ser coaccionado a trabajar y que el incumplimiento a dicha obligación será considerado una falta media e incidirá negativamente en su concepto en el marco de las periódicas evaluaciones que el servicio penitenciario efectúe.

Así las cosas, considerando que del resultado de dichas evaluaciones depende el avance del interno en la progresividad de su tratamiento, del cual, a su vez, depende el acceso a diversos beneficios relacionados con la recuperación anticipada (transitoria o definitiva) de su libertad ambulatoria, cabe concluir que la sanción legal prevista por la norma descripta en el párrafo anterior —cuando menos— torna relativo el carácter voluntario y/o no forzoso que se le pretende atribuir al trabajo intramuros.

En otro orden de ideas, resulta relevante señalar que las características generales del trabajo de las personas privadas de la libertad ambulatoria se encuentran expresamente enumeradas en el art. 107 de la ley 24.660, el cual dispone que el trabajo de los internos:

- “a. no se impondrá como castigo;
- b. no será aflictivo, denigrante, infamante ni forzado;
- c. propenderá a la formación y al mejoramiento de los hábitos laborales;
- d. procurará la capacitación del interno para desempeñarse en la vida libre;
- e. se programará teniendo en cuenta las aptitudes y condiciones psicofísicas de los internos, las tecnologías utilizadas en el medio libre y las demandas del mercado laboral;
- f. deberá ser remunerado;
- g. se respetará la legislación laboral y de seguridad social vigente”.

3 | Características de la relación laboral

3.1 | Normativa aplicable

Previamente, y aunque resulte un tanto obvio, corresponde señalar que el trabajo prestado por las personas privadas de la libertad ambulatoria se encuentra alcanzado por el principio general de protección o “protectorio” previsto por el art. 14 *bis* CN, el cual establece que

“El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor, jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial”.

Por su parte, la ley 24.660, en su art. 107 inc. g) expresamente dispone que “El trabajo se regirá por los siguientes principios: (...) Se respetará la legislación laboral y de seguridad social vigente”.

En tal sentido, el art. 117 de dicha norma establece que “La organización del trabajo penitenciario, sus métodos, modalidades, jornadas de labor, horarios, medidas preventivas de higiene y seguridad, atenderán a las normas establecidas en la legislación inherente al trabajo libre”.

De la misma manera, el 2º párrafo del art. 120 de dicho cuerpo legal establece que los salarios de los internos serán abonados en los términos establecidos en la legislación laboral vigente.

Asimismo, el art. 130 de la norma en cuestión dispone expresamente que “La muerte o los accidentes sufridos por internos durante o con motivo de la ejecución del trabajo, así como las enfermedades profesionales contraídas por su causa, serán indemnizables conforme la legislación vigente”.

Por lo tanto, y más allá que ciertos aspectos se encuentran específicamente regulados por la ley 24.660, cabe afirmar sin hesitación que las re-

laciones laborales de los trabajadores privados de la libertad ambulatoria se rigen por las normas generales que regulan los contratos de trabajo celebrados entre sujetos privados en el ámbito libre.

Al respecto, Porta sostiene categóricamente que

“...en nuestro país, el trabajo prestado intramuros está tanto amparado por las disposiciones constitucionales y los tratados internacionales que integran el llamado bloque de constitucionalidad federal, como regulado específicamente por la ley 24.660 y el RGP —los que, a su vez, remiten a todas las normas del derecho laboral, siempre que resulten compatibles con la naturaleza y modalidades del trabajo carcelario—”.⁽⁶⁾

Así las cosas, resultan aplicables a las relaciones laborales de los internos la totalidad de las normas que integran el denominado Orden Público Laboral, tales como la ley 20.744 de Contrato de Trabajo (LCT), la ley 24.013 Nacional de Empleo (LNE), la ley 24.557 de Riesgos del Trabajo (LRT), la ley 19.587 de Seguridad e Higiene en el Trabajo, entre otras.

Dicho criterio ha sido recientemente receptado por la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (CNAT), en el marco de una acción colectiva de amparo promovida por el Sindicato Único de Trabajadores Privados de la Libertad Ambulatoria (SUTPLA) con el objeto de que se condene a la administración penitenciaria a abonar a la totalidad de los internos que trabajan en establecimientos penitenciarios dependientes del Servicio Penitenciario Federal una remuneración equivalente al Salario Mínimo, Vital y Móvil.⁽⁷⁾

En efecto, en dichas actuaciones, la Sala IX de la CNAT, haciendo propio lo dictaminado por el Sr. Fiscal General de Cámara, Dr. Eduardo Álvarez, sostuvo que

“El ordenamiento legal, cuyo acatamiento se pretende, establece expresamente que los contratos de trabajo de los internos se

(6) PORTA, ELSA, “El trabajo intramuros de las personas privadas de la libertad”, en *Revista Derecho del Trabajo*, Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, año II, n° 5, junio 2013, p. 68.

(7) CNAT, Sala IX, “Sindicato Único de Trabajadores Privados de la Libertad Ambulatoria c/ Estado Nacional - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y otros s/ Acción de Amparo”, 30/07/2013.

rigen por la legislación laboral, lo que debe entenderse, como una remisión al derecho del trabajo privado. No soslayo que nos encontramos ante una hipótesis muy particular, pero lo cierto es que el sistema de trabajo “intramuros” efectúa un claro reenvío a la Ley de Contrato de Trabajo...”.

En otro orden de ideas, en virtud de lo expresamente normado por el 3° párrafo del art. 14 *bis* CN, en el sentido que

“El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna”,

y considerando que el art. 107 inc. g) de la ley 24.660 dispone que en el marco de las relaciones laborales con los internos “... se respetará la legislación laboral y de seguridad social vigente...”, cabe también concluir que asiste a los trabajadores privados de la libertad ambulatoria el derecho a gozar de la totalidad de los beneficios de la Seguridad Social inherentes al trabajo dependiente, en especial los previstos por las leyes 24.241 (jubilaciones y pensiones), 24.714 (asignaciones familiares) y 23.660 (obra social).

3.2 | Remuneración

Los arts. 107, inc. f), y 120 de la ley 24.660 expresamente disponen que el trabajo de las personas privadas de la libertad ambulatoria debe ser remunerado.

Asimismo, dicho art. 120 determina que “Los salarios serán abonados en los términos establecidos en la legislación laboral vigente”. De esa manera, mediante el mecanismo de la remisión legal, la norma citada precedentemente dispone en forma expresa la regulación del instituto de la remuneración de los internos en los términos previstos por los arts. 103, siguientes y concordantes de la Ley de Contrato de Trabajo.

Con respecto a la cuantía de la remuneración de los internos condenados que trabajan, el art. 120 de la ley 24.660 establece que si los bienes o servicios producidos por el trabajo intramuros se destinaren al Estado o a entidades de bien público, el salario del interno no será inferior a las tres cuartas partes del salario mínimo, vital y móvil. Al respecto, cabe señalar que dicha disposición colisiona insalvablemente con la garantía contenida en el art. 14 *bis* CN, en el sentido que “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador (...) retribución justa; salario mínimo vital móvil...”.

Por otra parte, dicha norma establece que en los demás casos, es decir, cuando los bienes o servicios producidos no se destinaren al Estado o a entidades de bien público, o cuando la organización del trabajo esté a cargo de una empresa mixta o privada, la remuneración del interno condenado que trabaja será igual al salario de la vida libre correspondiente a la categoría profesional de que se trate, no pudiendo en ningún caso ser inferior al salario mínimo, vital y móvil.

Asimismo, el art. 121 de la ley 24.660 dispone que el 10% de la remuneración del interno condenado podrá ser retenida por la administración penitenciaria para indemnizar los daños y perjuicios causados por el delito conforme lo disponga la sentencia condenatoria (inc. a), que el 35% puede ser retenido para el pago de obligaciones alimentarias (inc. b) y que el 25% puede ser retenido para costear los gastos que causare en el establecimiento carcelario (inc. c).⁽⁸⁾

En cambio, el 30% restante (o el porcentaje que correspondiere si el interno no tuviera que afrontar ninguna de las obligaciones descriptas en el párrafo anterior) pasa a integrar el denominado **fondo propio**.

Para el caso de internos condenados, el trabajador puede disponer en forma inmediata del 30% de dicho **fondo propio**, siendo que el 70% restante pasa a integrar el denominado **fondo de reserva**, que le será entregado al momento de recuperar su libertad ambulatoria.

(8) El inc. c) del art. 121 de la ley 24.660 fue declarado inconstitucional por la CSJN en fecha 01/11/2011 en los autos “Méndez, Daniel Roberto s/ recurso de casación”, fallo que dio lugar al dictado, en el ámbito del SPF, de una resolución interna de alcance general que disponía el cese de dicha retención salarial.

Con respecto a la remuneración de los internos procesados (o condenados sin sentencia firme), el art. 109 del decreto 303/1996 dispone que

“...si los bienes o servicios producidos se destinaren al Estado Nacional o a entidades de bien público, el interno percibirá el salario mínimo vital móvil... En los demás casos o cuando la organización del trabajo esté a cargo de una empresa mixta o privada la remuneración será igual al salario de la vida libre correspondiente a la categoría profesional de que se trate”.

Asimismo, el art. 110 de dicho cuerpo legal dispone que el interno procesado puede disponer libremente del 80% de su salario, y que el 20% restante le será retenido para formar un **fondo de reserva** que le será entregado al ser puesto en libertad sin que medie sentencia condenatoria definitiva.

3.3 | Empleador

Con respecto a la figura del empleador, la ley 24.660 dispone inequívocamente que tanto la obligación de dar ocupación efectiva a los internos, como la de abonar las pertinentes remuneraciones, recae de manera indelegable sobre la administración penitenciaria.

En ese mismo sentido, si bien el art. 119 de la ley 24.660 admite que el trabajo y la producción podrán organizarse por la administración bajo las formas de ente descentralizado, empresa mixta o privada, por cuenta propia del interno o mediante sistema cooperativo, cabe señalar que la propia norma dispone expresamente que, en cualquiera de esas modalidades, la administración penitenciaria ejercerá la supervisión de la actividad del interno en lo concerniente al tratamiento.

Asimismo, el art. 119, párr. 3, de la norma en cuestión dispone que “Las utilidades materiales percibidas por la administración penitenciaria se emplearán exclusivamente en obras y servicios relacionados con el tratamiento de los internos”.

Por lo expuesto, cabe concluir que, en nuestro ordenamiento jurídico, el único sujeto legalmente legitimado a los fines de asumir el carácter de empleador de las personas privadas de la libertad ambulatoria que trabajan resulta ser el propio Estado nacional o provincial, a través de sus distintos servicios penitenciarios.

Dicha limitación resulta en un todo compatible con lo normado por el art. 6º, apart. 3, inc. a) de la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual goza de jerarquía constitucional en nuestro país (ver art. 75, inc. 22 CN), en el sentido que

“Los trabajos o servicios que se exijan normalmente de una persona reclusa en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por la autoridad judicial competente (...) deberán realizarse bajo vigilancia y control de las autoridades públicas, y los individuos que los efectúen no serán puestos a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado”.

No obstante lo antes expuesto, en la actualidad el trabajo que prestan las personas privadas de la libertad ambulatoria en establecimientos carcelarios dependientes del Servicio Penitenciario Federal (SPF) se canaliza íntegramente a través del Ente de Cooperación Técnica y Financiera del Servicio Penitenciario Federal (ENCOPE, según sus siglas), un sujeto de derecho público creado por la ley 24.372.

En efecto, a pesar que fue creado a los fines de “...propender al mejor funcionamiento y la modernización de los métodos operativos de los talleres de laborterapia para los internos alojados en jurisdicción de la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal...” (ver art. 1º, ley 24.372), actualmente dicho ente pretende ser el empleador de la totalidad los trabajadores privados de la libertad ambulatoria que prestan servicios en el ámbito del SPF.

En tal sentido, corresponde señalar que, a diferencia del Estado Nacional, el ENCOPE no aporta fondos, bienes de capital o de uso, ni ninguna otra clase de estructura organizativa ni productiva propia a los fines de proporcionar ocupación efectiva a los internos y que, además, no ejerce las facultades legales relativas a la organización y a la dirección del trabajo en contexto de encierro, las cuales son ejercidas en forma exclusiva por la administración penitenciaria.

Por el contrario, las sus únicas actividades relevantes desarrolladas por el ENCOPE resultan ser formales o administrativas, y consisten principalmente en “figurar” como empleador de los internos ante los organismos

fiscales y previsionales, llevar los libros y registros laborales y contables, expedir los correspondientes recibos de haberes y —nada menos— que administrar, con absoluta discrecionalidad y una llamativa ausencia de control, los fondos aportados por el Estado Nacional a los fines de dar cumplimiento al aspecto laboral del “tratamiento” de los internos.

Por todo lo expuesto, considerando la definición que de empleador —“persona física o conjunto de ellas, o jurídica, tenga o no personalidad jurídica propia, que requiera los servicios de un trabajador”—, y de empresa —“organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos”— que ofrecen los arts. 5 y 26 de la Ley de Contrato de Trabajo, norma que, como ya se ha señalado, regula las relaciones laborales de los internos trabajadores, cabe concluir que la asunción por parte de dicho ente del carácter de empleador de los trabajadores privados de la libertad ambulatoria que prestan tareas en el ámbito del SPF carece de todo sustento fáctico y jurídico y, por ende, resulta a todas luces arbitraria, ilegítima, contraria a derecho e improcedente.

Así las cosas, el ente en cuestión no sería más que una persona jurídica ilícitamente interpuesta entre los trabajadores privados de la libertad ambulatoria y su real empleador, es decir, el Estado Nacional (a través de la administración penitenciaria), el cual, además, resultaría ser solidariamente responsable respecto de la totalidad de las obligaciones emergentes de las relaciones laborales con los internos, todo ello de conformidad con lo normado por el art. 29 de la Ley de Contrato de Trabajo.

3.4 | Finalidad y modalidades del trabajo en contexto de encierro

La ley 24.660, en su cuestionable lógica “tratamental”, dispone que la finalidad del trabajo de las personas privadas de la libertad ambulatoria es propender a la formación laboral y profesional del interno, al mejoramiento de sus hábitos laborales (ver art. 107, inc. c) y a su capacitación a los fines que pueda desempeñarse en la vida libre (ver art. 107, inc. d).

En ese orden de ideas, el art. 108 de dicho cuerpo legal establece que el trabajo de los internos no se organizará exclusivamente en función del

rendimiento económico individual o del conjunto de la actividad, sino que tendrá como finalidad primordial la generación de hábitos laborales, la capacitación y la creatividad.

Por otra parte, el inc. e) del art. 107 de dicha norma prevé que el trabajo intramuros deberá programarse teniendo en cuenta las aptitudes y condiciones psicofísicas de los internos, las tecnologías utilizadas en el medio libre y las demandas del mercado laboral.

En igual orden de ideas, la norma bajo análisis dispone que el trabajo de los internos estará basado en criterios pedagógicos y psicotécnicos, que dentro de las posibilidades existentes éstos podrán manifestar su preferencia por el trabajo que deseen realizar (art. 112) y que, en el caso de internos que ejerciten o perfeccionen actividades artísticas o intelectuales, éstas podrán ser su única actividad laboral si fuere productiva y compatible con su tratamiento y con el régimen del establecimiento (art. 113).

En cuanto a la organización del trabajo penitenciario, sus métodos, modalidades, jornadas de labor, horarios, medidas preventivas de higiene y seguridad, el art. 117 de la ley 24.660 dispone que dichos aspectos atenderán a las exigencias técnicas y a las normas establecidas en la legislación inherente al trabajo libre.

Asimismo, el art. 118 de la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad establece que la administración penitenciaria velará para que las tareas laborales se coordinen con los horarios destinados a otros aspectos del tratamiento del interno, tales como la educación, la atención médica, la psicoterapia y demás actividades de carácter cultural, deportivo, familiar e institucional.

Ahora bien, sin perjuicio de lo antes reseñado, cabe señalar que la cruda realidad indica que —al menos desde el punto de vista de los intereses de los internos— las finalidades del trabajo intramuros resultan ser muy distintas de las abstractamente pregonadas por la norma bajo análisis.

En efecto, en primer lugar, corresponde afirmar sin hesitación que, para los internos, uno de los principales objetivos del trabajo intramuros resulta ser el avance en la progresividad del tratamiento, del cual, en definitiva y tal como señalara precedentemente, depende el acceso por parte del interno a diversos beneficios relacionados con la recuperación anticipada

de la libertad ambulatoria, sin dudas el objetivo y, por supuesto, el anhelo primordial de toda persona privada de dicho fundamental derecho.

En segundo lugar, motiva la prestación laboral de los internos el acceso a los recursos materiales que garanticen su propia subsistencia. Ello es así ya que, si bien los arts. 58, ss. y ccdtes. de la ley 24.660 disponen expresamente que la administración penitenciaria está obligada a proveer a las personas privadas de la libertad ambulatoria los medios pertinentes a los fines de su adecuada alimentación, de su vestimenta y del cuidado de su salud e higiene, lo cierto es que en la actualidad dicha obligación dista mucho de ser cumplida por los obligados al efecto; en la realidad de los hechos, la misma recae casi exclusivamente en cabeza del propio interno y/o de sus familiares y allegados.

Por último, cabe señalar que, sin lugar a dudas, la percepción de un salario por parte del interno le permite contribuir al sostenimiento material de su familia, extremo que lo dignifica y/o lo reivindica frente a los suyos y, en definitiva, redundando en un fortalecimiento de sus vínculos familiares, todo ello en consonancia con lo normado por los arts. 168 de la ley 24.660 y 5° del decreto 1136/1997.

4 | Problemática del trabajo en contexto de encierro

Además de los problemas generales que aquejan a quienes se encuentran privados de la libertad ambulatoria en las diversas cárceles dependientes de los distintos servicios penitenciarios nacionales y provinciales, tales como las inhumanas condiciones de alojamiento, el hacinamiento, los malos tratos, la nula o pésima alimentación, la violación a la intimidad de los visitantes y la falta de atención médica, entre muchos otros, los internos que trabajan padecen una problemática específica.

En efecto, dicha paupérrima situación general de detención se extiende también a las condiciones de trabajo, extremo que genera que los internos que trabajan padezcan, entre muchos otros, los siguientes problemas laborales:

- a. falta de otorgamiento de tareas, a pesar que el trabajo resulta ser un derecho, al cual virtualmente todos los internos desean y necesitan acceder;

- b. absoluta discrecionalidad en el otorgamiento de tareas;
- c. carácter escasamente formativo de las tareas otorgadas, a pesar del objetivo de formación laboral y profesional asignado por la ley 24.660 al trabajo en contexto de encierro;
- d. deplorables condiciones de trabajo e inexistencia de medidas y elementos de seguridad e higiene, a pesar que resulta de aplicación a las relaciones laborales de los internos la ley 19.587 de Seguridad e Higiene en el Trabajo;
- e. falta de cobertura y prevención real y efectiva frente a riesgos del trabajo, a pesar que resulta de aplicación a las relaciones laborales de los internos la ley 24.557 de Riesgos del Trabajo;
- f. pago de salarios inferiores al salario mínimo, vital y móvil, a pesar de lo expresamente normado por el art. 14 *bis* de la CN, por el art. 120 de la ley 24.660 y por el art. 109 del decreto 303/96;
- g. limitación de la disponibilidad del salario por parte del interno con fundamento en el **fondo de reserva** previsto por los arts. 121 inc. d) de la ley 24.660 y 110 del decreto 303/96, a pesar de la plena vigencia de los principios constitucionales de protección e intangibilidad del salario.
- h. extensas demoras en el pago de las sumas correspondientes a la porción de libre disponibilidad del **fondo propio**, a pesar que el art. 128 de la Ley de Contrato de Trabajo expresamente dispone que el salario debe ser abonado al trabajador dentro del cuarto día hábil de cada mes;
- i. dificultades en la subsistencia de los internos como consecuencia de la falta o insuficiencia del salario, de la limitación de su disponibilidad y de la demora en su efectivo pago, todo ello a pesar que el art. 58 de la ley 24.660 dispone que la Estado debe solventar todos los gastos correspondientes a la alimentación, vestimenta, salud e higiene de las personas alojadas en los establecimientos penitenciarios;
- j. dificultades en el afianzamiento de los vínculos familiares como consecuencia de la falta o insuficiencia del salario, de la limitación de su disponibilidad y de la demora en su efectivo pago, a pesar de lo expresamente normado por los arts. 168 de la ley 24.660 y 5° del decreto 1136/1997;
- k. falta de pago de las asignaciones familiares establecidas por la ley 24.714, a pesar de lo normado por el art. 14 *bis* de la CN y por el art. 107 inc. g) de la ley 24.660;
- l. falta de acceso a una Obra Social de las previstas por la ley 23.660, a pesar de lo normado por el art. 14 *bis* de la CN y por el art. 107 inc. g) de la ley 24.660;
- m. falta de inserción laboral real, oportuna y efectiva al momento de la recuperación de la libertad ambulatoria.

5 | La libertad sindical de los trabajadores privados de la libertad ambulatoria

Con respecto al ejercicio del derecho humano fundamental a la libertad sindical por parte de los trabajadores privados de la libertad ambulatoria, en principio, cabe reiterar lo expuesto precedentemente, en el sentido que, conforme lo reiteradamente resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "...el ingreso a una prisión, no despoja al hombre de la protección de las leyes y, en primer lugar de la Constitución Nacional...".⁽⁹⁾

Asimismo, resulta relevante recordar que el art. 14 *bis* CN garantiza sin distinciones el pleno ejercicio de la libertad sindical, al establecer que

"El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: (...) organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial. Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo".

En igual sentido, el derecho a la libertad sindical se encuentra garantizado en diversas normas internacionales de Derechos Humanos incorporadas a la Constitución Nacional en la reforma de 1994 por la vía del art. 75, inc. 22, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 16, apart. 1), la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 23, apart. 4), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 8, apart. 1, inc. c) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 22).

En idéntico orden de ideas, cabe añadir que el derecho a la libertad sindical también se encuentra garantizado por el Convenio N° 87 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el cual, conforme lo ha sostenido en forma reciente y reiterada la Corte Suprema de Justicia de la Nación, posee jerarquía constitucional, toda vez que se encuentra integrado al Pacto

(9) CSJN, Fallos: 318:1894, entre otros.

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 8º), al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 22) y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 16).⁽¹⁰⁾

En efecto, dicho convenio internacional sobre libertad sindical, en su art. 2º, expresamente establece que "los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las asociaciones que estimen convenientes".

Asimismo, dicho instrumento legal es concluyente en cuanto obliga a los Estados parte a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores el libre ejercicio del derecho de sindicación (ver art. 11) y a abstenerse de toda intervención que tienda a limitar o a entorpecer el ejercicio legal del derecho de las organizaciones de trabajadores de organizar sus actividades y el de formular su programa de acción (ver art. 3º).

Por su parte, en el ámbito infra constitucional, la ley 23.551 de Asociaciones Sindicales (LAS) expresamente establece en su art. 4º que los trabajadores tienen derecho a constituir libremente y sin necesidad de autorización previa, asociaciones sindicales, a afiliarse a las ya constituidas, a no afiliarse o a desafiliarse, a reunirse y desarrollar actividades sindicales y a peticionar ante las autoridades y los empleadores.

Asimismo, el inc. d) del art. 5º de dicha norma dispone que las asociaciones sindicales, entre otros derechos, se encuentran facultadas a "...formular su programa de acción, y realizar todas las actividades lícitas en defensa del interés de los trabajadores. En especial, ejercer el derecho a negociar colectivamente, el de participar, el de huelga y el de adoptar demás medidas legítimas de acción sindical".

Ahora bien, corresponde enfáticamente señalar que ninguna de las normas internacionales brevemente reseñadas contienen disposición alguna que permita, siquiera remotamente, sugerir que no asiste a los trabajadores privados de la libertad ambulatoria el pleno e irrestricto derecho humano fundamental a la libertad sindical.

(10) CSJN, "Asociación de Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo s/ Ley de Asociaciones Sindicales", 11/11/2008; "Rossi, Adriana María c/ Estado Nacional - Armada Argentina s/ sumarísimo", 09/12/2009; y "ATE c/ Municipalidad de Salta s/ Recurso de inconstitucionalidad", 18/06/2013.

Ello es así toda vez que, si bien algunas de dichas normas internacionales admiten la restricción —e incluso la prohibición—, del derecho de asociación respecto de las fuerzas armadas y de seguridad, nada disponen respecto de las personas privadas de la libertad ambulatoria, siendo que ciertamente resulta a todas luces improcedente cualquier interpretación análoga que se pretenda realizar al respecto.

Por otra parte, la única restricción referida al ejercicio del derecho a la libertad sindical por parte de los internos condenados que se puede advertir en el ámbito nacional resulta ser la contenida en el art. 18 de la ley 23.551, en el sentido que para poder integrar los órganos directivos de una asociación sindical, el trabajador no debe poseer inhibiciones civiles ni penales.

Por lo tanto, y siguiendo a Porta, cabe concluir que

“...los internos que trabajan tienen derecho a ejercer en forma plena su derecho a la libertad sindical, tanto en su aspecto positivo como negativo. Vale decir, poseen el derecho de constituir una organización sindical autónoma; el de afiliarse, mantenerse en la afiliación, no afiliarse, o desafiliarse de una organización existente; reunirse; desarrollar actividades sindicales; peticionar ante las autoridades y empleadores; participar en la vida interna de los sindicatos; elegir libremente a sus representantes; postular candidatos y ejercer cargos de representación gremial”.⁽¹¹⁾

6 | La sindicalización de los trabajadores privados de la libertad ambulatoria

“Del loco es el reino de los cielos, del cuerdo el reino del temor”
Gustavo Cordera, cantautor argentino

Durante muchos años, los internos que trabajan en los establecimientos carcelarios dependientes de los distintos servicios penitenciarios de la Argentina consideraron a la organización sindical como una herramienta le-

.....

(11) PORTA, ELSA, *El trabajo...*, op. cit., pp. 75/76.

gal viable y eficaz a los fines de modificar el negativo cuadro de situación previamente descripto.

Sin embargo, la férrea oposición por parte del Estado, en general, y de los distintos servicios penitenciarios, en particular, logró siempre contener los aislados intentos que en el pasado se habían llevado adelante a tal efecto.

A pesar de ello, a principios de 2012 surgió en el ámbito del Centro Universitario Devoto (CUD),⁽¹²⁾ que funciona en el Complejo Penitenciario Federal II de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (la "cárcel de Devoto"), un renovado movimiento que tuvo la firme intención de concretar la ansiada y demorada sindicalización de los trabajadores privados de la libertad ambulatoria.

Dicho movimiento, motorizado por varios de los referentes y directivos del CUD y liderado principalmente por el entonces interno César Rodrigo Díaz, contó con la asistencia técnica y política de la Dra. Mariana Chávez y de quien escribe estas líneas, y actuó en la inteligencia que en ese entonces la situación política del país, en general, y penitenciaria, en particular, marcada por el perfil progresista del entonces Director del Servicio Penitenciario Federal, el civil Víctor Hortel,⁽¹³⁾ nunca había sido tan propicia para intentar materializar tan osado proyecto.

En tal contexto, luego de analizar las distintas estrategias u opciones de agremiación posibles, y en sentido opuesto a lo dictaminado por la Procuración Penitenciaria de la Nación,⁽¹⁴⁾ se resolvió que, en atención a las muy

(12) El Centro Universitario Devoto fue creado en 1985 por un acuerdo entre la Universidad de Buenos, el Servicio Penitenciario Federal y los Ministerios de Justicia y Educación de la Nación. Actualmente funciona en el marco del programa UBA XXII, tiene por finalidad impartir a los internos educación universitaria y, además de significar una experiencia única en Latinoamérica, constituye un verdadero "oasis" dentro de la cárcel, ya que constituye un ámbito de estudio libre y autogobernado por los estudiantes, en el cual, virtualmente, no rigen las normas penitenciarias.

(13) Cabe reconocer la notable labor desarrollada durante su gestión por el Dr. Víctor Hortel en pos de incrementar los Derechos Humanos de las personas privadas de la libertad ambulatoria, la cual recientemente se vio truncada como consecuencia del evidente accionar cuasi mafioso de los sectores más retrógrados y reaccionarios que aún se encuentran enquistados en las más altas esferas del Servicio Penitenciario Federal.

(14) A pedido de la Asociación de Trabajadores del Estado (ATE), en 2011, la Procuración Penitenciaria de la Nación emitió un dictamen mediante el cual, en base al claro desacuerdo

especiales particularidades del colectivo laboral involucrado, resultaba conveniente crear una entidad gremial nueva y autónoma que tuviera por objeto representar única y específicamente a los trabajadores que prestaban tareas en contexto de encierro.

Así las cosas, en virtud de la asunción de una identidad propia y como consecuencia del sistemático incumplimiento por parte de la administración penitenciaria de sus obligaciones en materia laboral, dicho proyecto de sindicalización de los trabajadores privados de la libertad ambulatoria rápidamente contó con un masivo consenso entre los internos, ya sea por parte de los trabajadores ocupados, de los estudiantes universitarios y, muy especialmente, de los trabajadores desocupados.

Asimismo, y toda vez que resultaba esperable una fuerte resistencia al proyecto de sindicalización por parte de las estructuras históricamente retrógradas y reaccionarias de los diversos servicios penitenciarios, desde su génesis dicho movimiento contó con el firme apoyo institucional de la Central de Trabajadores de la Argentina (CTA), una emblemática organización sindical de tercer grado, pionera en materia de protección del derecho humano fundamental a la libertad sindical y, en especial, de su Secretario General, Hugo Yasky, de su Secretario de Organización, Gustavo Rollandi, y del director de su asesoría jurídica, el Dr. Héctor Omar García.

En ese sentido, cabe señalar que dicho apoyo, que se materializó mediante la aceptación de la afiliación directa a la CTA de unos 300 trabajadores y activistas privados de la libertad ambulatoria,⁽¹⁵⁾ resultó esencial a los fines de la protección de la integridad física y de las condiciones de detención y de trabajo de los internos promotores del proyecto de sindicalización en cuestión.

que implica considerar a los trabajadores privados de la libertad ambulatoria como empleados públicos y al ENCOPE como su empleador, concluyó "...con la posición institucional de este organismo de reconocer el derecho de los trabajadores privados de su libertad a optar por sindicalizarse en la Asociación de Trabajadores del Estado (ATE)". Véase PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN, *Informe anual 2012. La situación de los Derechos Humanos en las cárceles federales de la Argentina*, p. 338.

(15) Estatutariamente, y no obstante constituye una asociación sindical de tercer grado, la Central de Trabajadores de la Argentina (CTA) presenta la particularidad de admitir la afiliación directa, entre otros sujetos, de trabajadores y desocupados.

Así fue que, finalmente, el 13 de julio de 2012 se celebró en el Centro Universitario Devoto (CUD) la asamblea fundacional del Sindicato Único de Trabajadores Privados de la Libertad Ambulatoria (SUTPLA). En dicha asamblea, además, se resolvió la aprobación del estatuto gremial, la designación de una comisión directiva provisional y la adhesión formal del sindicato a la Central de Trabajadores de la Argentina (CTA).

De acuerdo a su estatuto gremial, el SUTPLA es una asociación gremial de primer grado que tiene por objeto la protección y promoción de los derechos e intereses individuales y colectivos de los trabajadores que, encontrándose total o parcialmente privados de su libertad ambulatoria, prestan servicios en los diversos establecimientos penitenciarios pertenecientes al Servicio Penitenciario Federal o a los distintos Servicios Penitenciarios Provinciales de la República Argentina, ya sea en el marco de la ley 24.660 (y sus normas modificatorias y reglamentarias) o de cualquier otra norma, plan o programa que, en la actualidad o en el futuro, disponga y/o regule el trabajo de dichos trabajadores.

Asimismo, corresponde señalar que, en fecha 09/08/2012, el SUTPLA solicitó la inscripción gremial ante el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación en los términos de los arts. 14 *bis* CN y 21, ss. y ccddes. de la ley 23.551.

7 | Acción sindical

A partir de su fundación, el Sindicato Único de Trabajadores Privados de la Libertad Ambulatoria (SUTPLA) delineó un vasto y complejo plan de acción, planteándose objetivos a corto, mediano y largo plazo.

Así las cosas, el sindicato resolvió que, en una primera etapa, su acción gremial se limitaría a instar el cumplimiento por parte de la administración penitenciaria de las principales obligaciones que en materia de trabajo le impone la ley 24.660.

En tal sentido, los reclamos formulados inicialmente por el SUTPLA tenían por objeto que el Estado otorgara trabajo a la totalidad de las personas privadas de la libertad ambulatoria, que se abonara a todos los trabaja-

dores privados de la libertad ambulatoria afectados al trabajo una remuneración no inferior al salario mínimo, vital y móvil, que en los ámbitos de trabajo se cumplieran las medidas de seguridad y prevención en el trabajo y que se dejara sin efecto la arbitraria e ilegítima retención salarial que se efectuaba con fundamento en el **fondo de reserva** previsto por los arts. 121 inc. d) de la ley 24.660 y 110 del decreto 303/1996.

A tales efectos, el sindicato intimó en reiteradas oportunidades a la administración penitenciaria para que diera cumplimiento a dichos reclamos, bajo apercibimiento de promover las pertinentes acciones legales y/o de adoptar legítimas medidas de acción, sin obtener respuesta o resultado alguno.

Fue así que ante el incumplimiento por parte del Estado respecto de dichas legítimas demandas, el sindicato promovió en fecha 20/11/2012 ante la Justicia Nacional del Trabajo tres acciones de amparo colectivo, a las cuales adhirió expresamente la CTA, y que actualmente se encuentran en pleno trámite.

Dichas acciones judiciales tienen por objeto que se ordene judicialmente al Servicio Penitenciario Federal a otorgar trabajo a la totalidad de los internos alojados en establecimientos penitenciarios bajo su administración⁽¹⁶⁾ y a abonar a los trabajadores a los cuales efectivamente se les otorga trabajo una remuneración equivalente al salario mínimo, vital y móvil,⁽¹⁷⁾ como así también a los fines que se declare la inconstitucionalidad de la retención salarial efectuada por la administración penitenciaria con fundamento en el **fondo de reserva** previsto por los arts. 121 inc. d) de la ley 24.660 y 110 del decreto 303/1996.⁽¹⁸⁾

.....

(16) JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA DEL TRABAJO N° 6, "Sindicato Único de Trabajadores Privados de la Libertad Ambulatoria c/ Estado Nacional - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y otros s/ Acción de Amparo", en trámite.

(17) JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA DEL TRABAJO N° 26, "Sindicato Único de Trabajadores Privados de la Libertad Ambulatoria c/ Estado Nacional - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y otros s/ Acción de Amparo", en trámite.

(18) JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA DEL TRABAJO N° 24, "Sindicato Único de Trabajadores Privados de la Libertad Ambulatoria c/ Estado Nacional - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y otros s/ Acción de Amparo", en trámite.

.....

Paralelamente a la promoción de dichas acciones judiciales, el SUTPLA dispuso la ejecución de un plan de medidas de acción directa en el Penal de Devoto, consistente en un paro de actividades laborales por tiempo indeterminado a partir del 21/11/12, acompañado por periódicas “batu-cadas” tendientes a despertar el interés de los vecinos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de los medios masivos de comunicación.

Sin embargo, dichas medidas de acción directa no llegaron a concretarse toda vez que, en la madrugada del 21 de Noviembre de 2012, es decir, unas pocas horas antes del comienzo de la huelga, el SUTPLA y la CTA suscribieron con el entonces director de la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal, Dr. Víctor Hortel, un acta-acuerdo a los fines de des-activar dicha medida de acción directa.

En dicho acuerdo, histórico, que significó el expreso reconocimiento por parte de la administración penitenciaria de la legitimidad de la representación invocada por el sindicato, se acordó el establecimiento de una mesa permanente de diálogo y negociación tripartita (SUTPLA-CTA-SPF) tendiente a intentar solucionar los problemas que aquejan a los trabajadores privados de la libertad ambulatoria.

Desde entonces, dicha instancia de diálogo y negociación se viene desarrollando con una frecuencia variable y ha arrojado diversos resultados positivos, tales como la plena ocupación de los internos alojados en el penal de Devoto, la provisión a la totalidad de los trabajadores que prestan servicios en dicha unidad penitenciaria de elementos de seguridad laboral (fajas, guantes, botines de seguridad, gafas, ropa de grafa, etc.) y el desarrollo de un plan integral de prevención de accidentes de trabajo y de mejoramiento de las instalaciones del penal, con intervención de la Aseguradora de Riesgos del Trabajo oportunamente contratada por la administración penitenciaria (*La Caja*).

En la actualidad, el SUTPLA continúa activamente su labor en defensa de los derechos e intereses individuales y colectivos de los trabajadores privados de la libertad ambulatoria y ha ampliado significativamente el espectro de sus reclamos.

En efecto, a los primigenios y plenamente vigentes reclamos relativos al “trabajo para todos”, al pago de una remuneración equivalente al salario

mínimo, vital y móvil y a la inconstitucionalidad del **fondo de reserva**, se han sumado, entre varias otras, las siguientes reivindicaciones laborales:

- a. el cumplimiento de la normativa de seguridad e higiene en el trabajo en la totalidad de los establecimientos penitenciarios del país;
- b. la creación de nuevos talleres en los que se desarrollen tareas formativas y de capacitación laboral y profesional;
- c. el pago a los internos que trabajan de las asignaciones familiares previstas por la ley 24.714;
- d. el goce de un servicio de salud (obra social) por parte de los internos y de sus familias;
- e. la prevención y la cobertura real frente a accidentes y enfermedades de trabajo, con presencia permanente en los penales de profesionales médicos de la ART contratada;
- f. la bancarización del pago del salario de los internos;
- g. el pago en término y a mes vencido del salario de los internos;
- h. el pago del sueldo anual complementario;
- i. el goce por parte de los internos de una licencia anual ordinaria remunerada;
- j. el establecimiento de un cupo laboral para internos liberados en el marco de la administración pública nacional y provincial;
- k. el pleno acceso a la justicia por parte de los internos en materia de reclamos relativos al incumplimiento por parte de la administración penitenciaria de sus obligaciones laborales;
- l. el pleno e irrestricto ejercicio del derecho humano fundamental a la libertad sindical por parte de los trabajadores privados de la libertad ambulatoria.

Asimismo, cabe señalar que actualmente el SUTPLA se encuentra en pleno proceso de fortalecimiento y expansión institucional. En efecto, el sindicato ya cuenta con más de 2000 afiliados y posee representantes en casi todas las cárceles federales y provinciales del país, como así también ha establecido seccionales y delegaciones en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y en las provincias de Buenos Aires, Río Negro y La Pampa.

En igual sentido, corresponde agregar que el SUTPLA integra la Red Sindical de Derechos Humanos recientemente creada por un acuerdo entre las principales centrales sindicales de la Argentina (CGT y CTA) y la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación.

Por otra parte, producto de un profundo proceso de construcción colectiva, basado en el análisis de las más variadas experiencias carcelarias, judiciales y laborales compartidas por numerosos afiliados y dirigentes del SUTPLA, el sindicato ha elaborado un proyecto integral de reforma del título VII de la ley 24.660 relativo al trabajo de los internos, el cual está siendo considerado por diversos legisladores a los fines de su presentación ante el Congreso Nacional.

8 | Conclusión

“Ojo por ojo se queda ciega la humanidad”

Mahatma Gandhi

La realidad nos indica que, más allá de la manda contenida en el art. 18 CN, en el sentido que las cárceles deben ser limpias y sanas, y para seguridad y no para castigo de las personas en ellas detenidas, en la actualidad resulta incontrovertible el hecho que la privación de la libertad ambulatoria de una persona y su reclusión en cualquier establecimiento penitenciario de la Argentina constituye un cruel castigo, que nada tiene de resocializador y que oculta, detrás de un supuesto acto de justicia, una simple y vulgar venganza.

Dicha realidad resulta plenamente consecuente con un sistema penal altamente discriminatorio y selectivo como el argentino, el cual, en el marco de una sociedad capitalista sumamente desigual e injusta como la nuestra, sin dudas constituye un imprescindible instrumento de control social utilizado por las clases dominantes para el mantenimiento del actual estado de cosas.

En tal sentido, cabe señalar que la casi totalidad de las personas que abarrotan nuestras cárceles ostentan —casi invariablemente— un por demás bajo nivel socio-económico-cultural y fueron condenadas o imputadas en orden a conductas ilícitas directa o indirectamente relacionadas con la pobreza, la marginalidad y la exclusión social, tales como delitos contra la propiedad y el micro tráfico de estupefacientes, entre otros.⁽¹⁹⁾

(19) De acuerdo al informe anual publicado por Dirección Nacional de Política Criminal - Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (SNEEP), dependiente del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación, en 2011 aproximadamente el 70% de las personas privadas de la libertad ambulatoria en Argentina estaban imputadas o condenadas por delitos contra la propiedad o en orden al tráfico de estupefacientes y, al

Así las cosas, la selectividad del sistema penal argentino se refleja en el hecho que, a pesar que en nuestro país, por ejemplo, la evasión fiscal y la corrupción pública y privada resultan ser una especie de “deporte nacional”, resultan escasas las sentencias condenatorias que imponen penas privativas de la libertad de cumplimiento efectivo como consecuencia de la comisión de delitos económicos, a pesar de la extrema dañosidad social que dicha clase de ilícitos genera, en tanto contribuyen significativamente a desfinanciar los diversos sistemas de seguridad y asistencia social administrados por el Estado.⁽²⁰⁾

Por otra parte, cabe afirmar sin hesitación que el sistema punitivo argentino resulta absolutamente incapaz de solucionar el conflicto social que la comisión de un delito —en principio— supone y que, muy por el contrario, constituye un mero multiplicador de dolor y violencia, toda vez que, por un lado, soslaya por completo los derechos y necesidades de las víctimas y/o de sus familias y, por el otro, impone a los imputados gravísimos vejámenes y padecimientos, que suelen alcanzar intolerables niveles de inhumanidad y ciertamente conspiran contra los falsa e hipócritamente declamados objetivos de resocialización y reinserción social.

Precisamente, ante el delito de naturaleza **social**, la respuesta de nuestro sistema penal se limita a la represión y punición de la persona que ha delinquido y, en la realidad, adolece de falta de propuestas, planes o programas efectivos tendientes a la eliminación o disminución de las causas objetivas de dicha particular especie de criminalidad, extremo que, en gran medida, explica el sostenido incremento de los índices delictivos y el mantenimiento de un elevado nivel de reincidencia criminal.

.....
momento de su detención, el 75% estaban desocupadas o sub-ocupadas y el 88% no había finalizado sus estudios secundarios, Véase http://www1.infojus.gov.ar/sneep_

(20) La selectividad del sistema penal argentino llega al paroxismo en la Ley Penal Tributaria (24.769, BO 19/12/1996, reformada por ley 26.735), que fuera dictada con un afán claramente recaudatorio con el objeto de garantizar la sustentabilidad de la nefasta ficción jurídica que supuso la convertibilidad peso/dólar. Dicha norma, por citar sólo unos ejemplos, no tipifica la conducta de aquel contribuyente que evade anualmente una suma inferior a \$ 400.000 por cada tributo (art. 1) o inferior a \$ 80.000 mensuales (\$ 960.000 anuales) correspondientes a recursos de la Seguridad Social (art. 7), confiere al Fisco Nacional una absoluta discrecionalidad a los fines de instar la acción penal (art. 18) y admite la extinción de la acción penal mediante la reparación por parte del imputado del daño causado (art. 16), reparación que, dicho sea de paso, suele tenerse por configurada mediante la inclusión de la deuda en un cómodo plan de facilidades de pago.

En efecto, y tal como expresamente lo reconocen en privado las más altas autoridades penitenciarias, el sistema carcelario argentino, como consecuencia de su lógica violenta de sesgo militarista, de su carencia de infraestructura adecuada y de la falta de personal específicamente capacitado, entre otros grandes defectos, “no resocializa a nadie”.

En tal sentido, no hace falta ser muy perceptivo para comprender que ninguna persona puede reinsertarse en la sociedad luego de transcurrir interminables meses o años encerrado en una lúgubre y hedionda jaula, cocinado de calor en verano y congelado de frío en invierno, completamente alejado de sus afectos, sometido a toda clase de agresiones, humillaciones y vejaciones, en un contexto general carcelario signado por la violencia estructural, el ocio alienante y la proliferación casi epidémica del consumo de toda clase de sustancias estupefacientes.

Así, nuestra sociedad se encuentra inmersa en una patética paradoja consistente en que destina una enorme masa de recursos económicos —que bien podrían utilizarse, por caso, para generar empleo y, por el contrario, por lo general termina engrosando las arcas de un estructural sistema de corrupción para-estatal—, a los fines de infringir a los “delincuentes”, bajo un falaz halo tratamental, el sistemático castigo que ciertamente significa la imposición de una pena privativa de la libertad en un establecimiento penitenciario de la Argentina, lo que, por cierto, sólo puede redundar en una reincidencia delictual y en la multiplicación exponencial de la violencia criminal.⁽²¹⁾

Sin embargo, y más allá de la loable prédica y labor de ciertos sectores políticos, sociales, judiciales y académicos que pregonan el trato digno y humanitario de las personas privadas de la libertad ambulatoria, corresponde señalar que la sociedad argentina, en general, de manera alguna resulta inocente ante semejante paradoja, toda vez que, inmersa en una lógica de vida signada por el egoísmo, la indiferencia, el materialismo y el consumismo, vive aterrada por el incremento de la imprecisamente denominada “inseguridad”, que aunque real, resulta convenientemente

(21) Se estima que, en 2012, el “tratamiento” de cada persona privada de la libertad ambulatoria en el ámbito del Servicio Penitenciario Federal insumió al Estado Nacional un gasto mensual aproximado de \$ 18.000; es decir, más de 6 veces el salario mínimo, vital y móvil vigente en ese entonces (\$ 2670), suma que se obtiene de dividir el presupuesto anual 2012 del SPF (\$ 2.100.000.000) por la cantidad promedio de personas que durante dicho año estuvieron privadas de la libertad ambulatoria en establecimientos penitenciarios bajo su administración (9693).

maximizada por los grandes grupos de poder económico a través de sus medios masivos de comunicación o, mejor dicho, de “desinformación” aliados, y reclama históricamente políticas de “mano dura” frente al delito de naturaleza social, mientras no alcanza a comprender que de nada sirve combatir a la violencia social con una mayor violencia institucional, y que ese supuesto “flagelo” sólo puede ser enfrentado eficazmente mediante el sostenido desarrollo de políticas públicas tendientes a erradicación de los principales factores generadores de pobreza, exclusión social y marginalidad, tales como el desempleo, la evasión fiscal y previsional, la precarización laboral, la deserción escolar y el narcotráfico, entre otros.

En tal contexto de grosera selectividad y de palmaria inutilidad, y hasta tanto el actual sistema penal sea modificado, en el sentido de su reducción a una mínima y excepcional expresión y/o de la abolición de las penas privativas de la libertad, cabe concluir que la educación, en todas sus formas y niveles, y el trabajo formativo debidamente remunerado y prestado en condiciones dignas y seguras, resultan ser herramientas imprescindibles a los fines que aquellas personas que sean privadas de su libertad ambulatoria puedan atenuar los virtualmente irreversibles daños y el estigma —en muchos casos equiparable a una especie de muerte civil— que ciertamente les produce el hecho de tener que atravesar el sistema de prisionización.

Visita al Complejo Penitenciario de Devoto y al Centro Universitario Devoto (CUD)

por **LORENA LESCANO**⁽¹⁾

Durante el Primer Congreso Internacional de Ejecución Penal, llevado a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires los días 28, 29 y 30 de agosto de 2013, el Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos organizó el último día un encuentro académico y una visita al Complejo Penitenciario Federal de la Ciudad de Buenos Aires ubicado en el barrio de Devoto.

La delegación contó con la presencia del profesor Dr. Wang Shizhou (Universidad de Pekín - China), la Dra. María Laura Böhm (Universität Göttingen - Alemania), el Dr. Ángel Luis Ortiz González (Juez de Vigilancia - España) y la Lic. Isabel Ceballos Martín (España). Además, tuvo como anfitriones al profesor Sergio Delgado (Director Académico del Centro de Estudios de Ejecución Penal de la Facultad de Derecho de la UBA), a la profesora Roxana Genovés (CEEP - Argentina) y a los abogados Diego Vergara Vacarezza (CEEP - Argentina) —quien, junto con la Dra. Böhm, tradujo al profesor Wang, hablante de inglés—, Mónica Lescano (CEEP - Argentina), Jimena Polverari (CEEP - Argentina) y Lorena Lescano (CEEP - Argentina).

.....

(1) Abogada - Investigadora (CEEP).

El Director Principal del Complejo y otros funcionarios recibieron a los visitantes y los acompañaron al interior del cordón de seguridad hasta ingresar al CUD. Allí fueron recibidos por su coordinador interno, el coordinador del ingreso al Ciclo Básico Común, un representante de la Asesoría Jurídica gratuita que funciona dentro del CUD para asistir a los privados de libertad que lo requieran, representantes del Sindicato Único de Trabajadores Privados de La Libertad (SUTPLA), alumnos regulares de la carrera de Derecho que concurren al CUD y que, actualmente, se encuentran cursando el práctico profesional en la comisión a cargo de profesora Roxana Genovés, y alumnos de la carrera de Derecho detenidos en ese establecimiento que cursan la carrera de abogacía en la Facultad de Derecho que colmaron la capacidad del Aula Magna de las recientemente remodeladas instalaciones del CUD, ya que gozan de salidas transitorias.

En la reunión mantenida con los internos del CUD, el Dr. Ortiz González presentó un corto documental sobre la forma de concebir las cárceles en España en la actualidad poniendo especial énfasis en la utilización de las nuevas tecnologías para la vigilancia —cámaras de seguridad, sensores de metal, circuito de monitoreo, etc.—, que implican la supresión de la torre de vigilancia; además del incremento del tamaño de las celdas —aumentaron su superficie de 10 a 13 metros cuadrados para dar alojamiento a dos personas—. En cuanto a la construcción y emplazamiento, puso de relieve que es un espacio autosustentable, cuenta con paneles solares que proveen el 80% de la energía requerida para el normal funcionamiento. Allí mismo se lleva adelante el tratamiento y la potabilización del agua. Cuenta con una huerta, enfermería, dos edificios destinados a distinto tipo de visitas a internos, una cocina central, lavandería, edificios para distintos talleres como el de jardinería, etc.

Rápidamente, a uno de los alumnos le llamó la atención que la “ciudad penal” se encontraba ubicada en el medio del campo, donde no se observaban señales de urbanización alguna. Por lo que preguntó acerca de la contradicción entre la idea de reinserción social y el alejamiento del interno de su ambiente familiar y de su ciudad. Para responder a su interrogante, el Dr. Ortiz González señaló que es económicamente inviable construir una prisión en ciudades como Barcelona o Madrid porque acarrearía costos financieros imposibles de solventar en la actualidad.

En cuanto al tema específico de la ejecución de la pena, informó a los presentes que él era un Juez de Vigilancia, con competencia equivalente a la de un Juez de Ejecución Penal en Argentina.

En lo referente al otorgamiento de permisos de salida —salidas transitorias—, explicó que eran otorgadas en España al cumplirse 1/3 de la condena o al año, en caso de que la condena no superase los cuatro años. Explicó el criterio por el que los internos tienen derecho a dichas salidas, basado en sus calificaciones que, según detalló, se intentan objetivar jurisprudencialmente.

La existencia de un sindicato de personas privadas de su libertad (SUTPLA) —sus representantes, al presentarlo, informaron sobre las gestiones en pos de distintas reivindicaciones laborales y la obtención del reconocimiento ministerial en la provincia de Río Negro; además de la respuesta favorable de las autoridades penitenciarias a algunas de sus peticiones e invitación a una mesa de diálogo en la que se atendían sus planteos— logró sorprender al Dr. Ortiz González y al profesor Wang. Manifestó el juez de vigilancia español su intención de llevarlo como propuesta a su país. En cambio, el profesor Wang explicó que era impensable algo análogo en las prisiones chinas en la actualidad. Pero mostró interés por la nueva percepción que su existencia daba al trabajo carcelario para quienes se afiliaban al mismo. Según comentó el juez de vigilancia español, las personas detenidas tienen en España trabajo remunerado, o una suma asistencial por carecer del mismo. Las que trabajan pueden realizar tareas para empresas privadas pero su relación de trabajo se concreta con el servicio penitenciario, que les entrega sus contratos individuales de trabajo debidamente inscriptos. En caso de despido o aplicación de sanción laboral, pueden recurrir a un juez laboral. Pero aún así no tenía noticias de que se encontraran sindicalizadas.

El Dr. Wang Shizhou expuso los tres pilares sobre los que se apoya el sistema penitenciario chino: el trabajo, la educación y la reforma ideológica que, aclaró, se refiere a la posibilidad de que los privados de su libertad logren internalizar el derecho y valorarlo. Además, preguntó a los internos qué opinaban acerca de la experiencia de estudio y trabajo de la que estaban participando, de acuerdo al ordenamiento legal argentino; aclarando que en el sistema penitenciario chino, el intercambio que se estaba llevando adelante en el CUD, caracterizado por el libre desplazamiento

de docentes y alumnos no supervisado por personal de seguridad, era totalmente impensable; aunque él consideraba esta experiencia como altamente positiva.

También les preguntó a los estudiantes privados de su libertad su opinión respecto de la “reforma ideológica”. Un estudiante integrante de la Asesoría Jurídica respondió que es distinta a la propuesta de nuestra legislación de inserción de los privados de libertad liberados en una sociedad cuyos valores pueden no compartir pero deben respetar, aunque no adhieran a ellos.

Concluida la actividad académica, se efectuó una visita al establecimiento penitenciario de la mano de funcionarios del Servicio Penitenciario —entre ellos, los encargados de las áreas de Trabajo y de Tratamiento Penitenciario—. Durante la recorrida se ingresó a un pabellón donde se alojan personas mayores de 60 años de edad, con quienes se conversó sobre su situación. Luego fueron visitadas la cocina industrial —que sólo produce actualmente 100 raciones, aunque tiene capacidad para abastecer a toda la población que cocina sus propios alimentos, mayoritariamente—, la panadería —ésta sí produce pan para abastecer a toda la población alojada— y, finalmente, un taller laboral de armado de bolsas de papel en donde realizan sus tareas laborales 130 internos que, al momento de la visita, se encontraban en sus lugares de alojamiento almorzando.

Se debe destacar que, tanto para los invitados extranjeros como para los internos y para quienes trabajamos en distintas tareas académicas, ha sido muy fructífero el intercambio.

Consejos de la Comunidad: historia, estructura y perspectivas

por **LUCIANO ANDRÉ LOSEKANN**⁽¹⁾

I | Introducción

En 2004, pocos meses después de haber asumido las funciones de *Juez Corregedor* junto a la *Corregedoria Geral da Justiça* del Tribunal de Justicia de Río Grande do Sul⁽²⁾ (CGJ/RS), me encontré con una realidad poco alentadora en el tema de los Consejos de la Comunidad (o simplemente CC). En aquella época existían 26 CC en Río Grande do Sul: 25 de ellos funcionaban en tiempo integral o durante algunos periodos del año —especialmente en épocas de conmemoraciones religiosas— y solo uno estaba formalmente constituido, pero de hecho nunca funcionaba. El cuadro daba bien la dimensión de la enorme tarea que tenía en frente,

(1) Juez de Ejecución Penal de Porto Alegre, Río Grande do Sul, Brasil. Artículo traducido por Cristian Gaitán.

(2) Las *Corregedorias da Justiça* son órganos que existen en las estructuras de todo el Poder Judicial de Brasil. Son órganos de apoyo y control de la actividad jurisdiccional. Cada Tribunal, sea estadual o federal, tiene una *Corregedoria da Justiça*. Existe, también, en el Consejo Nacional de Justicia (CNJ) de Brasil, una *Corregedoria Nacional da Justiça*, que, de acuerdo con la Constitución brasileña, es el órgano máximo de control de la actividad de la Magistratura brasileña, como último grado recursal en materia administrativa interna. Un *Juez Corregedor* es un magistrado de carrera que ejerce, por invitación del órgano, la función de auxiliar en el desempeño de la misión institucional de las *Corregedorias*, por un plazo máximo de 4 (cuatro) años.

sobretudo para sensibilizar a los colegas magistrados para que creen los CC en sus jurisdicciones, más aun cuando se sabía que el Estado poseía en aquel tiempo 92 establecimientos carcelarios dispersos por su territorio. Esto significaba que en algunos distritos en los cuales había una penitenciaría, colonia agrícola, presidio o albergue, simplemente no existía el CC.

Esas preocupaciones eran compartidas no sólo por la *Corregedoria Geral da Justiça del Estado de Rio Grande do Sul*, sino también por algunos organismos de ejecución penal que venían, desde algún tiempo, realizando intentos para incrementar el trabajo con los CC y buscaban fortalecer y dinamizar sus actividades, y a los cuales se les había fijado objetivos y formas de actuación más concretos y eficaces en algunos distritos. En ese sentido, el Consejo Penitenciario Estadual⁽³⁾ (CPE) ya promovía los llamados “Encuentros de Articulación Comunitaria” en las diferentes delegaciones penitenciarias subordinadas a la Superintendencia de los Servicios Penitenciarios (SUSEPE) con resultados más o menos satisfactorios, dependiendo de la región geográfica del Estado. Incluso el CPE elaboró una primera versión de lo que más tarde sería el “Manual del Consejo de la Comunidad” editado conjuntamente por la CGJ/RS y por el propio CPE.

El presente artículo no tiene la pretensión de describir toda la bonita historia que se formó en torno de los CC en Río Grande do Sul, sobretudo a partir de 2004. Pero es preciso que se diga que la experiencia de incentivar la creación de Consejos y propiciar la capacitación de los consejeros, llevada a cabo por la CGJ/RS, en conjunto con el CPE y el Departamento Penitenciario Nacional (DEPEN) del Ministerio de Justicia de Brasil, en los años 2004/05, resultó en la creación de otros 17 nuevos Consejos y en el despertar de muchos que estaban con sus actividades paralizadas o suspendidas. Hoy, después de más de diez años de actividad, se ha llegado a 85 CC que trabajan en el área de ejecución penal en suelo “gaucho” y en la reciente creación de una “Federación (la primera del país) de Consejos de la Comunidad en el Área Penitenciaria de Río Grande do Sul” (FECAPEN-RS).

(3) Los Consejos Penitenciarios son órganos de ejecución penal, conforme proclama la Ley de Ejecución Penal de Brasil, y existen en cada una de las unidades de la federación. Sus miembros son nombrados por el Gobernador del Estado, com mandato de dos (2) años.

La rica experiencia desenvuelta en Río Grande do Sul, al lado del trabajo de otros CC existentes que actúan en el resto de Brasil, acabó sirviendo de inspiración al Ministerio de Justicia, que por medio del Departamento Penitenciario Nacional (DEPEN), creó, en septiembre de 2004, una Comisión Nacional de Apoyo e Incentivo a las Consejos de la Comunidad —al comienzo, provisoria; actualmente, definitiva— que está subordinada a la Ouvidoria General del Sistema Penitenciario Nacional, desarrollando su trabajo en todo el territorio brasileño.

Las ponderaciones antes realizadas son necesarias para que el lector pueda comprender los temas e ítems que mas adelante se analizarán, por cuanto son, en buena medida, el resultado de todo lo que se vió, escuchó, experimentó o analizó en esa convivencia directa con varios CC “gauchos” y del resto de Brasil, a lo largo de algunos años.

No se pretende eludir el debate. Por el contrario, los aciertos están mucho mas destinados a provocar la discusión, en la esperanza de que muchos otros puedan interesarse por el tema de la participación comunitaria en la difícil área de la ejecución penal —que vive, tal vez, al menos en Brasil, días de ebullición que algunos llaman “crisis” (¡una más!) “de la ejecución penal”—,⁽⁴⁾ y respecto del propio derecho punitivo del Estado.

Para atender ese objetivo, se abordará, rápidamente, la base legal de los CC, pasando en segundo lugar al análisis de cuál es el papel del juez —y, por consiguiente, del Poder Judicial— en su creación e incentivo. En un tercer momento, se intentará traer a la mesa la intrincada cuestión de cómo conquistar a la comunidad, especialmente después de ser alcanzada por el delito practicado, llamándola para los dominios de la ejecución penal y tomando nota de cuáles son las principales dificultades a enfrentar —sobretudo en las esferas cognoscitivas de lo “ideológico-cultural”, “estructural” y, por último, en las cuestiones “internas” propias del Poder Judicial—. Finalmente, se visualizarán algunas posibilidades de actuación para los CC, más allá de aquéllas contempladas expresamente en la Ley de Ejecución Penal (LEP - Ley 7210/84).

(4) En este sentido, ver MARCÃO, RENATO FLÁVIO. *Crise na Execução Penal (I) e (II)* [en línea], <http://www.ibccrim.org.br>, 13/09/2008.

2 | Consejos de la Comunidad: síntesis de la base legal y algunos problemas devenidos de la insuficiencia legislativa

Reza el art. 4° de la ley 7210/84 que “El estado deberá recurrir a la cooperación de la comunidad en las actividades de ejecución de la pena y de las medidas de seguridad”. Como fácilmente se ve, el legislador de la LEP, ya en 1984, **impone** al Estado (palabra ésta que debe ser tomada en sentido lato, al incluir también al Poder Judicial) el deber de buscar, junto a la comunidad, formas para trabajar conjuntamente en la esfera de la ejecución de la pena y en las medidas de seguridad. El legislador fue tan incisivo que usó el verbo en imperativo (“deberá”) de modo que no deja margen de duda en cuanto a la necesidad de que el trabajo desenvuelto por el Estado en la ejecución penal, en sus diferentes instancias, debe contar, necesariamente, con la colaboración de la comunidad. Al fin y al cabo, es en el seno de la comunidad, tenga las dimensiones que tenga, que ocurre el delito; es en la comunidad donde se forja el delincuente; es allí donde conviven la víctima y sus familiares, como así también los parientes y las personas próximas al condenado preso o al internado.

Debe resaltarse en este camino, que esta forma de participación social en la ejecución penal fue, más tarde, nuevamente reforzada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU), el 14 de diciembre de 1990, cuando enunció los Principios Básicos Relativos al Tratamiento de Reclusos, basado en la humanización de la justicia penal y la protección de los derechos del hombre. En el Principio 10 se dice, textualmente, que: “Con la participación y ayuda de las instituciones sociales, y con el debido respeto por los intereses de las víctimas, deben ser creadas las condiciones favorables a la reinserción del recluso en la sociedad, en la mejores condiciones posibles”.

Entre nosotros, para dar expresión y forma a lo mandado en el artículo 4 LEP, este mismo dictamen creó un órgano situado en la base de la pirámide de los denominados “órganos de la ejecución penal”, a saber: el Consejo de la Comunidad, previsto en el inciso VII del art. 61. Mas adelante, la misma LEP, en su art. 66, al enunciar los deberes del Juez de Ejecución, explica, al enunciar sus competencias —y no una simple facultad—, que una de ellas es la de “IX - componer e instalar el Consejo de la Comuni-

dad". Mas allá de decir cuál era el órgano que, de allí en adelante, pasaría a ser uno de los actores en la escena de la ejecución penal, los arts. 80 y 81 LEP trataron de elucidar cuál debe ser la composición mínima de los CC (art. 80) y cuáles serían sus atribuciones (art. 81).

Debe citarse, como complemento del panorama legislativo, la existencia de la Resolución N° 10 del 08/1/2004 del Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria (CNPCP), que estimula la creación de Consejos de la Comunidad en todo el país.

A partir del 2005, en virtud de la enmienda constitucional 45/2004 (Reforma del Poder Judicial) se creó el Consejo Nacional de Justicia (CNJ), que, con el tiempo, también asumió un importantísimo protagonismo en la ejecución, en lo inherente a los CC, con el dictado de las resoluciones 47/2007 —que impone la creación de Consejos a los jueces— y, mas recientemente, la 154/2012 —que identifica los CC como uno de los beneficiarios de las penas pecuniarias—; ello, sin perjuicio de la resolución 113/2010 y de la recomendación 35/2011 —relativa a los pacientes judicializados con medidas de seguridad— de la edición de las Cartillas de la "Persona Presa", de la Cartilla de la "Mujer Encarcelada" (editadas en portugués, inglés y español), de la "Cartilla del Empleador" y de varias iniciativas dentro del Programa Comenzar de Nuevo, instituido por la resolución 96/2009.

Dentro del marco legal existente, dos grandes órdenes de consideraciones pueden ser hechas.

La primera de ellas es que, al prever la existencia de Consejos de la Comunidad, disponiendo su composición y atribuciones en apenas dos artículos (80 y 81 LEP), puede verificarse que el legislador fue bastante tímido, porque de hecho no llegó a atribuirles voz. Esto significa que, no obstante desde un punto de vista formal se creó un órgano más en la ejecución penal, no se les atribuyó a los CC personería jurídica, lo que sería fundamental para otorgarle independencia y autonomía funcional, por lo que podría buscar mediante la vía judicial la efectiva realización de los derechos de los segregados, muchas veces olvidados por el Estado y por una sociedad aún atada a sentimientos de venganza. Este derecho de acción podría ser hasta contra el Estado mismo, siempre que éste se mostrase tímido, inerte, omiso o, eventualmente, excedido en sus funciones dentro del ámbito de la ejecución penal. Tal vez divisando los problemas

que una disposición de esa naturaleza pudiese acarrear, incluso para el Poder Judicial, es que la ley no lo contempló. Esta omisión legislativa es comprensible en función de la época en que la LEP fue sancionada: pleno régimen militar, período en que la participación popular era muy restringida o inexistente, indeseada, mas aún por medio de instrumentos legales o procesales, que pudieran conferir algún tipo de legitimación en la actuación de amplios segmentos sociales.⁽⁵⁾

La segunda consideración es que la LEP no alcanzó a definir cuál es la naturaleza jurídica de los CC. Se sabe que es un órgano de ejecución penal pero, ¿será una persona jurídica de derecho público? En este caso, el recibimiento de recursos, por ejemplo, de los Juzgados Especiales Criminales,⁽⁶⁾ ¿los sujetaría también al control del Tribunal de Cuentas del Estado?⁽⁷⁾ O, de otra manera, ¿se puede constituir como siempre después del acto inicial del juez, bajo la forma de persona jurídica de derecho privado (sin fines de lucro)? ¿O será que el Consejo de la Comunidad es un simple órgano auxiliar de la justicia? En este caso, ante la hipótesis de que el juez omita componer e instalar el Consejo, ¿cuál es el procedimiento que debe ser adoptado por la comunidad que desea tener su Consejo?

Estos cuestionamientos se han convertido en parte de la rutina de todos aquellos que actúan en los CC. Hoy, en todo Brasil, puede verse que hay Consejos que poseen la característica de "personas jurídicas de derecho público" sin estatutos o mecanismos internos reglamentados y que, apenas constituidos por la autoridad judicial, sencillamente actúan, como si fueran auxiliares de juicio, rindiéndole cuentas. Hay otros que, funcionando como "personas jurídicas de derecho público", adquieren y buscan

(5) En este sentido, véase, GRINOVER, ADA PELLEGRINI, "La tutela giurisdizionale degli interessi diffusi nel sistema brasiliano", en *Novas tendências do direito processual*, Río de Janeiro, Forense Universitária, 1990, p. 167. Para la referida autora, ciertos instrumentos legales, como la ley 4717/65 (Ley de Acción Popular), por ejemplo, pasaron a ser utilizados como reacción contra la falta de control político de la actuación gubernamental en razón del régimen militar, o como forma de viabilizar la tutela de nuevos, emergentes y polémicos intereses difusos, hasta entonces carentes de disciplina legal.

(6) En Brasil, los Juzgados Especiales Criminales fueron previstos en la Constitución y son destinados a juzgar los crímenes de menor potencial ofensivo, con penas hasta cuatro (4) años. El procedimiento en los Juzgados Especiales está previsto en la Ley 9099/95.

(7) Los Tribunales de Cuentas son órganos previstos en la Constitución, como integrantes del Poder Legislativo de cada una de las unidades de la federación, y son responsables por el control de las cuentas públicas de toda la administración pública directa o indirecta.

mayor autonomía en relación a la figura del juez, sea para que, al ser desarrollado, el trabajo resulte personalizado en la figura del juez “x” o “y” (lo que, generalmente, se traduce en la desaparición de las actividades del Consejo, cuando el magistrado es promovido o se retira de la región y en la asunción de un nuevo juez que no tiene vocación o inclinación para el área de ejecución penal, que terminaría desestimulando la participación comunitaria). También hay otros miembros de Consejos que, tras haber sido convocados por el magistrado para asumir sus cargos, tratan de organizar y constituir una persona jurídica de derecho privado —con personalidad jurídica y sus propios estatutos, con un directorio periódicamente electo, no sólo para tener independencia del Juez, sino también para obtener más fácilmente recursos públicos y privados—, presentando proyectos a entidades públicas y privadas dispuestas a financiar iniciativas en el área penal.

En esta situación, se puede cuestionar cuál de las formas antes mencionadas es la mejor para gestionar un CC. La Comisión Nacional de Apoyo e Incentivo a los Consejos de la Comunidad fue instada a responder esa pregunta, y su respuesta por ahora, es que las particularidades locales deben orientar la acción de los consejeros, toda vez que las diversidades son tan grandes que una orientación única podría frustrar el objetivo mayor de la propia Comisión, que es el de diseminar la existencia del mayor número de Consejos posible por todo el país. Más allá de eso, se ha constatado que tanto los Consejos que se organizan bajo la forma “pública” (como el de Vitoria da Conquista, en Bahía, por ejemplo) como aquéllos que se organizan bajo la forma “privada” (como el Consejo Carcelário de Jaraquá do Sul, en el Estado de Santa Catarina), han conseguido alcanzar sus objetivos fundamentales. No obstante, la Comisión Nacional de Apoyo e Incentivo a los Consejos de la Comunidad, ante la poca claridad de la LEP, ha dejado en claro en sus manifestaciones públicas, que el órgano se aproxima más a una persona jurídica de derecho público, estando, en este caso, incluso sujeta a la fiscalización del Tribunal de Cuentas del Estado en cuanto a la naturaleza pública de los fondos que reciben.

La verdad es que la LEP es anterior a la Constitución Federal de 1988 y ahí reside uno de los obstáculos para la definición de la naturaleza jurídica de los CC. Fue a partir de la Carta Política de 1988 que se (re)crearían los diversos “Consejos” de Políticas Públicas (Consejos Municipales de los Derechos del Niño y del Adolescente, Educación, Cultura, Salud, Bienestar

Social, etc.), por lo que una nueva matriz constitucional les dio un nuevo barniz, previéndose, en algunos casos, la existencia de los órganos ejecutivos para ciertas materias —como los Consejos Tutelares, integrados por personas afectas por la comunidad, que reciben remuneración de las arcas públicas para el desempeño de sus funciones—. Nada de eso ocurre en la ejecución penal, y en especial, en el campo de los CC, que son integrados en la mayor parte de los casos, por personas altruistas, abnegadas y que reciben, en su totalidad, no mucho más que un “muchas gracias” por el ejercicio de sus funciones, después de haber dispensado tiempo y recursos propios para atender al preso o al interno y sus familiares.

Es a nivel legislativo donde se han de solucionar todas estas cuestiones, otorgándoles a los Consejos y consejeros de la comunidad el lugar que efectivamente ocupan en el escenario de la ejecución penal.

3 | El papel del juez y del Poder Judicial en el ámbito de los Consejos de la Comunidad

Como se ha visto en el punto anterior, es el propio Estado quien reconoce legalmente sus limitaciones en el tratamiento de la cuestión penitenciaria, en tanto se impone legalmente el deber de recurrir a la comunidad para obtener de ellas formas de cooperación en la ejecución penal.

Por lo tanto, a la par de la existencia de todo un abanico normativo, la verdad es que el Estado, en sentido lato, hace muy poco o nada para obtener esa cooperación, sea por desidia, incapacidad de sus agentes, comodidad, o hasta para que la sociedad no tenga conocimiento de lo que acontece en el interior de las penitenciarías del país.

Tampoco se ve en la mayoría de la sociedad un interés en la ejecución penal, ya que en tiempos de un incremento de la violencia, lo que se ve y nota es que el individuo, después de la detención y condena, “tiene que sufrir”, “pagar por el crimen que cometió”, de modo que no basta sólo con la sanción corporal impuesta por el Estado-Juez. Hay que hacer cumplir al criminal una “sobre pena”, representada por toda clase de privaciones y abusos físicos y mentales, habitualmente observadas en las

cárceles del país, cuando no por la muerte misma. Se puede decir que la sociedad moderna, sobre todo en América Latina, por una serie de factores que aquí no es posible abordar, vive como un retorno a la Edad Media, a pesar de la existencia de los Estados constitucionales (Democráticos y de Derecho), que tienen entre sus fundamentos y principios la necesidad indeclinable de la observancia de los derechos humanos.

Este contexto complejo, por lo menos en lo que respecta a la participación de la comunidad, se puede denominar de “esquizofrenia conveniente”, ya que, por una parte, el Estado, que se ha autoimpuesto el deber de recurrir a la comunidad en el amplio campo de la ejecución penal, hace muy poco para que esa misma comunidad sea un partícipe real y efectivo. Después de todo, dar a conocer lo que está pasando en el interior de las prisiones no implica sólo una cuestión de “humanidad”, sino un juego de poder complejo, que va desde la posibilidad de cuestionar la preparación y las acciones concretas de los agentes penitenciarios y las autoridades públicas (entre ellos, el juez), hasta alcanzar los niveles más altos de gobierno, que no tienen o no aplican políticas públicas tendientes, al menos, a dar un aspecto un poco más humano al cumplimiento de las penas, en particular, a la privativa de la libertad.

Por otro lado, está la propia sociedad, presa de una lógica estimuladora de la violencia y que no se da cuenta de que el prisionero, por peor que haya sido su delito, tarde o temprano, nos guste o no, vuelve a la vida social.

En este escenario, no hay duda de que el juez que actúa en la ejecución penal —y, por derivación natural, el propio Poder Judicial— poseen un papel fundamental en la difusión de culturas y en las prácticas que rescaten el respeto a los derechos humanos de los reclusos o internos en los hospitales custodia y en los tratamientos psiquiátricos —éstos, a menudo, muchas veces peor que los primeros—.

Se entiende, que el juez no puede actuar como si se tratara de un “sheriff” o “burócrata” de la ejecución penal. Su actuación debe basarse en el respeto a los derechos de los detenidos, empezando por aquéllos regulados por los tratados internacionales —que figuran en la Constitución—, pasando por la LEP y alcanzando, incluso, al Reglamento Disciplinario Penitenciario, en las unidades de la federación que lo implantaron, sin que ello se traduzca en un apartamiento del posicionamiento y pensamientos jurídicamente defendibles. Así, mientras el juez del proceso de

conocimiento mira y juzga el pasado —el crimen cometido por el reo y sus diversas consecuencias—, el juez de ejecución pone sus ojos en el futuro, mirando tanto las condiciones en las que será cumplida la pena como cuándo y bajo qué circunstancias el condenado deberá salir de la cárcel. En tal sentido, el juez de ejecución no puede olvidar que también debe mirar por el “espejo retrovisor”, con la finalidad de no tomar decisiones precipitadas que pongan en riesgo los derechos igualmente respetables de la sociedad.

Puede observarse que la actuación equilibrada en el terreno de la ejecución penal, más allá de la preparación técnica y emocional, requiere una buena dosis de “vocación” para el área, tal como ocurre en otras esferas de la actividad judicial (Derecho de Familia, Derecho de la Niñez y Juventud, etc.), precisamente porque no son jurisdicciones que tienen “patrones para los decisorios”. Por el contrario, en la ejecución, como en otras áreas sensibles de la competencia, se trata de la “justicia en la causa”, lo que requiere un constante sopesar de bienes y valores, derechos y garantías, no sólo en lo referente al prisionero, sino también a la sociedad.

Por lo tanto, el papel del juez y, en consecuencia, el del Poder Judicial es crucial en la operación de la creación, implementación y posterior funcionamiento de los Consejos de la Comunidad, ya que si se tiene una actuación simplemente burocrática y se implementa el Consejo “solo-porque-la-ley-lo-determina”, ello será de muy poco o ningún valor. La creación y puesta en práctica efectiva de un CC requiere de una actuación permanente, serena y comprometida por parte del magistrado, que exprese una parte de sus facultades con el objeto de construir un canal de comunicación/acercamiento entre la sociedad local y su prisión, con el objetivo de restablecer la paz social. Cabe destacar que puede que se produzca esta actividad incluso en los distritos que no tienen una prisión o penitenciaría, puesto que nada impide la existencia de un Consejo de la Comunidad, por ejemplo, para ayudar a la articulación y construcción de políticas públicas en torno a las llamadas sanciones de restricción de los derechos (impropiamente llamadas “penas y medidas alternativas”) impuestas o a ser ejecutadas por el tribunal local.

La ejecución penal es una entre otras ramas del derecho que tiene una interfaz marcada con la realidad que la rodea. El trabajo del juez no es

—y no puede ser— resumida en despachar procesos mecánicamente; se le exige conocer en profundidad el objeto de su trabajo —especialmente cuando se realizan inspecciones de las cárceles—, atender a los detenidos, sus egresos y sus familiares, visitar entidades y reunirse con prestadores de servicios a la comunidad, y así sucesivamente.

Además, el magistrado, no pocas veces, será el portavoz de lo que ocurre en la vida intramuros: mostrará a la comunidad las problemáticas, relatará las necesidades de los internos y del establecimiento local, articulará y propondrá soluciones a los diversos problemas que surjan.

En resumen, este “activismo judicial” en el área de la ejecución no es extraño o fuera de lo común. Es una práctica aceptada e incorporada a la vida cotidiana de los jueces, un verdadero espacio de actuación política del magistrado, que lo conecta con la realidad, propia del ejercicio de la jurisdicción del siglo XXI.⁽⁸⁾

4 | Cómo atraer a la comunidad a la órbita de la ejecución penal. Las dificultades ideológico-culturales, estructurales e “internas”

En este punto, cabe preguntarse cuál es la manera de atraer a la comunidad a la órbita de la ejecución penal, sobre todo después de que el condenado ha cometido el crimen y violó el “contrato social”? Es decir, cometido el crimen, ¿cómo hacer que la misma sociedad que él golpeó, se alíe con el juez de ejecución para la preservación de los derechos de los reclusos o se cree una conciencia y un movimiento que exija niveles mínimamente civilizados y aceptables en las condiciones de prisión? ¿Cómo responder, por otro lado, a la indignación por la falta de interés tradicional y a la omisión del Estado en lo atinente a los derechos de las víctimas afectadas por el crimen?

(8) Para una noción sobre la transformación del papel del Poder Judicial en el siglo XX, véase CAPPELLETTI, MAURO, *Juizes Legisladores?*, Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1993, p. 47 y ss. En el mismo sentido, véase la excelente obra de APOSTOLOVA, BISTRA STEFANOVA, *Poder Judiciário: do moderno ao contemporâneo*, Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1998, p. 208.

Se pueden mencionar, brevemente, tres grandes dificultades de hecho que surgen para que esto sea logrado en el área de ejecución de penal; dificultades éstas de raíz (a) ideológica-cultural, (b) estructural y (c) "interna".

Las dificultades ideológico-culturales son las relacionadas con el diseño de la sociedad moderna, el hacer del derecho penal (y luego, por supuesto, la ejecución penal) y el papel del Estado contemporáneo en este campo, más precisamente, en los últimos treinta o cuarenta años.

En este sentido, es innegable que, a partir de mediados de los años 80 del siglo pasado, en todo el mundo, los delincuentes —y la delincuencia resultante— comenzaron a actuar de una forma diferente, especialmente desde el auge del tráfico de drogas ilícitas y armas. De hecho, empezamos a ver que el crimen adoptó una verdadera estructura de negocio empresarial. Lo que antes parecía ser una característica única de ciertos segmentos de la delincuencia —en particular, las diversas "mafias"— pasaron a otros tipos de grupos criminales que han adoptado una forma más o menos compleja, sobre todo en ciudades grandes y medianas —las que les permiten, al mismo tiempo, aumentar sus ganancias y expandir sus negocios ilícitos, y dar la apariencia de legalidad a aquellas operaciones cuyo origen se encuentra en el crimen—.

La lucha del Estado contra este tipo de delitos, se dio, al principio, de forma un tanto desarticulada, lo que generó —y esto, por desgracia, se puede observar hoy en día— un aumento de los delitos violentos, como consecuencia directa de la confrontación de órganos policiales con los miembros de las facciones, grupos u organizaciones criminales, organizadas o no. Así es que se puede observar un aumento vertiginoso y alarmante en la tasa de homicidios en Brasil y algunos países de América Latina.

El propio sistema penitenciario en sí se ha convertido, en muchos casos —como ocurre hasta hoy en día—, en el centro neurálgico de algunas organizaciones criminales, ya que la aparente falta de visibilidad que se le presta o se insiste en prestar al condenado (para bien o para mal, el sujeto está detenido, "cumpliendo un pena") sirve como el disfraz perfecto para ese tipo de actividad en la que el Estado pretende que cumple su papel en la represión de la delincuencia, y la sociedad se engaña y cree que está disfrutando de algunos momentos de paz.

La reacción de los medios de comunicación, y la respuesta del Estado como consecuencia de esta reacción, fue la aparición de una práctica legislativa que Luiz Flávio Gomes (y no sólo él), basado en estudios de autores nacionales y extranjeros, llama de "movimiento de la Ley para el orden".⁽⁹⁾ Este movimiento se originó en los Estados Unidos de América, y en Brasil, sobre todo a partir de los años 90, dio lugar a un endurecimiento de la legislación penal como una forma de combatir el nuevo tipo de delito que se presentó. De aquel tiempo, en Brasil, por ejemplo, fue la aparición de la denominada "Lei dos Crimes Hediondos" (Ley de Crímenes Atroces), la que a pesar de violar a un dictamen constitucional (art. 5, XLIII), fue elaborada con imperfecciones técnicas, especialmente en cuanto a la imposibilidad de progresión a los condenados por crímenes atroces o penas equivalentes a las mismas (art. 2, § 2, de la Ley 8072/90): los condenados tendrían que cumplir sus condenas en un régimen íntegramente cerrado, sólo pudiendo usufructuar el beneficio de la libertad condicional después del cumplimiento de las dos terceras partes de la condena. Esta disposición, después de 16 años de vigencia, fue declarada inconstitucional por el Tribunal Supremo (STF), en febrero de 2006.

También de acuerdo con Luiz Flávio Gomes,⁽¹⁰⁾ en Brasil, durante los años 90, este movimiento legislativo-represivo "de la derecha" se alió a la "izquierda punitiva", consagrando, la existencia de un verdadero "derecho penal del enemigo" en el cual los tipos penales son redirigidos a tener por objeto el ataque a ciertas situaciones específicas, a menudo careciendo de la mejor técnica legislativa y erigiendo la pena de prisión como solución a los males de la sociedad contemporánea.⁽¹¹⁾

(9) GÓMES, LUIZ FLÁVIO, Conferencia realizada el 15/07/2004, en ocasión del *Encontro Estadual de Juízes de Execução Penal do RS*, celebrado en Canela-RS, el 14 y 15 de julio de 2004. La conferencia se encuentra transcrita [en línea], http://www.tj.rs.gov.br/institu/correg/acoes/Encontro_Exec_Canela.doc. 13/09/2008.

(10) GÓMES, LUIZ FLÁVIO, *cit.*

(11) No sin razón, el sociólogo y profesor de la Universidad de California Loïc Wacquant refiere que "la sociedad norteamericana es hoy 5 veces mas punitiva que hace 25 años. El accionar de la lucha contra el crimen sirvió solamente como pretexto y trampolín para una reformulación de los alcances del Estado, que se tradujo en una reducción de su componente *welfare*. El sistema penitenciario ganó un lugar central como instrumento para la administración de la pobreza, en las encrucijadas del mercado de trabajo no calificado, en el colapso de los guetos urbanos y en los servicios de bienestar social 'reformados' para reforzar la disciplina del trabajo asalariado desocializado". Ver WACQUANT, LOÏC, "O lugar da prisão na nova administração da pobreza", en *Revista Novos Estudos Cebap* 80, marzo de 2008, pp. 9/19.

Por supuesto, esta reacción contra la criminalidad produjo —y produce— en la población una reacción bien definida y fácilmente verificable, que traduce la expresión “bandido bueno es el bandido muerto”. La lucha contra la delincuencia, o el deseo de que no se produzcan delitos, natural para mayoría de los seres humanos, se transformó en el discurso del miedo constante, por lo que la mejor manera de lograr una justicia rápida y efectiva sería a través de la flexibilización de los derechos del detenido o, al menos, la minimización de derechos tradicionalmente reconocidos en los países democráticos. El miedo se convirtió en la piedra fundamental de la media de la legislación penal.

Hubo, por supuesto, una reacción a esos movimientos de mucha menor expresión y alcance social, con acciones dirigidas por la necesidad de adopción de un derecho penal mínimo o, en situaciones extremas, por el llamado abolicionismo penal.

En este choque de ideologías, dentro de la ejecución penal, quedó una gran aversión a todo lo que con ella se relaciona, sobre todo al tema de los detenidos y de sus derechos, pues el adoctrinamiento constante trajo una cultura muy fuerte y dominante en la cual no vale la pena invertir, pensar, y de alguna manera modificar el escenario de la ejecución penal. En fin, el detenido “debe ir al lugar en que sufra lo más que se pueda”, lógica medieval y deficiente, que no se da cuenta de que, con ello, sólo se esta reestimulando la violencia y, por lo tanto, la propia criminalidad en la sociedad contemporánea.

Creemos que es un buen comienzo para tener un discurso y una práctica plausible y que sean capaces de seducir a la gente y de difundir la idea de la instalación y funcionamiento de los Consejos como órgano de representación de la comunidad, con el objetivo de la lucha contra violencia. En efecto, el sistema penitenciario actual ha perdido hace mucho tiempo el rumbo de (re)insertar o (re)socializar, ya que nuestras cárceles son sencillos depósitos de seres humanos que, en la mayoría de los casos, no están sometidos a ningún tratamiento penal por parte del Estado durante el período de reclusión. De hecho, al final, la pena se convirtió en un período en el que el individuo es retirado temporalmente de circulación, y no ha servido para otra cosa que eso, ya que ningún o casi ningún trabajo es realizado por el Estado con el condenado —quien carece, en la mayoría de las cárceles nacionales, de su condición de ser humano respetada—.

Las condiciones de las prisiones y de los presos que en ellas se encuentran son las peores posibles, de modo que lo que se está haciendo en el sistema penitenciario brasileiro actual es retroalimentar la violencia, esta vez patrocinada por el Estado y la sociedad. En tal sentido, pueden consultarse los informes de la CNJ, realizados durante los monitoreos carcelarios llevados a cabo en todos los Estados brasileños.⁽¹²⁾

Bajo este punto de vista, hay que aumentar la idea de que un preso bien tratado significa una víctima menos en la calle. La cárcel es un período más propicio para el Estado pueda desarrollar y cumplir con su rol en la ejecución penal, que consiste en intentar (al menos eso) redimir al sujeto y redefinir su papel en la sociedad, brindándole herramientas (educación, el trabajo psicosocial, religión, etc.) que puedan, en el futuro, hacer su vida más fácil y excluirlo del alcance de la mira de la delincuencia. Así, los CC son una de las herramientas creadas por el LEP para asistir al tribunal en este rol, deben ser vistos también como órganos encargados de formular y exigir la aplicación de políticas públicas en ese ámbito.

Otras dificultades son las denominadas estructurales, especialmente las relacionadas con el desmantelamiento, abandono y la inapetencia por parte del Estado en la asignación de recursos materiales y humanos para el sistema penitenciario en su conjunto. La raíz de estas prácticas es, por supuesto, ideológica y, en la mayoría de los casos, tal ideología se traduce en una expresión muy escuchada: “hay que invertir en las escuelas y no invertir en las cárceles”, como si una inversión necesariamente excluyese a la otra, como si se desconociera que los gastos en una y en la otra área deben ser permanentes si se quiere construir una sociedad que disfrute de un mínimo de tranquilidad.

En este plano, también se ve que los gobernantes que se suceden en el tiempo no poseen planes claros y concretos para el sistema penitenciario. Cuando fueron preguntados sobre el tema, los candidatos a cargos en el Poder Ejecutivo de la Unión y de los Estados —siendo que, en Brasil, a estos últimos siempre se les delegó el trato de los asuntos penitenciarios, situación que sólo recientemente ha comenzado a cambiar a partir de un compromiso más directo de la Unión con la seguridad

(12) En línea: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-mutirao-carcerario/relatorios>.

pública— a menudo responden con un desgastado (y manifiestamente ineficaz) discurso de endurecimiento de las leyes penales, desviando el foco de la cuestión, o con el reconocimiento de la necesidad de inversiones en un nuevo establecimiento penitenciario, pero no con una política criminal sólida, articulada y coherente para todo el sistema de justicia penal.

La comprensión de este problema, en la mayoría de los casos, se limita a las inversiones en “seguridad pública”, o simplemente en mejoras en equipamiento para la policía, como si el sistema penitenciario no fuera parte de ese concepto. No es que no se deba invertir en la policía: por el contrario, las inversiones en una policía bien preparada —no sólo desde el punto de vista material, sino también en lo tecnológico y humano (y, en este sentido, la preparación debe basarse en el respeto incondicional a derechos humanos)— son más que necesarias. Lo que no puede ocurrir (intencionalmente) es el olvido del sistema penitenciario, que es el drenaje de la actuación de los otros actores del sistema de justicia penal, el cual se extiende desde la actividad de la policía, pasando por las acciones del Ministerio Público y del Poder Judicial, llegando a las prisiones (políticas bien definidas de tratamiento penal y aumento de la capacitación de los agentes penitenciarios, etc.) y culminando con programas sociales bien articulados destinados a los egresados del sistema y sus familias.⁽¹³⁾

Las dificultades estructurales no pocas veces han conducido a que los CC encabezen movimientos exigiendo acciones del Estado, ejerciendo presión para cambiar la realidad, siempre con el objetivo de que se cumplan los dictámenes constitucionales y legales de la ejecución de la pena.

En varios proyectos e iniciativas desarrollados por los Consejos de la Comunidad de todo Brasil el Estado acabó apoyando la iniciativa de los consejeros comunitarios, porque esta obra no se realizaría si no hubiese, de alguna manera, colaboración estatal. Pero, al principio, ese trabajo se llevó a cabo a partir de los esfuerzos de los CC que, al fin y al cabo, acabaron

(13) Incluso hasta que presos y familiares no sufran lo que Miguel Reale Júnior denominó como “choque de libertad”. Ver REALE JÚNIOR, MIGUEL, Conferencia dictada el 14/07/2004, en ocasión del Encontro Estadual de Juízes de Execução Penal do RS, reunidos en Canela-RS, el 14 y 15 de julho de 2004. La conferencia se encuentra transcrita en el sitio del TJRS [en línea], http://www.tj.rs.gov.br/institu/correg/acoes/Encontro_Exec_Canela.doc, 13/09/2008.

contando con el apoyo y colaboración de la dirección de las respectivas prisiones y organismos estatales responsables de la ejecución penal.

Es importante notar, sin embargo, que la actividad de los CC no puede simplemente reducirse a satisfacer las necesidades estructurales y coyunturales del Estado. Si bien es cierto que, en muchos casos, el rendimiento de los CC debe basarse en —y, por lo tanto, debe tener, al menos al principio— un sesgo asistencial (suministro de fármacos, prótesis dentales, higiene, alimentos, apoyo moral y religiosas, etc.), no se puede perder de vista que este tipo de línea de trabajo desalienta el Estado para cumplir con sus deberes constitucionales y legales en la ejecución de la pena. Genera lo que puede denominarse un acomodamiento estatal, perjudicial para el logro de los fines fijados por los CC.

Deben ser analizadas aún las dificultades llamadas “internas”, inherentes al desempeño de los jueces —y, en consecuencia, del Poder Judicial— en la ejecución de la pena, haciendo hincapié en el hecho de que la cuestión no se limita a las consideraciones que aquí se hacen y que, tal vez, merezcan un mayor y mejor trabajo de investigación.

Una primera dificultad importante resulta que, empíricamente, algunos miembros de la judicatura de ejecución penal siguen creyendo que la cárcel funciona como un “buen instrumento” de la paz social en la sociedad moderna, cuando se sabe que las cárceles sólo han servido como lugar privilegiado para la reproducción de la violencia. Asimismo, existen muchos casos de jueces que entienden que son los órganos de seguridad pública. Se crea así un círculo vicioso en el que la condena penal “empuja” al individuo a la prisión, de donde éste sale más y mejor preparado para cometer nuevos delitos. Es cierto que, hasta ahora, la historia de la ciencia criminal parece no haber presentado mejores alternativas a la prisión para el caso de delitos que violan los derechos y bienes fundamentales, queridos por todos los seres humanos (vida, libertad sexual, física, etc.) a excepción de la aplicación de las (incorrectamente) llamadas sanciones y medidas alternativas, destinadas a los delitos de menor potencial ofensivo.

De todos modos, esta “creencia”, real o simbólica, en la pena de prisión hace que muy pocos jueces se interesen, verdaderamente, en la ejecución penal, ya que el juez deberá hacer frente a los problemas que se subliman o no aparecen en su verdadera dimensión e identidad. En

la ejecución penal, el juez, quiera o no, pasa a conocer más de cerca al recluso y su cruda realidad (sobre todo, el arsenal de las enfermedades infecciosas a las que será sometido, la promiscuidad, el abuso, las cuestiones relacionadas con la violencia / tortura practicada por sus compañeros o por agentes del Estado, etc.), se pone en contacto con los familiares del condenado y con las enormes dificultades que la pena privativa de libertad les acarrea —sobre todo cuando el proveedor del sustento familiar es encarcelado—, se da cuenta —se frustra— de la reiterada ineficacia, la falta de preparación y, en casos extremos, de la mala fe que existe en los órganos ejecutivos.

Otra de las dificultades propias de Poder Judicial gira en torno a la falta de un discurso unívoco en relación a ciertos instrumentos jurídicos que tienen por objeto evitar la cárcel, como es el caso de las penas y medidas alternativas. Sólo pocos años atrás, después de los esfuerzos del Ministerio de Justicia, a través de la Comisión especialmente formada para este fin, y de los sectores de la Judicatura (CNJ) y del Ministerio Público (CNMP),⁽¹⁴⁾ estas penas vienen teniendo una mayor aplicabilidad en el país. No obstante, existían en la legislación desde la reforma de la Parte General del Código Penal realizada por la ley 7209/84 y por la ley 9714/98. Aun así, en los sectores de la judicatura y el Ministerio Público aún se observa algún tipo de resistencia a este tipo de medidas, considerada como ineficaz/ineficiente para los fines de prevención general del delito. Afortunadamente, las estadísticas en este ámbito muestran que este tipo de pensamiento no parece corresponderse con la realidad, toda vez que a la aplicación efectiva y correcta ejecución de las penas alternativas han servido para evitar la reincidencia y la comisión de delitos más graves, sin perjuicio —aspecto negativo— de que este tipo de pena sirvió para ampliar aún más el brazo punitivo del Estado.⁽¹⁵⁾

Por otro lado, es apropiado decir que no se puede pretender que la participación de los Consejos Comunitarios en la ejecución penal tenga solamente un lado asistencialista, o que sirvan para suprimir las deficiencias de la administración estatal (especialmente la compra de bienes materiales

(14) Consejo Nacional del Ministerio Público, creado en la Constitución brasileña, con funciones similares a las del Consejo Nacional de la Justicia, para los miembros de la Fiscalía.

(15) WACQUANT, Loïc, *op. cit.*

que, es sabido, no son provistos por el Estado a la población carcelaria) —como sucede a menudo, siendo además el deseo de algunos jueces al constituir el Consejo Comunitario—. Se cree que en la actualidad, entre otras cosas, la participación de la comunidad debe ser mucho más intensa: debe servir como una herramienta de fiscalización del poder público durante la ejecución de la sentencia; estimular la creación de políticas públicas para los presos, los reclusos, los egresados y sus familiares; e intervenir en el ámbito local para que la brutal realidad de las cárceles nacionales no sea tan rápidamente olvidada por la sociedad.⁽¹⁶⁾

La adopción de una postura mas incisiva por parte de los CC a veces termina impresionando negativamente al juez de ejecución penal, quien se siente (o es efectivamente) “presionado” para asumir una postura más activa en estos temas. Sin duda, su trabajo no es —no puede ser— sólo de “gabinete”: no puede limitarse únicamente a despachar causas porque la ejecución de la sentencia —como el resto del ejercicio de la judicatura— requiere compromiso.

Debemos recordar, sin embargo, que el control social de las actividades o, eventualmente, de la inercia de algunos órganos de la ejecución penal por parte de los CC no debe ser visto, sobre todo por parte de jueces y fiscales, como una amenaza. Se trata de un camino natural y reconocido legalmente que posee la sociedad democrática para ingresar,⁽¹⁷⁾ conocer,

(16) Norberto Bobbio, en la obra clásica, recuerda que el paso del Estado liberal al Estado de Bienestar coincidió en gran parte con el incremento de la democracia en las sociedades modernas. Por lo tanto, dijo, en los Estados democráticos “se han convertido en cada vez más en sujetos políticamente relevantes a los grupos, las grandes organizaciones, las asociaciones de la más diversa índole, los sindicatos de diversas profesiones, partidos de diversas ideologías, y cada vez menos las personas. Grupos en lugar de individuos son los protagonistas de la vida política en una sociedad democrática, en la que ya no hay un pueblo o nación soberanos, integrados por personas que han adquirido el derecho a participar directa o indirectamente del gobierno, que ya no existe el pueblo como el ideal de la unidad (o místico), sólo existen las personas realmente divididas en grupos y competidores opuestos con su relativa autonomía del gobierno central (autonomía que las personas individuales han perdido si es que la tenían un modelo ideal de gobierno democrático siempre desmentido por los hechos). Ver BOBBIO, NORBERTO, *O Futuro da Democracia*. São Paulo, Paz e Terra, 2000, p. 35.

(17) Algunos CC, no raramente, han encontrado resistencias de las autoridades penitenciarias para ingresar en las prisiones, siendo que pueden y deben contar con el respaldo de los jueces de ejecución para hacerlo normalmente cuando la prohibición de ingreso no se muestre mínimamente fundamentada.

informar, denunciar, y con ello, tratar de cambiar la realidad de las cárceles nacionales, sobre todo porque si alguno de estos actores trata de cumplir con sus funciones de manera aislada, sin duda, muy poco o nada se puede cambiar.

El trabajo integrado entre el juez de ejecución penal y los CC, cuando se ha dado, ha servido en muchos casos como una fuente inagotable de debates sobre la realidad de las cárceles y como instrumento fundamental de la participación social para exigir de las altas esferas administrativas acciones concretas para cambiar las condiciones de tratamiento de los reclusos, los internados, los egresados y sus familiares.

De todo esto se desprende la importancia del papel de los órganos de coordinación de la Administración de Justicia, especialmente de las *Corregedorías* de la Justicia y del propio CNJ —esenciales para la organización, estímulo, apoyo y formación continua de los jueces en el ámbito de la ejecución penal y (no se puede dejar de lado), en la creación e implementación de CC en los Estados—. Si no fuera, por ejemplo, por la actuación incisiva del CNJ, hoy habría pocas *Corregedorías* que hubieran dedicado especial atención a esta materia especializada (aunque, en eventos de carácter nacional, muchos de sus representantes han asumido compromisos en ese sentido).⁽¹⁸⁾

En fin, también las dificultades materiales del Poder Judicial, especialmente en las unidades federales —en particular, el recorte constante de recursos y las limitaciones presupuestarias de la “Ley de Responsabilidad Fiscal”— han impedido la consecución de un buen trabajo en el ámbito de la ejecución penal. Cítese, a título de ejemplo, la ausencia, en la mayoría de los Estados, de una estructura básica para apoyar a los jueces de ejecución, especialmente para la inspección de las prisiones, o para llevar a cabo otras iniciativas en ese sector.

(18) A título de ejemplo, en el XXXVII ENCOJE (*Encuentro Nacional de Corregedores-Generais de Justicia*), realizado en Recife, Pernambuco, del 15 al 17 de marzo de 2005, una de las nuevas metas de las *Corregedorías* de los Estados fue la de creación y estímulo de los CC, lo que no se verificó, hasta hoy, en muchas unidades de la Federación. En 11/09/2008 el Consejo Nacional de Justicia (CNJ), a través de su Presidente, Min. Gilmar Mendes, promovió un encuentro para discutir con jueces de ejecución penal los problemas del sistema penitenciario brasileño, planteando objetivos y soluciones a ser alcanzados en ese campo. En noviembre de 2011, el CNJ he realizado nuevamente un *Encuentro Nacional de Jueces de Ejecución*, donde esa materia fue tratada una vez más.

5 | Perspectivas de actuación

Dado el amplio marco con el que se encuentran los operadores de justicia y la sociedad en general en la ejecución penal, ya es hora de que, aunque sea en pocas líneas, hablemos de cuáles son algunas de las posibilidades concretas para que se fomente y viabilice el funcionamiento de Consejos Comunales.

El Poder Judicial en general, a través de la CNJ, y en los Estados, a través de *Corregedorías* Generales de Justicia tiene la tarea de motivar a los jueces de ejecución para establecer, dentro del marco de la LEP, los Consejos de la Comunidad. Esto, como he dicho al principio, se ha hecho, aunque todavía no es suficiente para llegar a todas las cárceles y delegaciones de la policía y hacer que los "ojos de la sociedad están allí presentes". En los ámbitos del CNJ, de las *Corregedorías* de Justicia, de los Consejos Penitenciarios de los Estados, así como en el propio DEPEN (Departamento Penitenciario Nacional), en la actualidad se cuenta con un panorama muy satisfactorio respecto de la implantación y el funcionamiento de los CC en Brasil —una iniciativa que no tiene registro en América Latina— siendo aún necesario la creación de programas de incentivos permanentes para la creación, la capacitación y la asistencia en el funcionamiento de los CC.

Cabe aquí decir, por ejemplo, que en muchos distritos —en especial, en aquellos en los que hay una prisión— la especialización de una unidad judicial como "Juzgado de Ejecución Penal" resulta imprescindible, dada la especialidad de la materia y la necesidad de que haya un magistrado, como se mencionó anteriormente, "dedicado" al ejercicio de judicatura. En gran parte de los distritos brasileños, el juez acumula competencias (es juez criminal y de ejecución penal, o incluso posee jurisdicción sobre otras materias), lo que resulta contraproducente y hace que la ejecución sea, una vez más, descuidada.

Es relevante en este plano, una vez más, la actuación del CNJ y de las *Corregedorías* de la Justicia en la identificación de los inconvenientes y en la pronta realización de cursos destinados a la especialización, así como en la creación de órganos colegiados que reúnan a los principales jueces de ejecución del Estado para los debates periódicos —que, sin duda, proporcionarán una reubicación de la ejecución en un nivel de importancia que hace mucho tiempo merece tener dentro de la Administración de Justicia—.

Se ha dicho, en otra perspectiva, que la creación de los CC se puede llevar a cabo incluso en lugares donde no hay una prisión o institución penitenciaria. Así, se pueden instalar en los distritos en los que sólo se cumplen penas restrictivas de derechos: en estos casos, los CC se convierten en un socio importante en la ejecución de la pena, en el cumplimiento de los fines legales y en la eficacia jurídica de las sanciones (obtención de locales, proveedores de servicios e instituciones que se ocupen de los problemas de adicción a las drogas o el alcoholismo etc.), incluso con el estímulo expreso que significó la resolución 154/2012 (asignación de los importes provenientes de las sanciones pecuniarias).

Por otra parte, nada impide que dos o más distritos —por lo general, debido a la existencia de detenidos en sólo uno de ellos— puedan organizar y crear un único Consejo de la Comunidad, de carácter regional, que concentre personas y liderazgo para las comunidades involucradas, y que busque soluciones y formas de acción para los penados, internos, egresados y sus familiares de esa región geográfica.

Cabe señalar que el Consejo de la Comunidad se conforma, en virtud del art. 80 LEP, por representantes del Colegio de Abogados, la Asociación de Comercio e Industria local, el Consejo Servicios Sociales local y de la Defensoría Pública. Esta lista de miembros es meramente ejemplificadora, por lo que pueden —y deben— participar representantes de las iglesias locales, de las instituciones públicas y privadas —que, de alguna manera, tienen un interés o derecho legal en ayudar al detenido, egresado y su familia—. Lo esencial es que el CC sea un órgano que visite periódicamente la prisión y sirva de canal de comunicación entre lo que sucede en el mundo de intramuros y la sociedad. No puede ser sólo un cuerpo burocrático, constituido apenas “de forma”, y con actuación fragmentada o restringida a ciertos períodos del año.

Instalado el Consejo de la Comunidad, es importante que todos los órganos locales dedicados a la ejecución penal se ocupen de la capacitación de los consejeros de la comunidad, dándoles nociones sobre la ejecución de la pena y sobre las funciones que han asumido o irán a asumir. Sobre esto, vale la pena mencionar que el propio Ministerio de la Justicia, a través de DEPEN, viene financiando la capacitación de los consejeros de la comunidad y cubriendo, total o parcialmente, los gastos de locomoción, alimentación y hospedaje para los cursos de uno o dos días que se dictan

en este sentido. Por lo tanto, es necesario que exista la presentación de un proyecto específico, en el ámbito estadual, que pueda ser enviado con antelación a la intervención del DEPEN para posibilitar la asignación regular de fondos públicos para este propósito. En este sentido, DEPEN y CNJ y han trabajado juntos.

Oportuna, también, es la celebración de reuniones periódicas, entre el juez de ejecución y los consejeros de la comunidad (reuniones semanales, quincenales o mensuales) para discutir sobre las distintas interfaces de actuación de unos y otros. Con ello, se logra mejorar el conocimiento y la información, al tiempo que se pueden establecer metas de actuación para el año/semestre y coordinar la realización de inspecciones conjuntas —que pueden resultar en la elaboración de un informe único sobre las condiciones y necesidades del establecimiento penitenciario del distrito y sobre cuáles son las medidas que, de allí en adelante, se adoptaran—.

El CC también debe realizar alianzas con los demás órganos de gobierno de la sociedad civil (Gobierno Municipal, Consejos de Profesionales, Universidades, etc.) con el objetivo de poder trabajar articuladamente con ellos, promoviendo conferencias y reuniones sobre la ejecución penal, y la edición de folletos informativos de derechos, con información a la comunidad, entre otras tareas.

El Poder Judicial debe, ya sea por la acción de la CNJ, de las *Corregedorías* Generales o del propio juez de ejecución, en la medida de sus posibilidades, ofrecer un espacio físico dentro de los edificios de los tribunales para que los CC realicen —semanalmente— sus entrevistas con los presos, los egresados y sus familias. Sin esta estructura mínima, el trabajo se hace difícil, si no imposible.

Éstas son, por lo tanto, algunas sugerencias y formas de acción sugeridas para el Poder Judicial y los Consejos de la Comunidad. Las ponderaciones realizadas, como se ve, no agotan el tema, pero muestran que no sólo el Poder Judicial debe estar abierto a la participación de la comunidad, ya que la comunidad quiere y espera que el mundo de la ejecución penal le sea franqueado.

Algo más sobre determinación de la pena

Notas sobre la necesaria disminución de habilitación de poder punitivo

por **ADRIÁN N. MARTÍN**⁽¹⁾

I | Introducción

A los fines de realizar una nueva contribución sobre el tópico de determinación judicial de la pena, habré de compilar algunas producciones que he tenido oportunidad de efectuar en los últimos tiempos respecto de la aplicación efectiva de un determinado monto punitivo.

Hace ya algunos años, publiqué un artículo en el que abordaba aspectos relacionados a la determinación judicial de la pena, en especial en un sistema acusatorio de enjuiciamiento.⁽²⁾

.....

(1) Juez de Cámara Tribunal Oral de la Capital Federal. Profesor e investigador UAI. Docente UBA.

(2) MARTÍN, ADRIÁN, "Determinación judicial de la pena: pautas para un sistema acusatorio de enjuiciamiento", en Tarrio, M. (dir.), *Debates en torno al derecho penal II*, Bs. As., Cathedra Jurídica, 2009, pp. 93/137.

En esta oportunidad, habré de realizar una breve compilación de algunas decisiones en las que se profundizó sobre aquellos conceptos, o bien sobre otros aspectos también vinculados al ejercicio de poder punitivo.

Antes de iniciar el desarrollo, vale señalar que este trabajo no tiene pretensiones de completitud, sino que da cuenta de aspectos específicos de la problemática de modo de contribuir a un debate necesario sobre la determinación del poder punitivo y las posibilidades de su reducción a las manifestaciones menos irracionales.

2 | Pautas generales de determinación de la pena

En primer lugar, y previo a adentrarnos en cuestiones más directamente relacionadas a los específicos aspectos que deseo tratar aquí, resulta necesario destacar que la CN, en sus arts. 18, 19 y 75.22, y los arts. 9 CADH y 15 PIDCyP, determinan sin más, que lo único que puede ser objeto de una sanción son acciones u omisiones, previamente descriptas en una ley, que resulten dañinas o al menos peligrosas para ciertos bienes que se declaren valiosos. En suma, la pena sólo podrá ser catalogada como legítima a la luz de estos imperativos constitucionales, únicamente si es respuesta a la realización de un acto y no a características personales de un autor. En esta línea se ha expedido la CSJN en forma contundente en los casos “Arriola” (Fallos 332:1963) y “Gramajo” (Fallos 329:3680).

Ante ello, no cabe sino coincidir con los autores que establecen que “la medida adecuada a la culpabilidad impone un límite infranqueable a los fines de prevención especial o general, [que] impide que consideraciones ajenas a la acción ilícita y a su reprochabilidad puedan fundar o integrar la respuesta penal del estado”.⁽³⁾ Por ello, una aplicación del derecho que respete el principio de prohibición y sanción exclusivamente de acciones no podría permitir que se impusieran montos de penas superiores a la medida que se considere adecuada al injusto cometido, independientemente de qué criterios de prevención pudieran operar como pautas atenuantes o aún eximentes de la sanción.

(3) MAGARIÑOS, MARIO, “Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena”, en Julio Maier (comp.), *La determinación judicial de la pena*, Bs. As., Editores del Puerto, 1993, p. 80.

Si bien la doctrina nacional ha ido abriendo lentamente la discusión en función de dotar a esta parte del saber jurídico de reglas y criterios racionalmente controlables y, en consecuencia, no absolutamente discrecionales, este aspecto de la dogmática jurídico-penal se erige aún con timidez. Es aún apenas una insinuación de construcción de una teoría de las consecuencias jurídicas derivada de la teoría de la imputación, que busca ponerle coto al azar y a la arbitrariedad.

Al respecto, un aspecto ineludible en esta cuestión es demarcar que el sistema de enjuiciamiento constitucionalmente obligatorio es el acusatorio. Y ello es así en razón de las claras líneas directrices que marcan los instrumentos internacionales protectores de derechos humanos incorporados con jerarquía constitucional en 1994, y a la línea jurisprudencial que desde entonces ha ido trazando la CSJN.

Las características de un sistema acusatorio pueden ser pensadas con precisión expositiva por la construcción realizada por Ferrajoli denominada "epistemología garantista". En tal sentido, afirma Ferrajoli que

"la separación de juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás,... comporta no sólo la diferenciación entre los sujetos que desarrollan funciones de enjuiciamiento y los que tienen atribuidas las de postulación —con la consiguiente calidad de espectadores pasivos y desinteresados reservada a los primeros como consecuencia de la prohibición *ne procedat iudex ex officio*— (...) La garantía de la separación, así entendida, representa, por una parte, una condición esencial de la imparcialidad (*terzieta*) del juez respecto a las partes de la causa..."⁽⁴⁾

Así, el presupuesto de la aplicación de una pena no debe ser sólo un hecho descrito como ilícito por una ley, sino también por la hipótesis de la acusación que permita la aplicabilidad de la fórmula *nulla poena nulla culpa sine iudicio*, y para que el juicio no sea apodíctico, sin base de control empírico, resulta necesario que las hipótesis asertivas (y, por ende, con la

(4) Ver FERRAJOLI, LUIGI, *Teoría y razón. Teoría del garantismo penal*, 2ª ed., Perfecto Andrés Ibáñez (trad.), Madrid, Trotta, 1997.

característica de verificabilidad o refutabilidad), sean sometidas a efectiva verificación y expuestas a refutación (*nullum iudicium sine probatione*).

Es por ello que, al momento de determinar la cuantía de la sanción, deben jugar en forma absolutamente operativa todos los principios de un derecho penal y procesal penal políticamente fundado en una decisión de convertirse en dique limitador del ejercicio del poder punitivo del Estado.

En el ámbito nacional se advierte como un momento nodal para el estudio del tema, enmarcado en el Código Procesal Penal Federal vigente, el voto de la jueza Ledesma en el caso “Luján, Marcos Antonio s/recurso de casación”.⁽⁵⁾ Destacó que resultaba inevitable definir los principios constitucionales fijados como presupuestos mínimos del juicio previo y postuló como premisa que el modelo de enjuiciamiento diagramado por la CN se corresponde con el denominado sistema acusatorio. Ante ello, concluyó que

“la pena solicitada por el fiscal es el límite que tiene el órgano jurisdiccional para pronunciarse [por lo que] el tribunal de juicio no puede ir más allá de la pretensión requerida por el órgano que tiene a su cargo la vindicta pública [considerando que] el principio del *ne procedat iudex ex officio* constituye un límite al ejercicio de la función jurisdiccional en razón de que supone que el proceso puede ser iniciado únicamente si hay acusación del fiscal extraña al tribunal de juicio [y, ante ello,] la sentencia no puede ser ‘plus petita’, ni tampoco está facultado para fallar fuera de la pedido ‘extra petita’”.

En esa misma línea se expidieron los jueces Zaffaroni y Lorenzetti en el caso “Amodio” (Fallos 330:2658).

A partir de lo señalado en los apartados precedentes debe indicarse que las reglas que se deducen de lo dicho son que el acusador —público o privado—, al presentar el caso y determinar la necesidad de pena adecuada para ello, determina el máximo de la jurisdicción en la cual el juez es llamado a ejercer su función. Así las cosas, el tribunal de juicio no puede ir más allá de la pretensión requerida por el órgano que tiene a su cargo la acusación.

.....

(5) CNCP, “Luján, Marcos Antonio s/recurso de casación”, Sala III, causa n° 4833, 02/05/2004.

3 | Punto de ingreso en la escala y valoración de atenuantes

Una cuestión vinculada al tema es la que impone establecer el punto de ingreso en la escala penal. Los modelos de códigos penales con más impronta no han definido la situación en forma expresa. El sistema adoptado por el CP no establece norma alguna que determine el punto de ingreso en la escala, por lo que se impone la obligación de la aplicación del principio de la interpretación restrictiva de toda norma que implique coartar o privar de un derecho (art. 2 CPPN) que, en definitiva, no es más que la recepción legal de pautas de rango constitucional como la máxima taxatividad legal.

En esta línea hermenéutica, la CSJN ha señalado en el caso “Acosta” (Fallos 331:858), y luego en el caso “F., AL” (F.259.XLVI), que optar por la denominada “tesis restringida” del instituto de “suspensión del juicio a prueba” (art. 76 *bis* CP) importaba una “...exégesis irrazonable de la norma que no armoniza con los principios enumerados, toda vez que consagra una interpretación extensiva de la punibilidad que niega un derecho que la propia ley reconoce...”.

En efecto, comprender ese precedente con ese exclusivo alcance importa una mirada acotada de lo valioso de las consideraciones efectuadas por la Corte en el considerando 6.

En esos fallos se citaron precedentes que establecían o recuperaban reglas hermenéuticas tradicionales en la jurisprudencia de ese tribunal, pero además se añadió una especial indicación en lo que hace a la interpretación de la ley penal. En efecto, en dichos decisorios se indicó que

“...la observancia de estas reglas generales no agota la tarea de interpretación de las normas penales, puesto que el principio de legalidad (art. 18 de la CN) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la ultima ratio del ordenamiento jurídico, y con el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal”.

En consecuencia, la escala penal en abstracto se habrá acotado al momento de la determinación judicial punitiva. Así, el máximo jurisdiccional queda ya acotado en la mayor pretensión de los acusadores y, a su vez, el punto de ingreso de la escala penal es el mínimo legalmente establecido, por lo que, de no mediar pautas agravantes del injusto, no podría nunca excederlo.

4 | Atenuantes por vulnerabilidad social

Relacionado a las pautas atenuantes —y, por ende, a cuestiones de gran vulnerabilidad social—, aparece la necesaria valoración y estudio de la situación personal del imputado y de su contexto familiar.

No son pocos los jóvenes de alrededor de 20 años de edad que cometen delitos contra la propiedad y cuya historia de vida da cuenta de cierta situación social.

Recientemente, se ha señalado en un estudio que:

“...los jóvenes que provienen de hogares vulnerables, que han sido impulsados a abandonar la escuela y se insertan tempranamente en un mercado laboral con una alta tasa de empleo no registrado parecen condenados a un desarrollo individual en condiciones muy difíciles, sobreexpuestos, sometidos a una fragilidad perpetua y amenazados de invalidez social (...) este grupo, especialmente vulnerable a la anomia y al riesgo social, en algunos casos es arrastrado a vincularse con el desarrollo de formas ilegales y extralegales de subsistencia”.⁽⁶⁾

En tal sentido no es posible desentenderse de que durante las últimas décadas del siglo XX se sucedieron procesos económicos, políticos y sociales de marcada relevancia. Los cambios sociales que se registran desde mediados de la década que se iniciara en 1970 han modificado, amplificando y diversificando el cuadro de la pobreza, lo que dio lugar a la emergencia de seg-

(6) PÉREZ SOSTO, GUILLERMO, en presentación de AA.VV, *Inseguridad social, jóvenes vulnerables y delito urbano*, Bs. As., Espacio editorial, 2012, p. 5.

mentos pobres no estructurales —es decir, que no provienen de situaciones de pobreza histórica consolidada— y a la agudización de la situación de algunos segmentos de hogares que habían emergido de esa condición, colocando en una situación de vulnerabilidad a franjas significativas de familias.

En particular en la Ciudad de Buenos Aires y el conurbano, las transformaciones sociales iniciadas a mediados de la década del 70 y agudizadas en la del 90, llevaron al quiebre de las antiguas estructuras laborales y familiares que habían organizado la existencia de la mayor parte de la sociedad argentina. Sabido es que en la década iniciada en 1990 ciertas formas de consumo básico también se tornaron progresivamente inalcanzables. Muchas de las personas nacidas o criadas en un contexto socioeconómico desfavorable tienen como rasgo compartido, entre otras cosas, el haber sufrido desde su infancia desestructuración y privaciones.

Cabe recordar algunas cifras de ese contexto: hacia fines de 1999, los jóvenes desocupados duplicaban la tasa nacional de desempleo; el 40% de los jóvenes estaba bajo la línea de pobreza; el censo del año 2001 había indicado que 1.000.000 de adolescentes de 15 a 19 estaba fuera del sistema educativo, y el de 2003, que siete de cada diez niños y niñas estaba ubicado por debajo de la línea de pobreza.⁽⁷⁾

Adviértase, en esa línea de análisis, que la década que se inició en 1990 agravó aún más la situación. En ese sentido, se ha dicho que el ingreso al trabajo desde la niñez está asociado con la pobreza, a punto tal que, en nuestro país, a inicios de la década iniciada en 1990, más del 25% de los niños y niñas de 14 años del país que pertenecían a hogares con necesidades básicas insatisfechas (NBI) o eran pobres estructurales, estaban económicamente activos.

(7) Ver, en este sentido, innumerables estudios, entre los que pueden mencionarse: UNICEF, "Informe 2003", Bs. As., UNICEF Argentina, 2003; UNICEF, "Informe 2004", Bs. As., UNICEF Argentina, 2004; FELDMAN, SILVIO et. al, "Los niños que trabajan", Bs. As., UNICEF, 1997; KONTERLLNIK, IRENE y JACINTO CLAUDIA (comps.), *Adolescencia, pobreza, educación y trabajo*, Bs. As., Losada /UNICEF, 1996; FORNI, FLOREAL, "Trabajo rural de menores de 14 años (examen de fuentes, estadísticas e investigaciones monográficas)", Informe preparado para la OIT, Buenos Aires. OIT/UNICEF/MTSS, 1993; TENTI FANFANI, EMILIO, *La escuela vacía*, Bs. As., UNICEF/Losada, 1993; UNICEF/INDEC/Siglo XXI Editores, *Infancia y pobreza en la Argentina*, Buenos Aires. 1990; UNICEF, "Análisis de situación, menores en circunstancias especialmente difíciles", República Argentina, capítulo II del Informe N° 10, Serie Divulgativa, Programa Regional Menores en Circunstancias Especialmente Dificiles, Colombia, UNICEF Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 1992; entre muchos otros.

No está demás destacar la forma de obtención de ingresos de tales niños: vender objetos en la calle, bares, subterráneos, abrir la puerta de taxímetros, “cuidar” vehículos estacionados, limpiar parabrisas o juntar cartones y otros desechos de la basura, solos o junto a algún miembro de su familia. En este punto, tampoco es menor señalar que a la vulnerabilidad social que conlleva esta forma de subsistencia, las agencias policiales y judiciales muchas veces han aportado su acción excluyente y estigmatizante. Las leyes —y, en especial, las prácticas contravencionales del país— dan cuenta de ello. Sólo a modo de ejemplo cabe observar lo que ocurre en la Ciudad de Buenos Aires donde rige el código contravencional que —en la letra de la ley— resulta, por lejos, el más respetuoso de las mandas constitucionales. En efecto, más allá de lo legislado, las prácticas policiales, convalidadas mayoritariamente por el Ministerio Público Fiscal, han llevado contravencionalizar a personas de alta vulnerabilidad social por llevar adelante esas prácticas de subsistencia.

Obsérvese que en la Ciudad de Buenos Aires, a pesar de la judicialización de las contravenciones desde el año 1998, la mayoría de las imputaciones contravencionales radica en la realización de actividades tales como venta ambulante, oferta de “servicios sexuales”, y cuidado de vehículos.

Al respecto, valga señalar que el mismo Ministerio Público Fiscal de la Ciudad en su “Tercer informe de conflictividad” —cuyos datos pertenecen al año 2010— da cuenta que de las 41.439 causas, se iniciaron 9999 casos por actividad lucrativa en el espacio público, 7470 causas por prostitución, y 4462 casos por pretendidas exigencias de contraprestación para cuidar vehículos.⁽⁸⁾ Ciertamente es que, a pesar de la gran cantidad de actas realizadas por la agencia policial, las condenas contravencionales son muy pocas. En los casos de venta ambulante, el Ministerio Público Fiscal decide generalmente remitir los casos a la justicia administrativa de faltas, privando al imputado del procedimiento judicial pero manteniendo el secuestro de la mercadería. Tampoco son muchas las condenas en casos de ejercicio de la prostitución, pero con la privación de libertad —generalmente para identificar, durante algunas horas—, la persona imputada ha sufrido ejercicio de poder punitivo en su contra. Si bien se ha pretendido señalar que esa resolución fiscal importaría concluir que nada hubiera pasado en la vida de las personas que

(8) MINISTERIO PÚBLICO FISCAL, 2011 [en línea], <http://www.mpf.jusbaires.gov.ar/lang/es/institucional/informes-de-gestion-descarga/3er-informe-de-conflictividad/>

fueron interceptadas por la agencia policial, ello resulta inaceptable. Muy por el contrario, la práctica misma de la interceptación y convalidación fiscal, con independencia de la condena, importa una injerencia que aumenta la vulnerabilidad de esas personas. Esos archivos tienen, además, el “beneficio” de evitar exponer judicialmente la injerencia.

En los casos de los denominados “cuidacoches” la situación es similar. A pesar de que el tipo contravencional establece que lo prohibido es exigir contraprestación pecuniaria, se criminaliza a toda persona que realiza la actividad de cuidador: a pesar de las bajas condenas, la aplicación de poder punitivo se centra en la intervención policial convalidada por la mayoría de los fiscales.

Asimismo, y en contraposición a lo que ocurre en relación al sistema penal, se advierte que de los 26.817 imputados en el año 2010, 6615 han sido mujeres, lo que da cuenta de la sobrerrepresentación relativa de estas personas en relación a la selectividad tradicional del sistema penal. En tal sentido, por la contravención relacionada al ejercicio de la prostitución, en el mismo informe se advierte que 61 mujeres fueron imputadas en más de diez causas en el mismo año. De ellas, 26 lo fueron en más de quince causas otras 16, en más de veinte casos.

Por último, ese mismo informe da cuenta de una referencia inestimable, que evidencia la operatividad del sistema contravencional: alrededor del 90% de los imputados se hallaban desocupados o sub-ocupados al momento del inicio de la causa.

Ese marco no puede ser desoído a la hora de establecer el monto punitivo a aplicar a alguien que ha cometido un delito contra la propiedad, máxime si se considera su historia de vida en particular en los años de fines del siglo XX, en particular, la edad que tenía en dichos años, el contexto socioeconómico de su familia y su grado de vinculación a ella, como así también sus condiciones laborales.

5 | Mínimos indicativos

Sin embargo, se plantea aquí una cuestión adicional. En el caso de que no existieran pautas agravantes del injusto pero sí elementos atenuantes —fueran éstos del injusto o de la culpabilidad—, o bien ante una exigua cantidad de elementos agravantes y una numerosa cantidad de elementos

atenuantes, se plantea la desproporcionalidad del mínimo de la escala penal. En el mismo sentido, ciertos delitos poseen mínimos inusualmente altos, teniendo en consideración los bienes jurídicos afectados.

Al respecto, la jurisprudencia está advirtiéndolo cada vez más frecuentemente el carácter meramente indicativo de los mínimos de las escalas penales. En algunos de esos casos, se valoró especialmente la cantidad de pautas atenuantes frente a las nulas o insignificantes agravantes consideradas.⁽⁹⁾

Sin embargo, también puede advertirse que existe otro conjunto de casos donde el mínimo de la escala es irrazonable de por sí, máxime cuando no media agravante de entidad a considerar. Adviértase que la reseña legislativa y parlamentaria respecto de las normas que integran el sistema jurídico, permitían demostrar, en el caso de los delitos de portación de arma de guerra sin autorización (art. 189 *bis* 2.3 CP), que la escala penal con que se encuentra sancionada esa figura legal, particularmente en su mínimo, resulta ser desproporcionada —en abstracto— respecto de otras conductas que tienen mayor ofensividad.

Para avanzar en esa decisión, vale recordar algunas resoluciones de la CSJN que dan cuenta de la necesidad de extremar los recaudos de forma de evitar la aplicación de una pena abiertamente desproporcionada con el delito cometido. En el contexto enmarcado, deviene necesario dar cuenta y analizar los precedentes de la CSJN sobre los montos punitivos.

En ese marco, en los casos “Fontana”⁽¹⁰⁾ y “Schmidt”⁽¹¹⁾ se tuvo en consideración que la gravísima situación relatada en cuanto a la desproporcionalidad de la escala penal, evidencia que la aplicación del mínimo legal de tres años y seis meses de prisión pondría en pugna no sólo el mandato de que la legislación penal sea formulada en un Código (art. 75.12 CN)

(9) Ver, en tal sentido, Cámara Federal de Casación Penal, caso “Ríos”, causa n° 16.261, sala II, 16/04/2013; Tribunal en lo Criminal n° 1 de Necochea, caso “López”, causa n° 2543-0116 y “Sorensen”, causa n° 3027-0146, votos del juez Juliano, resueltas el 10/09/2002 y 18/12/2002, respectivamente; Tribunal Oral en lo Criminal N° 22 de la Capital Federal, caso “Morales”, causa n° 3984, 19/11/2013; Tribunal en lo Criminal N° 1 de Mar del Plata, caso “Guffanti”, causa n° 3150, 30 de septiembre de 2013.

(10) Tribunal Oral en lo Criminal N° 15 de la Capital Federal —que integro—, causa n° 3617, 14/05/2012.

(11) Tribunal Oral en lo Criminal N° 17 de la Capital Federal, causa n° 3863, 23/11/2012.

—entendido éste como uno o más cuerpos dotados de sistematicidad, coherencia interna y racionalidad—, sino además, en este caso concreto, el principio de igualdad (art. 16 CN).

Ante ello, cabe recordar que la CSJN en la causa “Martínez, José Agustín”, resuelta el 06/06/1989 (Fallos 312:826), estableció la violación al principio de igualdad, valorando para ello no sólo el monto punitivo excesivo impuesto por el tipo penal analizado en esa causa, sino especialmente lo que se desprendía de la exposición de motivos en cuanto al objetivo perseguido por la norma en crisis. Así, señaló que, desde antiguo, la Corte tenía dicho que “...igualdad importa el derecho de todos a que no se establezcan privilegios o excepciones que excluyan a unos de lo que se le concede a otros en iguales circunstancias (Fallos 101:401, 124:122, 126:280, 127:167, 137:105, 151:359, 157:28, entre otros)”, añadiendo que “...constituiría una distinción arbitraria, violatoria del art. 16 de la Constitución Nacional, aquella establecida por una ley que contemplaba en forma distinta situaciones que eran iguales (Fallos 196:337)”.

Ante tales parámetros, la CSJN apuntó que “...si bien es cierto (...) que la garantía de la igualdad no exige del legislador una ‘simetría abstracta’ (...), ni tampoco puede pretenderse de él una perfección matemática impracticable (...) donde a una clasificación ostensible e injustificadamente incompleta se agrega el estar seriamente afectado un derecho fundamental del individuo, la citada garantía debe ser interpretada con estrictez...”, concluyendo luego que, en el caso, se daba una “...ostensible e irrazonable desconocimiento del derecho constitucional, fundado en los arts. 28 y 33 de la Ley Fundamental, a ser sancionado con una pena cuya severidad sea proporcional a la gravedad del delito cometido y al bien jurídico tutelado”.

En el mismo sentido se expresó la CSJN en la causa “Gómez, Ricardo y Federico, Eduardo Alberto s/ robo agravado”, resuelta el 08/06/1989 (Fallos 312:851), donde se indicó que

“...de la confrontación de la norma legal con sus correspondientes de la Ley Fundamental surge, como criterio que permite precisar los límites a considerar ante la invocación de la falta de proporcionalidad entre la pena conminada y la ofensa cometida, el que se deriva de la propia naturaleza garantizadora del principio de la proporcionalidad de la pena, que opera únicamente para li-

mitar los excesos del poder punitivo estatal respecto de eventuales transgresores a las leyes, y que determina que la proporcionalidad no puede resolverse en fórmulas matemáticas, sino que sólo exige un mínimo de razonabilidad para que la conminación penal pueda ser aceptada en un Estado de Derecho”.

Tiempo después, y adoptando por mayoría otra solución, la CSJN de todas formas se expresó en idéntica forma a la última parte de la cita efectuada en el párrafo precedente (Fallos 314:424).

Por su parte tampoco puede obviarse que la CNCP abordó el tema en la causa n° 6501 “Tinganelli, Martín Daniel s/recurso de casación”, resuelta por la sala III en el mes de abril de 2006. En dicha sentencia, la jueza Ledesma en su voto indicó que dado que

“...la escala penal allí prevista, concretamente el mínimo de cinco años de prisión, excede la medida de culpabilidad atribuida (...) en franca violación a principios de proporcionalidad y de humanidad que proscriben la imposición de penas inhumanas, crueles e infamantes, entiendo que se debería abrir la vía recursiva invocada y en consecuencia analizar el tema, por la trascendencia que tiene a la luz de los preceptos constitucionales que se ven profanados con topes mínimos tan elevados [añadiendo que] (...) las penas excesivas como la contenida en la figura penal que se aplicó al caso, conllevan ínsitas una degradación del ser humano y un desprecio a la libertad que no se corresponden con un estado de derecho”.

Por último, no se puede dejar de señalar las concluyentes palabras que explicitara la CSJN en el caso “Gramajo, Marcelo” (Fallos 329:3680). Allí indicó, en el considerando 19, que “...toda medida penal que se traduzca en una privación de derechos debe guardar proporcionalidad con la magnitud del contenido ilícito del hecho, o sea, con la gravedad de la lesión al bien jurídico concretamente afectado por el hecho, porque las previsiones legales expresan tales magnitudes a través de las escalas penales”.

En coincidencia con ello, Luigi Ferrajoli sostuvo que “...al menos para las penas privativas de libertad no está justificada la estipulación de un mínimo legal: sería oportuno, en otras palabras, confiar al poder equitativo del juez la elección de la pena por debajo del máximo establecido por

la ley, sin vincularlo a un límite mínimo o vinculándolo a un límite mínimo bastante bajo".⁽¹²⁾

En igual forma Zaffaroni, Alagia y Slokar han señalado que:

"...el problema que plantea esta opción legislativa es su valor vinculante para los jueces. En principio, debe reconocerse que existen y que tienen el valor de regla general, pero esto no significa que los tribunales deban respetarlos cuando fuentes de superior jerarquía del mismo derecho argentino señalen que el mínimo es irracional en el caso concreto. Por ello, lo correcto es asignarles valor indicativo, que opera cuando el mínimo de la escala legal no se topa en el caso concreto con los otros parámetros legales de mayor jerarquía, en cuyo supuesto corresponde reducirlos hasta compatibilizar la pena con éstos".⁽¹³⁾

En esa línea se destacan los autores citados quienes sostienen que "...el principio republicano obliga a los jueces a apartarse de ellos [los mínimos] cuantas veces sea necesario para salvar principios constitucionales o internacionales, como sucede cuando las circunstancias concretas del caso demuestran que las penas conforme al mínimo de la escala lesionan el principio de humanidad".⁽¹⁴⁾

También en dicha línea teórica se han expresado Alberto Binder,⁽¹⁵⁾ Mario Juliano,⁽¹⁶⁾ Eleonora Devoto y Mercedes García Fages⁽¹⁷⁾ y Rubén Quiñones.⁽¹⁸⁾

(12) FERRAJOLI, LUIGI, *op. cit.*, p. 400.

(13) ZAFFARONI, EUGENIO; ALAGIA, ALEJANDRO, SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal. Parte General*. Bs. As., Ediar, 2000, p. 952.

(14) *Ibid*, p. 125.

(15) Ver BINDER, ALBERTO, *Introducción al derecho penal*, Bs. As., Ad-Hoc, 1999.

(16) Ver JULIANO, MARIO, "La indefectible naturaleza indicativa de los mínimos de las escalas penales" y "Nuevos aportes a la naturaleza indicativa de los mínimos las escalas penales", en *Revista Pensamiento Penal*, n° 39 y 60, respectivamente [en línea], www.pensamientopenal.com.ar

(17) Ver DEVOTO, ELEONORA y GARCÍA FAGES, MERCEDES, "De los mínimos de las escalas penales y la irracionalidad de las respuestas punitiva. Un camino con un retorno posible", en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Bs. As., Lexis-Nexis, n° 11/2007, 2007, p. 2172.

(18) Ver QUIÑONES, RUBÉN, "Sobre la eficacia imperativa o indicativa de los mínimos de las escalas penales", inédito.

Estas páginas han sido sólo unas breves notas tendientes a colaborar en el debate sobre un aspecto central, aunque habitualmente invisibilizado, de la práctica cotidiana del sistema penal. Es imprescindible que los operadores judiciales procuremos visibilizar aspectos oscuros para tratar de caminar a contramano de quienes, todo el tiempo, nos invitan a no pensar. En ese sentido, recuperar unas palabras de Arturo Jauretche me parece la mejor forma de concluir estas notas provisionales e inconclusas.

“Me acusan de falta de ecuanimidad, de excesiva pasión en mis polémicas... pero, en cambio, son ellos las víctimas de un estado de conciencia que les impide toda ecuanimidad. La niña que se ha criado entre sábanas de Holanda cree que es una tortura la molestia que le ocasiona el mínimo remiendo de las mismas. Ignora que una enorme cantidad de niñas no conocen la Holanda, ni el bramante, ni siquiera la arpillera. Y cuando lo sabe, supone que este es un dictado de la Divina Providencia y que todo el problema consiste en que desaparezcan los remiendos en las sábanas de las niñas que se acuestan entre Holandas (...) Olvidan que estamos bajo la ley del embudo y terminan por creer que lo angosto del mismo no existe aunque pase por allá la casi totalidad del país (...) Con una sensibilidad de pétalos de rosas consideran falta de ecuanimidad la menor violencia, así sea verbal, de los oprimidos, del país oficialmente inexistente, pero sobre el que carga el peso de todos los sacrificios y responsabilidades. El país debe ser austero, prudente, amoroso, mientras les desborda la grasa a los que, colocados en lo ancho del embudo, gozan de todos los privilegios, ejercen el monopolio de los derechos cívicos y sociales y pueden injuriar y calificar sin comprometer la famosa “conciliación de la familia argentina”.⁽¹⁹⁾

(19) JAURETCHÉ, ARTURO, *Las Polémicas*, Bs. As., Colihue, 2009.

Una propuesta para limitar el uso de la prisión preventiva⁽¹⁾

por **SANTIAGO MARTÍNEZ**⁽²⁾

I |

En el marco de este Congreso que tiene como finalidad hacer un reconocimiento a los aportes del profesor Eugenio Raúl Zaffaroni, me quiero ocupar de uno de los temas que, sin lugar a dudas, genera gran preocupación en la doctrina: la prisión preventiva.⁽³⁾ El tenso equilibrio que existe entre el principio de inocencia, la necesidad de asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley penal parece romperse frente a la demanda social de mayor seguridad y castigo. Como consecuencia, el encarcelamiento cautelar tiende a responder a otros fines diferentes de aquéllos (v. gr. reestablecer la tranquilidad social, readaptar al imputado o evitar que éste cometa nuevos delitos)⁽⁴⁾ y, de esta manera, se proporcio-

.....

(1) Quiero agradecer a los integrantes del Centro de Estudios de Ejecución Penal, especialmente a los profesores Cristina Caamaño y Sergio Delgado, por la invitación para esta importante actividad.

(2) Abogado (UBA). Auxiliar docente del Departamento de Derecho Penal y Procesal Penal, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UBA). Investigador del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP).

(3) Sobre el otro tema que convoca este panel, la prisión perpetua, los profesores Mario Juliano y Adrián Albor han expuesto de manera muy clara y precisa cuáles son los problemas que presenta la institución.

(4) CAFFERATA NORES, JOSÉ I., *La excarcelación*, 2ª ed., Bs. As., Depalma, 1988, t. I, p. 33.

na a la ciudadanía la sensación de que, con su imposición, se soluciona el problema o, por lo menos, se lo reduce.⁽⁵⁾

Esta situación genera que su uso sea abusivo y, en lugar de ser la última medida de coerción a la que se debe recurrir, los jueces aplican el encarcelamiento procesal de manera generalizada e indiscriminada. Así, entonces, la prisión preventiva deja de responder a su finalidad —resguardar los fines del proceso— para convertirse en un adelanto de pena.

Ahora bien, este no es un problema actual ni exclusivo de la República Argentina. En el año 1983, el Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD) advertía que el número de presos sin condena en América Latina y el Caribe, en sistemas que seguían el sistema continental europeo, ascendía en promedio a 68,47%.⁽⁶⁾ Esta cuestión se mantiene en la actualidad, de hecho, generó que en el año 2012, un número importante de organizaciones no gubernamentales, que se nuclearon en una red, presentaran un informe ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁽⁷⁾ para denunciar esta práctica.

Pero, además hay una circunstancia que en la actualidad ha resultado fundamental para agudizar esta problemática. Los procesos de contrareforma generaron constantes cambios legislativos que, teniendo en miras fundamentos punitivistas, terminaron por limitar el derecho que tiene el imputado de transitar el proceso en libertad.⁽⁸⁾

(5) ZAFFARONI, EUGENIO R., "La creciente legislación penal y los discursos de emergencia", en AA.VV, *Teorías actuales en el derecho penal*, Bs. As., Ad-Hoc, 1998, p. 620.

(6) CARRANZA, ELÍAS et al, *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*, San José de Costa Rica, Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD), 1983, p. 22. Así, por ejemplo, dicha investigación arrojaba como resultado que en Argentina mantenían un rango cercano al 50% mientras que en Paraguay llegaba al 94,25% y en Bolivia al 89,7%.

(7) Ver [en línea], <http://www.oas.org/es/cidh/audiencias/Hearings.aspx?Lang=En&Session=129>

(8) El último ejemplo que podemos mostrar en nuestro país es el proyecto de ley que tiene sanción de los diputados de la provincia de Buenos Aires que limita la excarcelación para los casos de todos los portadores y/o tenedores de armas de fuego de cualquier calibre que intenten "eludir el accionar policial, evadir un operativo público de control o, de cualquier otro modo, desobedecer, resistirse o impedir el procedimiento". Un análisis sobre la temática en PENNA, CRISTIAN D., "Proyecto de reforma del art. 171 del CPP de la Provincia de Buenos Aires sobre denegatoria de excarcelaciones: crónica de una inconstitucionalidad anunciada", en *Revista electrónica Pensamiento Penal* [en línea], <http://www.pensamiento->

Todo este contexto llevó a que desde el Instituto de Estudios en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) encaráramos una investigación acerca de cuál es el estado de la prisión preventiva en Argentina,⁽⁹⁾ recabáramos datos acerca de cómo se dicta la medida cautelar y elaboráramos una propuesta cuya finalidad es “cercar” al encarcelamiento procesal. A continuación, realizaré algunas consideraciones acerca de algunos de los componentes de la investigación para concluir con una propuesta concreta.

2 |

El primero de los componentes de la investigación sobre el que quiero realizar algunas consideraciones es el “teórico”. Allí, se realizó básicamente un análisis doctrinario sobre el encarcelamiento cautelar. En esta dirección, se señaló que tradicionalmente la doctrina clasificó los fundamentos y circunstancias que toman los códigos procesales para autorizar el dictado de la medida cautelar más gravosa en dos criterios: los sustancialistas y los procesalistas.

En la primera concepción, la prisión preventiva “ha encontrado una fuerte recepción legislativa y aún no se ha podido desterrar por completo”.⁽¹⁰⁾ Su origen lo encontramos en la asimilación deliberada a la pena, ya que se le atribuyen las mismas funciones, de forma tal que se la entiende como un fin en sí mismo. De este modo, se le imprime el carácter de sanción previa que toma a la imputación como un hecho probado y la mera acusación como una sentencia previa.

En este esquema, se la utiliza como justicia inmediata y se distorsiona la visión que la sociedad tiene del instituto. Esto se advierte cuando al encie-

penal.com.ar, Sección Procesos de reforma; JULIANO, MARIO A., “¿El estado bonaerense puede modificar la ley de excarcelaciones para restringir sus alcances?”, en *Revista electrónica Pensamiento Penal* [en línea], <http://www.pensamientopenal.com.ar>, Sección Procesos de reforma. También ver “Comunicado APP. Excarcelaciones. no reiterar experiencias fracasadas” [en línea], <http://www.pensamientopenal.org.ar/comunicado-app-excarcelaciones-no-reiterar-experiencias-fracasadas/>

(9) INECIP, “El estado de la prisión preventiva en la Argentina. Situación actual y propuestas de cambio” [en línea], <http://www.inecip.org>. La investigación contó con el apoyo financiero de *Open Society Foundations*.

(10) SERGI, NATALIA, “Límites temporales a la prisión preventiva”, en *Nueva Doctrina Penal* 2001/A, Bs. As., Editores del Puerto, 2001, p. 115.

rro cautelar se lo presenta como un éxito de la investigación y se deja en un segundo plano al proceso penal en sí mismo. Así, la libertad durante el proceso penal es una excepción y se la traduce como sinónimo de impunidad mientras que la prisión preventiva es utilizada como instrumento de política de persecución penal “eficaz”.

El criterio sustancialista se encuentra presente cuando la legislación regula tanto la procedencia de este instituto como la denegatoria de la excarcelación a través del monto de la pena en expectativa, el tipo de delito imputado, la extensión del daño causado, los medios empleados, si el delito no prevé pena de ejecución condicional, las circunstancias o características personales y la repercusión social del hecho. También, responden al criterio sustancialista la posible declaración de reincidencia, la reiteración delictiva, la existencia de causas en trámite o la concesión de excarcelaciones anteriores.

Este criterio, asimismo, asimila la prisión preventiva a una medida de seguridad. En este supuesto, se establece que el encarcelamiento tiene como finalidad evitar que se persista en el delito⁽¹¹⁾ o su reiterancia, o bien satisfacer la necesidad de “defensa social” contra la peligrosidad del sospechoso.

Los códigos procesales que siguen esta tendencia establecen presunciones *iure et de iure* de la aplicación de la prisión cautelar y su aplicación automática no permite alegar ninguna circunstancia para revertir la determinación legal, ni resolver el caso conforme sus particularidades. Esta situación, no sólo libera a la fiscalía de la obligación de demostrar por qué el imputado debe estar privado de su libertad durante el proceso, sino que la defensa, por más que alegue alguna circunstancia objetiva (arraigo), no tendrá ningún efecto por la restricción normativa.

Frente a los abusos que se produjeron a la luz de los criterios sustancialistas, la doctrina postuló una interpretación diferente para que el encarcelamiento procesal sea excepcional. Así, se parte de la base de que es una medida cautelar cuyo fin no es sancionar al imputado. Cafferata Nores afirma que la prisión preventiva tiene la finalidad cautelar de neutralizar los graves peligros que se pueden cernir sobre el juicio y tiende únicamente a

(11) CLARIA OLMEDO, JORGE A., *Tratado de derecho procesal penal*, Bs. As., Ediar, 1966, T. V, p. 329.

asegurar la comparecencia del acusado en el acto del juicio o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.⁽¹²⁾ Por eso, no constituye un fin en sí mismo, sino que es un medio para asegurar otros fines, que son los del proceso.

Ahora bien, como se trata de una medida cautelar para poder proceder se deben dar conjuntamente dos presupuestos: a) la verosimilitud en el derecho y b) el peligro en la demora.

En relación a la verosimilitud del derecho (*fumus bonis iure*) o exigencia de mérito sustantivo, es necesario que concurren elementos de convicción suficientes que permitan afirmar que existe una sospecha de que el imputado es el autor —o partícipe— del hecho investigado (alto grado de probabilidad) y, en consecuencia, que se llevará adelante el juicio oral y público en su contra. Se requiere, entonces, de una imputación válida y fundada en la prueba que aportó el acusador.

Respecto al segundo de los presupuestos habilitantes, el peligro en la demora, se deben dar ciertas circunstancias o características que demuestren que existe un estado de probabilidad prevaeciente de que el imputado atentará contra los fines del proceso.

Desde la doctrina, ya hace bastante tiempo se explica que existen sólo dos motivos: el entorpecimiento de la investigación y el peligro de fuga.⁽¹³⁾ De tal forma, sólo en aquellos casos en los que la libertad del imputado pueda obstruir la averiguación de la verdad —ya sea falseando o destruyendo prueba o amedrentando testigos—o existan elementos que pongan en peligro la aplicación de la ley penal en el caso concreto (fuga),⁽¹⁴⁾ se autoriza la medida de coerción más gravosa.

(12) CAFFERATA NORES, JOSÉ I., "La entidad de la amenaza penal emanada del delito atribuido ¿justifica por sí sola la imposición del encarcelamiento del imputado durante el proceso?", en *Jurisprudencia Argentina*, Bs. As., Lexis-Nexis, 19 de mayo de 2004, p. 3.

(13) De hecho, esta es la postura que tomó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Verbistky", 3 de mayo de 2005.

(14) Sin embargo, existe una corriente que descarta al entorpecimiento de la investigación como un supuesto legítimo de la prisión preventiva, pues el Estado cuenta con suficientes medios para evitarlo y su ineficacia no puede jugar en contra del reo (ver BINDER, ALBERTO M., *Introducción al derecho procesal penal*, 2ª ed., Bs. As., Ad-Hoc, p. 199 y ss.; BOVINO, ALBERTO, "El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos", en AA.VV, *La aplica-*

El uso indebido de la prisión preventiva generó una distorsión significativa respecto a cuál es su finalidad. Tal es así que, desde el plano teórico, los abolicionistas de la prisión preventiva⁽¹⁵⁾ afirman que el criterio procesalista no cumplió con el objetivo de utilizar al encierro cautelar como una medida de *ultima ratio*. Sin embargo, que no se aplique en forma excepcional no tiene que ver con el fracaso de este postulado, sino con que la regulación procesal no lo receptó (a excepción de los códigos más modernos) y optaron por criterios sustancialistas o "sustancialismo encubierto".

De esta manera, la elección del legislador fue la que determinó y generó la confusión sobre el alcance adecuado del criterio procesalista, pues, como veremos, la determinación del peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación se midió a través de indicadores claramente sustancialistas. A esto último, se debe sumar que los operadores judiciales son responsables —salvo criterios aislados que suelen quedar en minoría— de convalidar ese abordaje, al interpretar al encarcelamiento cautelar —o las limitaciones a la excarcelación— a través de una aplicación legalista de las normas adjetivas, en lugar de realizar un análisis constitucional.

3 |

El segundo componente sobre el que quiero hacer algunas consideraciones es el "empírico". En la investigación tomamos cuatro jurisdicciones diferentes con modelos procesales distintos para comparar si la forma en la que se toman las decisiones tiene incidencia en el dictado del encarcelamiento preventivo.

.....
ción de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Bs. As., Editores del Puerto, 1997, p. 448 y ss.). En la legislación, este criterio lo encontramos en los arts. 227, 229 y 234 CPP República Dominicana.

(15) Ver AA.VV, *Abolicionismo de la prisión sin condena. Una corriente latinoamericana en el siglo XXI*, Bs. As., Editores del Puerto, 2011; en especial los trabajos de VITALE, GUSTAVO L., "Un proceso penal sin prisión (base mínima para el juicio justo y previo a la pena)", en AA.VV, *Abolicionismo de la prisión sin condena. Una corriente latinoamericana en el siglo XXI*, Ibid, p. 7 y ss. y MARIO A. JULIANO, "El fracaso de los esfuerzos reduccionistas y la estrategia abolicionista", en AA.VV, *Abolicionismo de la prisión sin condena. Una corriente latinoamericana en el siglo XXI*, Ibid, p. 265. Sobre esta posición no puede dejar de verse VITALE, GUSTAVO L., *Encarcelamiento de presuntos inocentes. Hacia la abolición de la barbarie*, Bs. As., Hammurabi, 2007.

La primera jurisdicción en la que se realizó el relevamiento fue el en sistema de la justicia nacional, que es regido por el Código Procesal Penal de la Nación. En este modelo, la prisión preventiva es tomada de oficio por el juez de instrucción junto al procesamiento, una vez que escuchó al imputado (art. 312 CPPN) mientras que la "contradicción"⁽¹⁶⁾ se produce en el marco del incidente de excarcelación. Es decir, se invierte la discusión y en lugar de analizar si el imputado debe transitar el proceso preso, se debatirá si tiene que hacerlo en libertad. La normativa, a su vez, no prevé otras alternativas que no sea la libertad caucionada.

En lo referido a los datos estadísticos, durante 15 días se relevaron 1/3 de los juzgados de instrucción existentes en la Ciudad de Buenos Aires y se pudo observar que de 69 resoluciones, 53 fueron prisiones preventivas y 16 eran solicitud de excarcelación. Los elementos de prueba valorados por los magistrados fueron, en forma combinada, el informe de antecedentes penales (69%), las circunstancias de la detención (62,5%) y el informe socio-ambiental (12,5%). A su vez, los mayores argumentos utilizados para decretar la medida o rechazar la excarcelación fueron, también en forma combinada, la gravedad de la pena, la posibilidad de que la condena no sea de ejecución condicional, la declaración de reincidencia, la existencia de excarcelaciones anteriores, las características del hecho y las condiciones personales del imputado. Esto da cuenta de que el CPPN sigue claramente criterios sustancialistas.

En segundo lugar, se llevó a cabo un relevamiento en la provincia de Santa Fe. Cabe recordar que en el año 2007 se aprobó un código acusatorio formal o de primera generación de la reforma, sin embargo, no se encuentra en plena vigencia. A través de la ley 12.912 se pusieron en funcionamiento algunos institutos, aunque en los restantes sigue rigiendo el vetusto ordenamiento procesal inquisitivo. En lo referido a la libertad, dicha norma sólo implementó alguno de los supuestos referidos a las medidas de coerción personal lo que generó algunas inconsistencias.

(16) En realidad no puede considerarse contradictorio la presentación de dictámenes en un incidente que se tramitará y resolverá por escrito. Ni siquiera se respeta la posibilidad de que la defensa —que solicitó la excarcelación— pueda contradecir los argumentos del fiscal que se opone a la libertad del imputado. De hecho, recién puede oponerse a ellos al momento de recurrir el fallo (MARTÍNEZ, SANTIAGO, "Prisión preventiva y audiencias preliminares. Las ventajas de la oralidad en su dictado y control", en *RDPyPP* 2009/2, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2009, p. 206, nota 37).

En lo que aquí interesa, durante el período de 15 días, se relevaron 80 resoluciones en las que se dispuso la prisión preventiva. Los indicadores más utilizados fueron que la pena sería de cumplimiento efectivo (73,75%), la magnitud de la pena en expectativa (35%) y los antecedentes penales (25%). Como dato llamativo se señala que en ningún caso se valoró, para el dictado de la injerencia, el informe socio-ambiental de los imputados y que los elementos más utilizados fueron las constancias del hecho y de la detención y el informe de antecedentes. Nuevamente, son los criterios sustancialistas los que predominan.

La tercera jurisdicción que relevamos fue Córdoba. Esta provincia tiene un código que puede ser catalogado como acusatorio formal o de primera generación de reforma, ya que el eje se concentró en la división de funciones acusatorias de las jurisdiccionales. Sin embargo, una de las actividades esenciales de la judicatura —decidir sobre la libertad del imputado— inexplicablemente quedó en cabeza de los fiscales. Así, entonces, el acusador es el que dicta el auto de prisión preventiva y, sólo frente a la oposición de la defensa, un juez interviene para verificar si la decisión es acertada.⁽¹⁷⁾

Durante el período ya indicado (15 días) se relevaron 52 prisiones preventivas y el principal criterio que las fundaron fue la improcedencia de una condena de ejecución condicional (86,27%). Por su parte, durante ese lapso temporal hubo 9 supuestos en los que la defensa se opuso a la medida cautelar y el órgano jurisdiccional ratificó 6 de ellas. Aquí también, y a pesar de encontrarnos en un modelo más moderno que los anteriores, los criterios sustancialistas son los que priman.

Por último, la cuarta jurisdicción que tomamos para el estudio fue Chubut. En este caso, el ordenamiento adjetivo provincial responde a un sistema acusatorio de segunda generación o adversarial. Esto implica un cambio sustancial en la forma en la que se gestiona el proceso, pues no sólo se separan las funciones acusatorias de las jurisdiccionales, sino que además se dividieron las tareas propiamente jurisdiccionales de las

(17) En el mismo sentido, se podría argumentar que los fiscales directamente impongan la pena que estiman adecuada y, en todo caso, los jueces podrán revisarla con posterioridad. Este ejemplo llevado al absurdo me parece que resulta ilustrativo del equívoco que presenta la norma procesal.

administrativas (incluyendo a la Oficina Judicial que se encarga de ellas) y, básicamente, desapareció el expediente y la oralidad se transformó en el eje central del proceso.⁽¹⁸⁾

El modelo prevé, en lo que aquí interesa, una audiencia de control de la detención en un plazo no superior a las 48 hs. en las que se discutirá oralmente su legalidad. El dictado de las medidas de coerción, también, se realizará en el marco de una audiencia la que podrá ser revisada, a través de ese procedimiento, en cualquier momento. A su vez, se prevén controles de oficio de los presupuestos habilitantes cada 6 meses. La discusión se circunscribe a la existencia de riesgos procesales, la información con la que discuten las partes generalmente proviene del Servicio Social de la Defensa Pública. Resulta interesante señalar que, la mayoría de los fiscales entrevistados, le otorgaron un alto grado de confiabilidad a estos estudios, lo que también evidencia un cambio en el paradigma del proceso.

En el plazo que duró el relevamiento, se observaron 121 audiencias. En una sola, el Ministerio Público Fiscal solicitó la prisión preventiva del imputado pero el juez interviniente rechazó su pedido. A su vez, de todas aquéllas, hubo 3 en las que se revisó la injerencia dictada previamente y, en 2 de ellas, el encarcelamiento cautelar fue revocado y sustituido por otras medidas de coerción. A esta información es necesario sumar otro dato, en esos 15 días ingresaron 273 casos entre los que encontramos delitos contra la integridad sexual, contra la propiedad y contra las personas. Esto nos permite afirmar que el grado de conflictividad que se vive en la provincia no es menor y, sin embargo, en esta jurisdicción se prefirieron salidas diferentes a la prisión preventiva.⁽¹⁹⁾

(18) Sobre la regulación de un proceso sin expediente ver GARCÍA YOMHA, DIEGO y MARTÍNEZ, SANTIAGO, "Lineamientos para una investigación desformalizada. El cambio cultural del expediente al legajo de investigación", en *Revista de Derecho Procesal Penal* 2011-1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2011.

(19) Esto es necesario aclararlo pues cuando se presentan los resultados de esa provincia se suele alegar que la realidad de Chubut en términos cualitativos y cuantitativos, no es trasladable a otras jurisdicciones. Esto es un claro argumento de resistencia a la reforma procesal penal encubierto, pues lo cuantitativo termina siendo proporcional con la cantidad de jueces, fiscales y defensores que posee cada jurisdicción y respecto a lo cualitativo los tipos de delitos que se comenten no difieren en nada de lo que sucede en el resto de las provincias.

Pese a las diferencias que existen entre los modelos, se puede concluir que sólo en la provincia de Chubut se advirtió un cambio cualitativo y cuantitativo. Al mismo tiempo, también, resultan llamativos los resultados que arrojaron las otras tres jurisdicciones, pues a pesar de responder a sistemas diferentes, los casos se resolvieron con fundamentos similares. Es decir, primaron los criterios sustancialistas o “sustancialistas encubiertos”. Por eso, las diferencias que existen entre el modelo Chubut y los otros no es casual, sino que es el resultado de una cantidad de factores que se dieron en esa provincia que evidencian un cambio cultural.

Finalmente, cabe señalar que la provincia de Chubut pudo revertir el número de presos sin condena y, en la actualidad, tiene en esa condición sólo al 20% de las personas privadas de su libertad. Esto no implicó una suba de la tasa de personas condenadas, porque el ordenamiento procesal cuenta con salidas alternativas a la pena que son utilizadas por los operadores.

4 |

A partir de la recolección de los datos acerca de cómo se toman las decisiones referidas a la libertad de los imputados durante el proceso penal, el INECIP elaboró una propuesta concreta que busca, como ya se dijo, limitar el uso abusivo de la prisión preventiva.

Como punto de partida, es necesario que se produzca una modificación normativa. Este es el primer elemento ineludible si se pretende un cambio cultural, ya que en la práctica la generalidad de los operadores judiciales aplica la prisión preventiva como regla y encuentran su justificación en la regulación de los códigos procesales y no en los principios constitucionales. Por lo tanto, el primer cambio debe operar sobre el contenido de las presunciones legales que determinan el peligro de fuga o el entorpecimiento de la investigación y se deben eliminar toda referencia a criterios sustancialistas. A su vez, es importante no mezclar los sistemas que regulan prisión preventiva y la excarcelación. Como ya se dijo, estos modelos responden a criterios diferentes, entonces, lo que se debe discutir es si el imputado debe estar preso durante el proceso, en consecuencia, sólo se debe regular el primero de los institutos.

Una vez que hemos dado este paso, existen ciertas reglas que, a mi modo de ver, y así lo proponemos en la investigación, resultan fundamentales a la hora de aplicar al encarcelamiento procesal como la última medida a la que se debe recurrir.

4.1 | Oralidad como método para la toma de decisiones

El primer elemento que se debe considerar es la necesidad de que el pedido de prisión preventiva y su control se realicen en una audiencia oral. La oralidad opera como un “mega principio” que permite la realización y materialización del derecho de defensa en juicio, el principio de contradicción, *onus probandi*, intermediación, etc. Sólo a través de ella se garantiza el mecanismo adecuado para discutir todas las cuestiones vinculadas con la aplicación de una medida cautelar. Existe un consenso generalizado de que el sistema escrito no garantiza fallos adecuados, impide ejercer el derecho a ser oído —pues se aplica el derecho a ser leído—, limita la posibilidad de presentar prueba y, en la mayoría de los casos, sólo se tiene una única posibilidad de alegar al momento de contestar la vista o el traslado. El sistema que se propone implica evidentes ventajas para todos los que intervienen. En primer lugar, para el juez que al conocer, escuchar y observar a las partes podrá dictar resoluciones de mayor calidad que le permitirá legitimar y jerarquizar su función frente a los ciudadanos. Para el fiscal y el defensor. La audiencia es el mejor escenario para realizar sus planteos y contradecir los de su adversario. Además, se aseguran que la decisión la toma el juzgador.⁽²⁰⁾

La oralidad —aplicada correctamente— demuestra que los criterios sustancialistas no tienen —o no deberían tener— lugar, pues la argumentación del fiscal respecto de que existe peligro de fuga por el monto de pena, el delito reprochado o por los antecedentes penales que posee el imputado, no constituye un argumento sólido, dado que carecerá de respaldo probatorio con relación a los riesgos procesales y resultará insuficiente e infundada.

(20) Al respecto, ver SORIA, PATRICIA, “Hablando se entiende la gente”, en AA.VV, *El proceso penal adversarial. Lineamientos para la reforma del sistema judicial*, Santa Fe, INECIP/Rubinzal-Culzoni, 2008, T. I, p. 251.

4.2 | Audiencia de control de la detención y solicitud de medida cautelar

Junto con la oralidad deviene la necesidad de regular el momento procesal en el que el fiscal debe solicitar la injerencia en el caso. En la mayoría de los códigos procesales modernos, cuando la persona se encuentra detenida, se establece un plazo entre 24 y 48 horas para que el Ministerio Público Fiscal requiera ante el juez la imposición de una medida cautelar. Esta audiencia suele ser la más importante en términos de protección de derechos y garantías, pues constituye el acto por excelencia donde se discutirán determinadas cuestiones. En los sistemas más retrasados se produce avanzada la investigación o en el juicio oral.

La audiencia se suele denominar “control de la detención y/o formulación de cargos”. En ella, se discutirá en primer lugar si la detención de la persona fue legal (por ejemplo, como consecuencia de la detención producida en la vía pública, en un allanamiento, etc.). Constituye, entonces, el primer acto procesal que materializa el principio de inmediatez al controlar la actividad policial o del Ministerio Público Fiscal. A su vez, permite una discusión de calidad sobre el cumplimiento y respeto de los derechos que le asisten a todo ciudadano. Opera, entonces, como presupuesto previo para avanzar en la investigación y, en su caso, disponer el encierro.

En segundo lugar, en esa misma audiencia, el fiscal deberá efectuar la formulación de cargos (o la formalización de la investigación) ante el juez y el imputado, como así también requerir la medida cautelar que pretende. El efecto que genera ese acto —en términos generales— es reglamentar que la prisión preventiva es el único estándar permitido si la persona se encuentra presa durante la investigación.

En el devenir histórico de nuestras prácticas judiciales, una de las mayores afectaciones que se produjo durante el proceso penal, en términos de privación de la libertad, fue tener la condición de “detenido” y no de “preso preventivo”, durante períodos prolongados. Esto último, fue producto del incumplimiento de los preceptos legales de dictar la medida de coerción junto con el procesamiento en los tiempos que marcaban los códigos procesales o con la resolución tardía del dictado de la prisión preventiva, en aquellos códigos de primera generación de reforma. En ambos supuestos, la persona se encontraba “detenida” sin una declaración formal que

la sujetara al proceso. Se trata, entonces, de “pequeñas y distorsionadas prisiones preventivas”, pero con estándares mucho más flexibles.

4.3 | A petición de parte

Aunque parezca una obviedad, la solicitud de la prisión preventiva debe ser a pedido de parte y resuelta por un juez. Así, se rompe con la lógica actual, tanto de aquellos modelos en que la dispone el juez de oficio, sin sustanciación (sistemas mixtos), como con la de los códigos que habilitan a que la medida cautelar sea dispuesta por el fiscal. Esto ordena el rol procesal que le corresponde a cada actor y garantiza la imparcialidad del juez. Los sistemas en los que se dicta de oficio ponen en jaque el derecho de defensa en juicio, pues, es a través del principio de contradicción, que se circunscribe el objeto a resolver y los elementos que respaldan las distintas posturas.

En concreto, genera que la parte que requirió la medida cautelar deba demostrar cada uno de los elementos exigidos y la defensa refute ese abordaje o proponga un examen diferente del caso.

4.4 | *Ultima ratio*, subsidiariedad y gradualidad de las medidas cautelares

Tradicionalmente, la doctrina se refiere a la prisión preventiva como subsidiaria de las demás medidas cautelares. Por lo tanto, la normativa requiere, en primer término, que existan otras diferentes a ella para que el operador pueda recurrir en su lugar. Sin embargo, cuando eso se vuelca en los códigos encontramos que se habla de “prisión preventiva” y “alternativas a la prisión preventiva”. Esta cuestión semántica no es menor, pues en realidad, lo que esconde es la tradición inquisitorial que considera al encarcelamiento como la primera medida a la que se debe recurrir y, si ella no es necesaria, entonces habrá que analizar las demás.

Para evitar este problema, en el catálogo gradual y unificado de medidas cautelares (incluida en último término la prisión preventiva) se debe establecer la obligación de que el fiscal explique las razones por las cuales no resulta apropiado, ni suficiente la aplicación de cada una de ellas. Es decir,

efectuar un análisis de la menos lesiva a la más gravosa, lo que implica un estudio diferenciado y pormenorizado de aquéllas. Poco sirve prever un catálogo si el Ministerio Público Fiscal solicita directamente la prisión preventiva sin explicar, previamente, las razones por las que las otras no son idóneas para evitar la fuga o el entorpecimiento.

Esta exigencia permitirá instalar en los operadores judiciales el deber de evaluar si los riesgos procesales pueden ser neutralizados a través de diferentes medidas y desalentar la utilización del encierro cautelar como primera opción. También, garantizará el ejercicio adecuado del derecho de defensa en juicio, pues ese análisis escalonado y gradual (de la menos lesiva a la más gravosa) permitirá a la defensa alegar y centralizar la discusión en alguna cuestión en concreto.

Finalmente, se comenzará a dar un papel más preponderante a las medidas cautelares no privativas de la libertad que hoy en día son utilizadas en forma subsidiaria a la prisión procesal.

4.5 | Duración de la medida

Luego de solicitar al fiscal el encierro cautelar, tiene la obligación de explicar el tiempo estimado que durará la medida y acreditar su proporcionalidad y razonabilidad. La proporcionalidad en este aspecto no se vincula con la sanción a imponer, sino con la investigación y duración del proceso penal, lo que implica discutir si es racional.

En la actualidad, la mayoría de los sistemas legales no prevén este requisito y la razonabilidad del tiempo de encierro se define por los plazos abstractos y máximos previstos en la ley. Esto genera que el sistema se termine relajando, pues mientras se encuentre dentro de los plazos legales la detención será considerada “válida”.

Al establecer plazos en abstracto se exige al fiscal de rendir cuentas de los avances de la investigación y de la necesidad de que la medida subsista. El hecho de que aquél explique el plazo que necesitará para recabar los elementos para fundar su acusación y llevar la causa a juicio, lo obliga a efectuar un examen más exigente sobre su necesidad “real”. La consecuencia es que el juez, al momento de dictar la medida, fijará el plazo de duración y, previo a ello, la defensa podrá pedir su reducción.

La segunda cuestión, se relaciona con las consecuencias del incumplimiento de dicho término que se vincula con la necesidad de fijar controles *ex ante* y no *ex post*, como sucede actualmente. El sistema que protege a la persona presa sin condena debe, necesariamente, funcionar con certeza y eficacia. Sólo reunirá estos requisitos si el Estado reacciona en forma inmediata cuando se afecta ese derecho.

El sistema de controles *ex post* de la prisión preventiva no cumple con esa finalidad, pues más allá de las modificaciones que se efectuaron a la ley 24.390, lo cierto es que analizar con posterioridad si el tiempo que “ya cumplió” una persona en prisión preventiva fue excesivo carece de lógica y al mismo tiempo de efectividad. Tampoco se puede establecer cuál fue el tiempo concreto que cumplió en exceso, dado que el plazo legal absorbe cualquier cuestión particular. De esta forma, fijado el plazo judicial de duración de la medida, una vez que opera su vencimiento, no queda otra respuesta que disponer su libertad.

4.6 | Lugar de detención

Otra de las cuestiones necesarias para la reducción de este instituto es garantizar la discusión sobre los lugares de detención. Este requisito no suele ser objeto de debate, pese a que tiene consecuencia directa en la situación carcelaria de nuestro país. El problema es similar al del plazo razonable, pues el sistema genera controles *ex post* en lugar de generar exámenes en forma previa sobre las condiciones de detención. Esto es así, porque una vez que se ordena la prisión preventiva y la persona es trasladada a lugares que no reúne los estándares legales, recién allí se interpone el *habeas corpus* para revertir esa situación.

La realidad de nuestro país demostró que —lejos de ser un problema aislado— la disposición de personas en lugares diferentes a las unidades penitenciarias opera en forma sistemática en muchas jurisdicciones. Se instaló como una práctica institucional alojar a los presos preventivos en comisarías, alcaldías, destacamentos militares, etc. Si la persona es detenida en un lugar que no reúne los estándares internacionales ni lo previsto por la ley 24.660 (respecto a las condiciones y requisitos que deben cumplir los establecimientos carcelarios), la medida dispuesta resulta ilegítima.

Si bien este tema posee varias aristas, podemos decir que entre los mayores problemas se encuentra la inexistencia de una ley de cupo (que establezca el

límite de detenidos y los mecanismos para revertir la superpoblación) y la discusión sobre la atribución de responsabilidades entre el Poder Ejecutivo y el Judicial (respecto de quién es el responsable de esa situación). Con relación a este último aspecto, existe una premisa que es bastante clara: la superpoblación se presenta —y consecuentemente, el ingenio perverso de encontrar alojamientos no aptos para esos fines— porque el Poder Judicial dispone el encierro de personas más allá de lo que el sistema carcelario puede soportar.

Por lo tanto, se propone que el fiscal deba explicar en la audiencia oral dónde será alojada la persona y si ese lugar reúne las condiciones. Así se garantiza a la defensa adelantar los problemas (cuestionando la legitimidad de la medida si el lugar de destino no es el adecuado) y asegurarse de que no se vulnerarán los derechos de su defendido.

4.7 | Producción de información

La última de las propuestas hace foco en uno de los problemas que se observó en el relevamiento empírico y se refiere a la ausencia de prueba para discutir la procedencia de los riesgos procesales. Al preguntar a los operadores judiciales sobre qué elementos probatorios se tenían en cuenta para aplicar la prisión preventiva, se hizo referencia a los antecedentes penales. Este aspecto resulta vital si se quiere modificar la concepción de este instituto, pues lo cierto es que, aun cuando se prevea la oralidad para la toma de decisiones, si no se garantiza y determina qué elementos se van a recabar para la discusión, se corre el riesgo de que el sistema se relaje y repita las prácticas que se pretenden eliminar.

En este esquema, cobra vital importancia la implementación de las Oficinas de Medidas Alternativas y Sustitutivas (OMAS) que tienen establecidas dos funciones diferentes. Por un lado, recabar elementos al momento de la detención sobre determinadas cuestiones vinculadas al imputado y proceder a constatarla por distintos medios a los efectos de entregar datos confiables e información de calidad. Ese informe deberá ser presentando a las partes para que en la audiencia discutan los puntos que consideren necesarios y evaluar la medida que pueda resultar adecuada.

La otra actividad de la oficina se relaciona con el control las medidas cautelares no privativas de la libertad, a los efectos de garantizar que aquéllas

serán supervisadas. Esta cuestión tiene incidencia en dos sectores distintos. Por un lado, los jueces estarán más tranquilos al momento de escoger una de ellas, pues tendrán conocimiento de que hay un control de las pautas que debe seguir el imputado durante el proceso. Por el otro, la sociedad sabrá que esa libertad que obtiene la persona no es sinónimo de impunidad porque habrá un organismo que está realizando un seguimiento del cumplimiento de las obligaciones asumidas.

5 |

Por último, existen dos cuestiones de la investigación que pretendo resaltar brevemente. En primer lugar, se tomó contacto con tres jueces⁽²¹⁾ que, en su momento, gestionaron en sistemas mixtos. La experiencia que nos han contado es muy interesante porque ellos mismos han vivido lo que implicar toma una decisión en materia de libertad con sistemas escritos y orales.

Si se analiza cada una de las repuestas que nos dieron, se verá cómo remarcaron y destacaron la diferencia que existe, en términos de calidad, en la decisión entre uno y otro modelo. Los entrevistados hicieron fuerte hincapié en que en los sistemas escritos abundan las “planchas”, la delegación de funciones y que el encierro opera como regla frente al monto de la pena en expectativa; mientras que la oralidad no sólo que sehumaniza el proceso y genera mayor transparencia en las resoluciones, sino que además coloca la prisión preventiva efectivamente como una medida cautelar, ya que en las audiencias la discusión se circunscribe a determinar la verdadera existencia de riesgos procesales. A su vez, indicaron que a través de las audiencias de control se verifica la actividad del fiscal que solicitó su imposición, en qué estado se encuentra su investigación y la necesidad de prorrogar el encierro.

Como se observa de este breve relato, estos magistrados que están gestionando sistemas adversariales han tomado dimensión real del problema que presenta esta injerencia y del papel que cumplen al dictarla.

(21) Entrevistamos a los jueces Roberto Adrián Barrios (Juez Penal de la circunscripción judicial de Trelew, provincia de Chubut), Guillermo Morosi (Juez de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires) y Alberto Funes Palacios (Juez de Garantías de la jurisdicción de Concordia, provincia de Entre Ríos).

El otro aspecto que me interesa señalar es el referido a los medios de comunicación. No estoy diciendo nada nuevo cuando afirmo que son ellos los que fijan la agenda política y los que forman la opinión pública. Por eso, en esta materia resulta fundamental que se sigan estrictos criterios para informar correctamente a la sociedad sobre los alcances de la medida cautelar.

En el informe se hizo un seguimiento de tres matutinos de edición masiva para ver cómo relataban el dictado de prisiones preventivas y luego, gracias al enorme trabajo que compila la revista Pensamiento Penal,⁽²²⁾ pudimos analizar qué decían los periódicos cuando una persona que había estado encarcelada cautelarmente, era absuelta. Toda esta información nos permitió concluir que las noticias se presentan, para el primer supuesto, como “justicia inmediata vs. impunidad” mientras que, para el segundo, como los errores judiciales. Esto quiere decir, que nunca se cuestiona la existencia del instituto ni su uso indiscriminado.

Por ello, en la investigación se hacen algunas propuestas tales como cursos de capacitación para periodistas, la elaboración de algún protocolo para la presentación de los casos y la existencia de oficinas que se encarguen de explicar el alcance de las decisiones con el objeto de que el ciudadano reciba la información correctamente.

6 |

Al comenzar esta exposición sostuve que la prisión preventiva es un mal generalizado en toda América Latina y que su utilización abusiva requiere de herramientas que efectivamente limite su dictado. Desde INECIP creemos que la propuesta que se efectuó resulta un mecanismo útil para cercar al encarcelamiento cautelar y reducir su uso actual.

Sin embargo, para que no sea tan sólo una “victoria pírrica”, resulta fundamental trabajar con los operadores del sistema. Las reformas exclusivamente normativas han fracasado, pues los actores las rechazan, las neutralizan o las adaptan a la vieja lógica.⁽²³⁾ Por eso, el verdadero problema no consiste en que se aprendan nuevas normas, sino en que se abandonen

(22) En línea: <http://www.pensamientopenal.com.ar/secciones/banco-infamia>

(23) NUSSBAUM, ARTHUR: *Rechtstatsachenforschung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1968, p. 24.

las ideas arraigadas.⁽²⁴⁾ De este modo, la capacitación juega un papel fundamental.

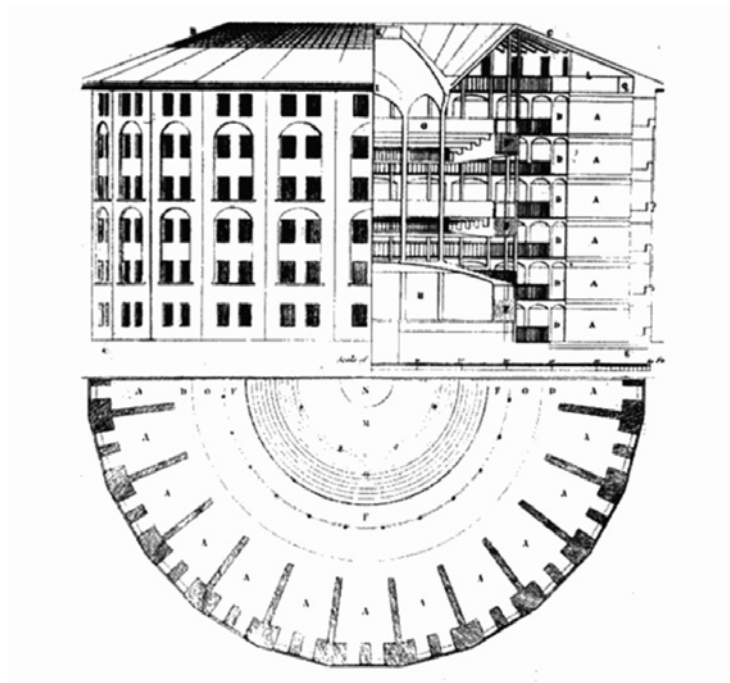
En esta dirección, resulta imprescindible que quienes gestionan el proceso penal entiendan que se trata de una medida de coerción y no de "justicia inmediata"; que busca resguardar los fines del proceso y que no es una pena anticipada; y por sobre todo, lo gravoso que resulta para quien la sufre. En definitiva, que comprendan que, como se ha dicho con razón,⁽²⁵⁾ en la prisión preventiva se juega el Estado de derecho.

(24) BAYTELMAN ANDRÉS, "Capacitación como fútbol", en *Sistemas Judiciales* n° 1, Bs. As., INECIP/CEJA, Bs. As., 2001, p. 47.

(25) PASTOR, DANIEL R., "Escolios a la ley de limitación temporal del encarcelamiento preventivo", en *NDP 1996/A*, Bs. As., Editores del Puerto, 1996, p. 286; "El encarcelamiento preventivo", en AA.VV, *El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, Bs. As., Del Puerto, 1993, p. 62.

La Arquitectura Carcelaria

por **MARLON CÉSAR MARTÍNEZ**⁽¹⁾



I | Introducción

El presente trabajo es un enfoque rápido y sencillo de lo que, entendemos, obedece a la arquitectura carcelaria; a partir de la observación de los pocos y dispersos factores que convergen cuando una persona está

(1) Administrador Documental por el Tecnológico de Antioquia Medellín Colombia; Abogado Penalista, Miembro del CEEP Facultad de Derecho (UBA).

privada de la libertad, tanto en el servicio penitenciario federal como en el servicio penitenciario bonaerense.

Desde esta perspectiva, hemos intentado reflexionar sobre lo que consideramos una adecuada infraestructura carcelaria. Es decir, lo que entendemos que corresponde a una optimización de la **arquitectura de una cárcel**, teniendo en cuenta que dentro de ellas trabajan personas y, además, están aquellas otras personas que cumplen una pena.

Esperamos, entonces, que la dinámica de la presentación sea agradable y, sobre todo, comprensible, de la que surja una reflexión para alcanzar una verdadera política carcelaria en pos del cumplimiento y respeto de los derechos humanos, en especial de las personas privadas de su libertad. Pretendemos que, de ahí en adelante, los complejos carcelarios sean lo más adecuados posible, cumpliendo en rigor todas las características que mencionaremos.

2 | ¿De qué hablamos cuando hablamos de Cárcel?

2.1 | Asomándonos a la prisión

Nos introduciremos mencionando algunos aspectos generales referidos a la **cárcel**.

Actualmente, muchos países, especialmente todos aquellos que gozan de una adecuada salud democrática y en donde prevalece el **sistema republicano**, la única autoridad competente que puede ordenar debidamente y bajo los parámetros de la legalidad el encarcelamiento de una persona es la **Justicia**.

En nuestro país, ésto sólo podrá suceder bajo la modalidad —más allá de las circunstancias propias de cada situación en las detenciones en **flagrancia**, como también cuando es solicitada por medio del **Ministerio Público Fiscal**—, y única forma, **constitucional**. Una persona puede ser privada de su libertad ambulatoria bajo una expresa orden judicial debidamente fundada por un **juez competente**. Lo más importante es que

sólo y únicamente un juez competente es quien tiene la potestad legal mediante un pronunciamiento y es quien está habilitado a privar de la **libertad a una persona**. Ésta, luego, tiene la obligación de cumplir el periodo de prisión en un establecimiento público carcelario.

Según estudios realizados por el Centro Internacional de Estudios de las Prisiones del *Kings College London*⁽²⁾ el país con mayor número de presos —es decir, personas privadas de su libertad— en nuestro **continente americano** es los Estados Unidos. Su tasa es mayor a los 700 presos por cada 100.000 habitantes.

Es una cifra bastante alta para un solo país. Pero Estados Unidos puede absorber toda esa población ya que cuenta con toda una política criminal y un presupuesto bastante envidiable en comparación con los pequeños y, sobre todo, frágiles presupuestos del resto de los países de la región; pese a compartir similares crímenes y delitos, como por ejemplo delitos contra la propiedad —robo y hurtos, algunas estafas—, los homicidios y uno internacional —el narcotráfico—.

Según las estadísticas del Centro de Estudios de Prisiones,⁽³⁾ Argentina, actualmente, presenta una tasa de entre 100 y 150 personas privadas de su libertad por cada 100.000 habitantes. Si bien en comparación con Estados Unidos dicha cifra es bastante baja, aun lo es comparada con países como Brasil y México; cuyas estadísticas muestran que sus tasas rondan entre los 150 y 200 presos por cada 100.000 habitantes.⁽⁴⁾

Según el Departamento de Censo⁽⁵⁾ de Estados Unidos —uno de los cuatro países con mayor población carcelaria del mundo— para el Gobierno Federal Americano, el mantenimiento y costo en promedio por cada uno de sus 2,2 millones de presos es de 27.300 dólares por año y unos 2275 dólares por mes. Su presupuesto anual penitenciario es de unos 60.000 mil millones de dólares.

(2) [En línea], www.prisonstudies.org

(3) *Ibid.*

(4) *Ibid.*

(5) [En línea], www.census.gov

Mientras Estados Unidos tiene y mantiene esos costos por preso, estamos convencidos de que en América Latina no se llegaría a esa cifra ni siquiera considerando a varios países a la vez.

3 | ¿Qué es la cárcel? ¿Y la penitenciaría?

Es preciso que brindemos las siguientes definiciones, aunque más no fuera de manera sucinta:

Cárcel: “Edificio público destinado a la custodia o seguridad de los detenidos o procesados a disposición de la justicia y contraventores remitidos por la jefatura de policía”.⁽⁶⁾

Penitenciaría: “Establecimiento público donde se cumplen las penas”.⁽⁷⁾

Es importante mencionar los distintos postulados sobre el diseño, construcción, adecuación y todas las condiciones y administración que deberían cumplir las distintas unidades penales pertenecientes a los distintos servicios penitenciarios federales y provinciales.

Arquitectura y legalidad: La denominada “Arquitectura legal” —llamada así por la escasa literatura, doctrina y literatura jurídica— hace referencia al “conjunto de leyes y reglamentos que rigen la propiedad y la profesión, además involucra el conocimiento del Derecho Penal, del Político, del Administrativo y parte del Civil, reglamentos de Contabilidad y Economía Política”.⁽⁸⁾

Lo anterior muestra la pobreza de las pautas que brinda la Arquitectura al Derecho Penal y a sus edificaciones que “han sido encaradas por la Arquitectura con un carácter francamente secundario”.⁽⁹⁾

(6) MORENO RODRÍGUEZ, ROGELIO, *Diccionario de Ciencias Penales*, Bs. As., Ad-Hoc, 2001.

(7) *Ibid.*

(8) GIORGI, ARNALDO, “La Arquitectura Penitenciaria”, en *Revista penal y penitenciaria*, vol. 2, n° 15, 1937, p. 617.

(9) *Ibid.*, p. 617.

El estudio de la Arquitectura abarca un campo muy vasto de disciplinas. De ahí que dentro de la misma se encuentre la **Arquitectura Penitenciaria** como una de sus especialidades. Ésta contiene:

- La Historia, que se ocupa de la historia de las cárceles.
- La Sistemática Constructiva, que refiere a los distintos tipos de sistemas de construcción, por ejemplo radial, paralelo, circular, etc.
- La Administración, que implica gobernar o cuidar y puede llevarse de diferentes formas lque dependen de la sistemática constructiva.
- La Geografía, que refiere a la ubicación de los establecimientos penales.
- La Higiene, que “tiene influencia directa en toda construcción en lo referente a la distribución del predio y el impacto en la higiene de sus habitantes”⁽¹⁰⁾

4 | Sobre el Pabellón Celular

Es un gran paralelepípedo con ventanas a ambos lados y celdas en cada uno de los pisos, que desembocan en el corredor central o espina.

Según se aseguren las celdas, los pabellones celulares se clasifican en tres tipos:

- Celdas interiores;
- Celdas semi-extteriores o mixtas;
- Celdas exteriores.

a) **Celdas interiores:** Se construyen con muros posteriores enfrentados y separados por un angosto corredor que lleva las columnas sanitarias, los conductos eléctricos, los de la calefacción, los ventiluces. Los frentes de las celdas están separados de los muros exteriores del pabellón y sus respectivos ventanales mediante un ancho corredor de tres a cuatro metros y medio.

b) **Celdas semi-extteriores o mixtas:** las entradas de las celdas están enfrentadas, separadas entre sí por el ancho corredor de recreo de tres metros de anchura más o menos. Las caras posteriores de las celdas se

(10) *Ibid.*, p. 618.

encuentran separadas del muro exterior del pabellón por un angosto corredor de guardas del que están separadas mediante un enrejado.

c) **Celdas exteriores:** éste es el tipo común y tradicional de pabellón celular. Pues tiene un corredor central con celdas a ambos lados en contacto con el muro del pabellón. Las columnas sanitarias, al igual que en el caso anterior, se disponen a razón de una por cada dos celdas contiguas y sobre el muro del corredor.

5 | La Celda: un lugar cotidiano para el interno

Éste es el elemento básico del partido y la unidad carcelaria, en donde el recluso pasará la mayor parte de su condena durante su estadía en prisión. De su eficiente proyecto dependerá, no sólo la arquitectura del conjunto sino también, lo que es mucho más importante, gran parte de la influencia moral del instituto penitenciario sobre el espíritu del recluso. Algunas veces las celdas se construyen enteramente en hormigón armada —excepto las puertas, rejas y sistemas de cierre—. En las celdas exteriores, el elemento básico de seguridad es la ventana, pues como queda dicho, ella abre directamente al exterior. En toda la cárcel, la mayoría de las celdas serán de tipo externo y sus ventanas deben ser objeto de especial cuidado en el proyecto.

6 | ¿Cárceles pequeñas o grandes?

Hay varias posturas respecto al máximo de personas privadas de su libertad que pueden ser alojadas en los centros penitenciarios. Según Callender,⁽¹¹⁾ la idea es construir cárceles pequeñas con un mínimo de 250 reclusos y un máximo de 1000, el número ideal es 500. La postura más radical es la de los europeos, pues consideran que lo más indicado es de 350 a 500.

.....

(11) MOYANO NAVARRO, HORACIO, *Arquitectura carcelaria*, 1950, p. 95.

Para Davidson,⁽¹²⁾ si bien cuanto mayor sea el número de penados, menor será el costo por cada uno de ellos; 1200 reclusos es el límite excepcional. Para una cárcel común, de 1200 penados, este autor aconseja los siguientes criterios:

- Mínima Seguridad: el arquitecto debe proyectar un pabellón con capacidad para 300 reclusos fuera de los muros de prisión,
- Máxima Seguridad: se alojarán dentro de los muros. Debe disponer de un edificio de clasificación compuesto de dos grupos de celdas. Uno, con una capacidad de 150 reclusos, destinado al cumplimiento de castigos, a los criminales más peligrosos y a todos aquellos que necesiten un tratamiento especial. El grupo restante (600) se proveerán de celdas y grandes dormitorios comunes.

7 | Sobre la funcionalidad arquitectónica carcelaria: principios

Se intentará teorizar, aunque más no sea de forma breve, sobre los Principios que permitan aspirar a la llamada Funcionalidad Arquitectónica Carcelaria y minimizar la problemática edilicia que presenta el sistema penitenciario a nivel nacional.

7.1 | Principio de Independencia: entre arquitectos y el Estado

La independencia no es sólo orgánica, funcional o de responsabilidades. En las áreas destinadas al alojamiento de personas privadas de su libertad no debe haber otras oficinas, áreas o dependencias.

La característica de este principio pone de relieve la importancia de quien se encarga no sólo del diseño arquitectónico propiamente dicho, sino también de todos los funcionarios del Estado y de quienes estarán a cargo de la administración de estos complejos penitenciarios. Es por ello que la responsabilidad de su manejo recae sobre personal definido y altamente calificado. Pues esto asegura el control, la integridad y la seguridad de las personas ahí alojadas, las que custodian, trabajan y visitan los complejos penitenciarios.

(12) *Ibid*, p. 96.

7.2 | Principio de amplitud: espacio vs. internos

Lamentablemente, las diversas crisis económicas y sociales —la desigualdad, entre otras— y, fundamentalmente, la selectividad aplicada por la criminalización secundaria,⁽¹³⁾ tienen como una constante el crecimiento de la tasa de personas privadas de su libertad. Como consecuencia de esto —que es terriblemente lamentable—, se debe proyectar una **cárcel** lo suficientemente amplia para la custodia de las personas ya ahí alojadas y también para las que trabajan y realizan diversas funciones, además de las visitas. Se debe prever suficiente espacio para posibles contingencias dentro del mismo predio penitenciario, a fin de que su capacidad de albergue tenga vaya juntamente con los niveles de prisionización y el aumento de las tasas de presos en nuestro país que, como ya se dijo, en los últimos años ha ido aumentando exponencialmente.

En síntesis, se debe pensar en un **edificio** lo suficientemente amplio con prospectiva de 15 a 25 años, independientemente de su capacidad legal operativa.

La adecuada planificación en el diseño, edificación y construcción de un complejo penitenciario evitará improvisar la resolución de conflictos —futuros traslados de personal, de internos, familias, funcionarios— que, en definitiva, implican un riesgo adicional a la integridad psíquica y física de las personas ahí alojadas y que, además, se sumarían a los altísimos costos de las constantes improvisaciones a que están acostumbrados los funcionarios responsables.

7.3 | Principio de Seguridad: no es sólo cuestión de vigilancia

Éste es un aspecto y un factor de vital importancia, pues se entiende seguridad como la propia integridad de todos los internos, del personal adscrito al servicio penitenciario, el personal civil, los funcionarios judiciales, y los visitantes y familiares en general. Además, la seguridad debe estar totalmente enfocada a la integridad psíquica y física de los internos presos.

(13) ZAFFARONI, RAÚL E.; ALAGIA, ALEJANDRO; SLOKAR, ALEJANDRO, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Bs. As., Ediar, 2002, p. 7.

La seguridad edilicia es importante, pues quienes se encargan del diseño arquitectónico del complejo penitenciario no deben pensarlo como la famosa isla prisión de “Alcatraz”, ubicada en la Bahía de San Francisco en Estados Unidos. Una cárcel segura es aquella que está geográficamente ubicada en el lugar más óptimo para su propia conservación y mantenimiento, un sitio aislado de la acción de agentes físicos, químicos y hasta telúricos naturales, que hasta en el pensamiento utilitarista de Jeremy Bentham y de otros conocedores, debe ser construida a campo abierto, lo más distante posible de la poblaciones o comunidades.

La seguridad depende en gran medida de la calidad de su diseño y construcción, del prudente manejo y mantenimiento de sus instalaciones eléctricas, a gas, de agua, alcantarillas y cloacas, de la efectiva señalización y avisos de prevención. Y agregaría un dato más: del nivel de incorruptibilidad del personal que está encargado de la vigilancia y custodia en general.

Finalmente, al establecer normas de acceso y de control, se asegura aún más su integridad y conservación. Cuanto más situaciones riesgosas se pueda evitar en las cárceles, mejores serán las condiciones de seguridad y de conservación del complejo penitenciario en general.

7.4 | Principio de Funcionalidad: optimización del lugar

No se debe olvidar que una cárcel, antes que servir como encierro y lugar de privación de la libertad ambulatoria, presta un servicio y una función muy frágil: asegurar y conservar al máximo la integridad física de los reclusos ahí alojados. La adecuada funcionalidad de una cárcel permite el fácil acceso a todos los servicios a los internos, al personal de custodia y vigilancia, personal civil, familiares y visitantes. Este principio tiene una profunda relación con la óptima distribución y aprovechamiento de todos sus espacios físicos para las distintas áreas destinadas a los internos.

Por lo tanto, la **Arquitectura Carcelaria** es funcional en la medida en que pueda aplicar todos los principios aquí mencionados; incluyendo **eficacia, eficiencia, economía, equidad, humanidad y respeto** a la persona reclusa.

7.5 | Principio de Dignidad: una cuestión irrenunciable

Todas las personas reclusas y privadas de su libertad, así como sus familias, y los funcionarios de los servicios penitenciarios y judiciales; merecen respeto y tolerancia. El recinto que se utilice para su custodia, para su descanso, para su recreo, para su higiene, para el contacto con su familia y, primordialmente, para la poca o nula intimidad, debe ser respetuoso de todas las personas que converjan en él, desde su diseño y construcción, hasta su mantenimiento en general.

La aplicación de este principio sólo es posible tras un proceso de sensibilización y capacitación constante dirigido a la estructura de cada uno de los diversos Servicios Penitenciarios, desde su más altos directivos hasta el funcionario de menor rango, para que se les haga ver lo importante que es tener una **cárcel** dotada de todos los elementos que dignifiquen la labor ahí realizada y de todas las personas privadas de su libertad; porque es la base fundamental de un Estado de Derecho que respeta los Derechos Humanos.

8 | Condiciones físicas para la construcción y dotación de una cárcel

Por lo general, el diseño o adaptación de la planta física de una cárcel supone el estudio y análisis de variables como lugar, área y ambiente, dependencia, personal, costos. Y, si bien se diseña y se construye con un nivel máximo de capacidad de internos, éste jamás se cumple. Es más, casi siempre se supera el número de personas que realmente debe albergar el lugar. Éste importantísimo dato siempre es dejado de lado por sus responsables.

8.1 | ¿Dónde la ubicamos?

Independientemente del grado de sensibilización, una adecuada y verdadera propuesta de un Complejo Penitenciario Funcional debe tener en cuenta y evaluar los siguientes aspectos:

- Las **condiciones ambientales** para la conservación del **edificio**.
- La **funcionalidad** para la Institución Penitenciaria, sus internos y familias, personal y usuarios en general.

- La **independencia** en relación directa con la seguridad.

Para la ubicación del Complejo Penitenciario, se debe seleccionar un lugar óptimo, que reúna además las siguientes condiciones:

- Solidez y seguridad en todo el edificio de la institución carcelaria.
- Clima medio. Si bien es difícil por las condiciones geográficas y atmosféricas de nuestro territorio, hay que tratar de controlar la humedad y el calor. Es importante el control y mantenimiento de los baños, piletas, sótanos y áreas con tuberías, equipos electrónicos y a gas, calefactores, refrigerantes, calderas, etc. a fin de evitar un deterioro y posible daño a la infraestructura.

8.2 | ¿Qué capacidad le damos?

El estudio de las condiciones estructurales de una cárcel, en cuanto a su capacidad, debe tener en cuenta el volumen de personal que ha de alojar y, al mismo tiempo, considerar exponencialmente su crecimiento según las características del sistema. Además debe tener en cuenta las diversas áreas de trabajo y espacio para la prestación de todos los servicios que cumple el personal de custodia, administrativo, civil, familiares y visitantes. Por supuesto, de éstas variables, se establecerá el área.

El área física que deba cumplir la denominada “Arquitectura Funcional Carcelaria” y su concretización en un buen Complejo Penitenciario y el número de internos previsto para el mismo, se calculará de acuerdo con la cantidad de internos acorde al régimen que ha de aplicarse —abierto, semi abierto, mínima y mediana atenuada, y máxima seguridad— sumado al que se espera recibir en un plazo entre los 15 y 25 años siguientes.

Si bien en la práctica, la regla general es que las áreas deben ser construidas con dimensiones de alto, largo y ancho bastante importante, y a campo abierto lejos de la población civil, se debe prever la construcción de nuevas áreas adicionales que cumplan con las características y necesidades de la institución carcelaria a fin de ir mejorando sus espacios y dependencias para que permitan trabajo, estudio, salud, esparcimiento y, así, un mejor tratamiento al cumplimiento de la pena.

No existe un parámetro óptimo y versátil, pero el diseño debe tener presente, que las medidas de sus áreas sean acordes con su contenido y con el mobiliario seleccionado. Igualmente se debe tener muy en cuenta y

evaluar bien todas las condiciones de espacio físico donde posiblemente se emplazaran todas las dependencias —ancho, fondo, y alto—.

Adicionalmente la capacidad debe fijarse en función directa con los servicios a prestar y con la gestión administrativa y operativa. Ésto significa la previsión de un área suficientemente amplia para la atención de los internos y del personal de custodia y demás visitantes.

8.3 | ¿Qué materiales usamos?

Dependiendo de las condiciones geográficas, ambientales y de Régimen carcelario a aplicarse, sus muros y paredes deben ser macizos; es decir, con un buen grosor, para aislar la humedad y el calor, además de prevenir las potenciales fugas y daños. Son importantes las subdivisiones en sus diversas áreas, con puertas de seguridad independientes que garanticen la conservación de los internos, del personal de custodia, civiles ante eventuales emergencias y contingencias. Los materiales deben ser de diversa calidad; utilizar, por lo general, concreto y acero, hierro. Deben, al igual que los de las, ventanas, puertas etc., deben ser anti fuego; brindar mayor seguridad y suficientes hidrantes para prevenir siniestros.

El piso es importante: Debe resistir los daños. Debe ser ligero, permitir desplazar equipos, escaleras, materiales en general. Deben ser de fácil limpieza y no producir polvo.

Si el lugar escogido es independiente en su totalidad, el techo debe ser igualmente resistente y sólido. Su superficie debe ser sometida a algún sistema de efectivo y de impermeabilización.

8.4 | ¿Qué condiciones de seguridad brindamos?

Con el fin de evitar al máximo situaciones de riesgo, las especificaciones físicas de diseño y seguridad para la construcción de un complejo penitenciario deben tener en cuenta las siguientes condiciones:

- Las instalaciones eléctricas deben ser las indispensables, sólo las fuentes de luz necesarias con sus controles e interruptores por fuera del manejo de los internos y personal ajeno a la seguridad y control.

- Las instalaciones hidráulicas para el control de incendios —hidrantes— deben ubicarse estratégicamente y de forma segura cerca de los pabellones y celdas y en aquellas áreas muy vulnerables a potenciales motines y otro tipo de siniestros.
- Se debe prever la instalación de equipos para la atención de desastres, extintores de todos los tipos —ABC— y extractores de agua, aire y humo, etc.
- Deben estar provistos de alarmas contra incendios y, de ser posible, de un circuito cerrado de televisión.
- Se debe considerar la posibilidad de sumar accesorios que mejoren las condiciones de seguridad de las instalaciones y equipos de circulación de aire para garantizar la necesaria ventilación.
- Se debe proveer a los internos, al personal de seguridad y a todas aquellas personas que se encuentren en caso de contingencias de la señalización necesaria que ayude a decidir en caso de riesgo, que ayude a prevenir conductas indebidas —fumar, el desaseo—, y que fomente conductas debidas —prioridades de evacuación, rutas de salida, buen trato, uso del agua en caso de siniestros, etc.—.

8.5 | Que sea funcional

Tal y como se refirió anteriormente, las condiciones funcionales de la arquitectura carcelaria deben facilitar tanto la cómoda ejecución de la pena, la realización de tareas de trabajo, educación, salud, esparcimiento y deporte; como las actividades propias de los miembros del servicio penitenciario, de los funcionarios judiciales y del público en general.

Deben propender por el mejor aprovechamiento de los espacios físicos y la óptima distribución de cada uno de los núcleos, módulos, pabellones, celdas y demás áreas propias del lugar; facilitando la óptima distribución del mobiliario, equipos; racionalizando recursos y arrojando índices de eficiencia, eficacia y humanidad en todo el desempeño.

Es necesario hacer énfasis en la ubicación de los núcleos, módulos, pabellones, celdas y demás áreas propias al acceso. En ese sentido, se manejan diversos criterios arquitectónicos guiados por el principio del panóptico de Bentham y otros criterios de la edificación; tipo celular, estrella, pentagonal etc., que deben ser equidistantes a todas las principales dependencias y áreas para evitar desplazamientos innecesarios e incómodos, pérdida de tiempo y situaciones de riesgo.

8.6 | ¿Se puede pensar en las condiciones ambientales también?

En todo momento, las condiciones de ambiente se deben mantener en situaciones óptimas. De ellas depende la conservación de todas las instalaciones y, también, la calidad de la salud de todas las personas. Si este aspecto se descuida, se corre el riesgo de propiciar ataques de insectos, alimañas y todo tipo de microorganismos, favoreciendo su proliferación y el aumento de enfermedades y daños. Desde el mismo momento de la construcción se debe asegurar las óptimas condiciones ambientales. Los parámetros ambientales que permiten la conservación de las instalaciones, mobiliario, equipos y contenido se adecuan con un control sistemático de la temperatura y la humedad.

8.7 | El mantenimiento

El mantenimiento del complejo penitenciario debe abarcar todas las tareas especializadas de aseo. Especialmente en las áreas donde converge personal, baños, duchas, comedores, etc., es aconsejable hacer recorridos periódicos de inspección para controlar que estén en excelentes condiciones de aseo y seguridad. Ésto obviamente repercutirá en el ornato en general; así como la disminución de enfermedades infecto contagiosas —cutáneas— y control de plagas.

La inspección debe corroborar que los extintores e hidrantes estén en condiciones de uso, que los sistemas de seguridad y los de señalización se correspondan con los inicialmente trazados, y que los instrumentos, cableados y tuberías en general estén funcionando correctamente.

8.8 | ¿Qué hacemos en situaciones de emergencia?

Una buena administración y control de un complejo penitenciario debe prever dentro de todos sus programas de gestión la posible ocurrencia de situaciones de emergencia —incendios, inundaciones, terremotos, motines, terrorismo— y estructurar, en consecuencia, un plan de atención en situaciones de desastre.

Todo el personal del Servicio Penitenciario debe estar preparado para afrontar estas situaciones, en lo posible teniendo una persona de coordinadora —con su respectivo suplente— capaz de asumir el liderazgo de la atención de las potenciales contingencias antes mencionadas. Los programas de capacitación permanente y simulacros programados o sorpresivos son de gran ayuda. Se puede contar con el apoyo de diferentes fuerzas de seguridad del estado y de socorro, como los bomberos, policía, defensa civil, etc.

Los accidentes más frecuentes son los incendios, dada la alta combustibilidad de muchos de los elementos que poseen los mismos internos —colchones, colchas, ropa—. No se descartan inundaciones, terremotos, huracanes y fuertes ráfagas de viento. En un adecuado y proyectado plan se debe considerar lo siguiente:

- Identificación del tipo de problema y su origen.
- Acción de las distintas alarmas de fuego en el edificio.
- Aislamiento y contención de las personas en la zona de peligro.
- Aviso a los diferentes cuerpos de emergencia en las circunstancias del caso.
- En caso de incendios, la distribución y accionamiento de los extintores e hidrantes.
- En caso de inundaciones, el accionamiento de los mecanismos de succión de aguas.
- La previsión de la evacuación de los internos, personal de seguridad, visitantes y familias, en situaciones que lo ameriten, de acuerdo con las rutas previamente establecidas.
- La ejecución del plan de atención y tratamiento de los heridos según el nivel de gravedad que lo revista.

8.9 | Problemática Arquitectónica: aspectos edilicios, funcionalidad

Respecto de las condiciones en que se cumple la privación de libertad, se sabe muy bien que la realidad de los lugares de detención es por demás compleja, paupérrima y triste; y que se mueve sobre un entramado de múltiples ficciones normativas y burocráticas. Se sabe, también, que la situación carcelaria en nuestro país y en América Latina recrea a diario un

paisaje humanamente desolador, donde impera el dramatismo de aquellas personas obligadas a vivir en el hacinamiento, con la enfermedad, la soledad, la desidia de las autoridades y la violencia constante.

Los principios de legalidad y de control judicial consagrados en las legislaciones internacionales son poco más que una ficción dentro de este mundo. Nadie cuenta seriamente con ellos a la hora de abordar situaciones de conflicto; aun cuando éstas impliquen vulneraciones flagrantes de derechos y garantías fundamentales.

Las cárceles son lugares cerrados y, por lo general, ajenos al escrutinio público. Quienes se encuentran reclusos en ellas padecen una situación de vulnerabilidad producto del encierro mismo, pero también, de la falta de controles y de una adecuada supervisión de los que se encargan de la criminalización primaria y secundaria y de sus operadores y ejecutores, los distintos poderes judiciales y los sistemas penitenciarios.⁽¹⁴⁾ En general, la sociedad se entera a través de los medios de comunicación de casos de personas detenidas, víctimas de malos tratos, violencia, abusos —algunos hasta mortales—.

La población se anoticia también de las malas y pésimas condiciones de los establecimientos carcelarios y las comisarías donde se alojan seres humanos, lo que es contrario no sólo a los mandatos constitucionales sino también a preceptos básicos de respeto a la dignidad humana de las personas. Todo esto no es una novedad para quienes tienen la responsabilidad, especialmente para los funcionarios de más alto nivel del estado, también para los funcionarios judiciales y defensores públicos que día a día trabajan y abogan conjuntamente con las organizaciones de derechos humanos para mejorar las condiciones de reclusión de cientos de hombres y mujeres adultos y menores que están privados de la libertad.

En líneas generales, nuestras prisiones están pobladas, en su gran mayoría, por presos sin condena; es decir, por personas que se encuentran esperando un juicio y una eventual sentencia; por lo que el Estado excepcionalmente tiene derecho a encerrar.

.....

(14) *Ibid*, p. 7.

Los presos penados rarísima vez se hallan separados de los procesados. Tampoco existen clasificaciones tendientes a separar a los presos en virtud del delito cometido; con la única salvedad y de pocos casos determinados en algunas unidades penitenciarias de aquellas personas que son ofensores sexuales, miembros de la fuerzas de seguridad, aquellas personas con orientación sexual o identidad de género —travestis—, los evangélicos, y aquéllos que realizan auto conducta y disciplina.

En síntesis, se encierra a más personas de lo que la capacidad real del sistema permite. Es casi imposible que accedan a un trabajo dentro de la cárcel todos los presos. Dificultades comunes encuentran quienes dentro de la cárcel deseen desarrollar alguna actividad educativa. Prácticamente son pocos y escasos los servicios y oportunidades que se ofrecen a los presos en general. Ésto influye muchísimo en la posibilidad de llevar a cabo un adecuado “tratamiento penitenciario”; es decir, acceder a un conjunto de intervenciones asociadas a la rehabilitación y reinserción social de los detenidos; tales como una adecuada atención y contención psicológica, sanitaria, social, educativa, formativa y, fundamentalmente, laboral.

La problemática central se enfoca principalmente en el hacinamiento y actividades que potencian la violencia propia del encierro, acrecientan el miedo y la tensión, condicionan aún más el precario equilibrio para la convivencia que existe dentro de las unidades carcelarias.

En realidad, las prisiones no están orientadas a producir algún tipo de disciplina, orden y seguridad. El hacinamiento, el ocio, la violencia, la arbitrariedad, el abuso de poder, la falta de control, la corrupción y la tortura siguen siendo el escenario que conforma el paisaje interior de nuestras cárceles argentinas en los inicios del siglo XXI.⁽¹⁵⁾

Si bien en los sistemas penitenciarios de la Argentina hay un sin número de unidades carcelarias, éstas presentan un tremendo déficit edilicio. Pues no pasa por las condiciones propiamente de diseño arquitectónico, nivel de seguridad, antigüedad de la instalación o modernidad de la misma, sino que, en definitiva, el problema radica en la “Funcionalidad” que debe brindar dicho complejo para el albergue de distintas personas privadas de

(15) SALINAS, RAÚL, *El Problema Carcelario*, Bs. As., Capital Intelectual, 2006.

su libertad y que en rigor de la ley y de una sentencia fundada, deben de cumplir una determinada pena de prisión.

Quiere decir que todo el Sistema Arquitectónico Carcelario de nuestro país presenta diversos grados de problemáticas y que toda la sumatoria de esas problemáticas redundan en lo que antes se ha mencionado a lo cual hemos querido denominar "Funcionalidad Arquitectónica Carcelaria".

9 | Conclusiones

En términos generales, considero que el presente trabajo ha servido para dar un pequeño acercamiento y conocimiento de un aspecto del mundo del derecho penal que es la Arquitectura Carcelaria, la Ejecución de la Pena y la problemática que se desarrolla en dichos aspectos.

Considero que aún hay más que conocer, aprender y, por supuesto, investigar. Sabemos que, por seguridad, no es fácil el ingreso a los penales ni federales ni provinciales. El ingreso nos permitiría enfrentarnos con la temática *in situ* y posiblemente profundizar más en los temas ya tratados y descubrir muchos más que por circunstancias propias no hemos tratado.

Sabemos que hubiese sido interesante poder visitar penales, nos hubiera gustado haber visitado un penal femenino y masculino en el orden federal. Lo mismo en cuanto a la provincia de Buenos Aires y, por supuesto, la visita a complejos neuropsiquiátricos y los de tratamiento de menores. No obstante, consideramos que fue una buena experiencia y estamos seguros de que en un futuro mejoraremos la forma de abordar dicha temática y se nos hará más fácil el camino hacia el conocimiento de estos aspectos.

Finalmente, espero que mi contribución sea bien receptada por el lector y que sirva de crítica y reflexión sobre lo mucho que hay por hacer, trabajar y controlar. Pero cada uno desde nuestro lugar, como personas insertas en el mundo del derecho y, principalmente, en nuestra responsabilidad como abogados.

Subjetividad y ley

Encuentros y desencuentros entre el discurso jurídico y el discurso psicoanalítico

por **OMAR MENÚ**⁽¹⁾

I | Introducción

Allí donde la ley civiliza, ruge otro río. Río cargado de deseos, goces, desmesura y gritos. Sin ley no hay cause y el río se tornaría devastador.

La ley es racionalidad, coacción, prohibición imprescindible. Planteo freudiano: el fundamento de la cultura es la ley; la ley de prohibición del incesto. El Otro jurídico tiene una función constituyente en la subjetividad y ésta es por estructura oscura tentación, compulsivo goce, deseo de un imposible, la narración de un desencuentro.

El derecho, entonces, tiene como fin objetivar. Y cuanto más objetivo, más justo. El discurso jurídico se propone objetivar todo acto que actualice lo prohibido, dando cuenta de su anti-juricidad, estableciendo sentidos para la persona y la sociedad, despejando dudas, estableciendo certezas. Será tarea del psicoanalista subjetivar, ir más allá de las categorías de justo o injusto, interrogar sobre las causas que llevan a los hombres

.....
(1) Psicólogo. Psicoanalista. Coordinación del Área Judicial. Dirección Salud Mental de Moreno.

a precipitarse en ese cono de sombras íntimamente ligado al amor, la culpa, el inconsciente.

Al psicoanalista le interesará subjetivar el acto y la pena. En palabras de Lacan: "... frente a la objetivación científica del crimen y el criminal, el psicoanalista reivindica la autonomía de una experiencia irreductiblemente subjetiva que supone un movimiento dialéctico de la verdad y un recurso de sujeto a sujeto".

El derecho se dirige progresivamente a la sanción por el acto delictivo. Distinto del psicoanálisis, que se dirige a lo real del acto y lo pone en relación a las posibilidades enunciativas del sujeto. Como sostiene Ambertin:

"... la ley marca el límite que no debe ser franqueado. Pero aunque esto pacifica a los hombres, no deja de provocarles la inquietante fascinación por abismarse más allá del límite. La convivencia con la ley nunca es pacífica, pero es ineludible, aun burlándose o repudiándola es necesario discurrir por ella, exiliarse de la ley no sólo deja fuera del lazo social sino también deja afuera de la casa interior donde refugiarse. Sin ley el sujeto acaba desubjetivado..."

El discurso jurídico, al regular el conjunto de las relaciones humanas, busca la cohesión social y la justicia. El goce que el psicoanálisis conceptualiza y aborda desde su ética y su metodología es lo que escapa al lazo social, es lo que no cuenta, lo que es singular e íntimo. La ética del psicoanálisis se interesa por lo que no anda, por lo que no tiene equivalente, por lo que es sin medida, en fin, por el sujeto. Allí donde el derecho se preocupa y se ocupa de las relaciones, las equivalencias proporcionadas; el psicoanálisis atiende a la no-relación, a lo que no tiene igual. Si el derecho es convocado ni bien se ha roto el equilibrio para restablecerlo mediante un juego de transposiciones; el psicoanálisis también se inicia por una discontinuidad en la vida del sujeto.

Si bien entendemos que no hay acto sin sujeto, remontar desde el silencio de la vivencia de un hecho a la apropiación subjetiva del mismo precisa la suposición de otra escena: un saber no sabido respecto al hecho acontecido. La responsabilidad subjetiva no hace hincapié en el

asentimiento yoico de la persona que se confiesa como autor de un acto. Dicha responsabilidad conlleva, más bien, que el acto no quede desenganchado de la historia y del propio decir del sujeto. La escena analítica propiciará una formalización de las posibilidades de enunciación.

Como señala Ambertin:

"... junto a los aspectos objetivos y subjetivos del delito, a la reconstrucción del acto, entendiendo por tal, la posibilidad de que el sujeto se encuentre con su falta (...) sólo es posible vincular al actor del acto criminal si la culpabilidad se acompaña en responsabilidad; si el actor puede subjetivar la culpa y asignar significación a su acto...".

Al decir de Miguel Calvano: "... Un movimiento que va de la culpabilidad a la responsabilidad. Movimiento que corresponde a la marcha misma de un análisis y que ubicará el pasaje, la tensión, entre lo individual y lo general, lo universal, lo que vale para todos..." .

El orden de la sociedad peligra con cada acto delictivo. Se podría pensar que en toda pena y sanción individual está en juego un mensaje hacia la sociedad. El funcionamiento del sistema legal ordena, diferencia, sanciona en sus dos acepciones: como castigo y como nombre. La ley, al sancionar el delito, lo nombra; lo hace visible, reconocible a la sociedad. Lo diferencia de lo que no es delito.

Gabriela Abad nos plantea:

"... cuando la ley vacila en un sujeto es necesario que el rito jurídico se erija como referencia para instaurar el sistema de prohibiciones (...) las liturgias del juicio, con sus estrictos códigos procesales, tienen la función de resguardar todo el andamiaje representacional de la sociedad..." .

Entonces, ¿cabría pensar a la lógica del derecho como marcada por la racionalidad, el texto escrito, sin contradicciones ni fallas, pura luz y claridad; y, a la del psicoanálisis, como asociada a la fantasía, el sueño, la irracionalidad, pura noche y oscuridad?

Néstor Braunstein nos ayuda a pensar sobre esto:

“... ¿Qué fue primero, el huevo o la gallina? Se pregunta el pensamiento superficial. Con la banda de Moebius se responde muy sencillamente: la gallina es un animal ovíparo (...) Se desmonta así la falsa oposición que sirve para discusiones infinitas. Entre el sujeto y el Otro la relación es la de la banda de Moebius. El sujeto no es el organismo individual dotado de un interior y un viviendo en un medio exterior; sino que él está conectado en relación dialéctica con el lenguaje, la sociedad, la cultura, el poder, las estructuras ideológicas, jurídicas, políticas, económicas en las que participa”.⁽²⁾

2 | Área judicial: dispositivos de abordaje

El dispositivo del Área Judicial es una apuesta a un tiempo de demora y transición entre los pedidos de tratamiento y/o evaluación psicológica dispuesto por la Justicia, o por otras instituciones del ámbito jurídico, y la tramitación de los mismos. Ese tiempo de transición es el salto cualitativo que se produjo en el Área Judicial desde su creación en el año 2006. En ese momento se evaluó la necesidad de crear un ámbito específico en la estructura de Salud Mental que pudiera organizar la recepción y derivación de solicitudes de tratamiento psicológico provenientes, fundamentalmente, del por entonces T.M número 3 y el programa Patronato de Liberados.

En el año 2008 se diseñó el dispositivo actual que deja atrás la mera organización administrativa para propiciar la subjetivación de un encuentro. Se procura una escucha en concordancia con la dignidad del sujeto que llega a la consulta. Es decir, una escucha que no se pierde en moralizaciones del tipo víctima-victimario, ni intercede diagnosticando a las personas o evaluando la credibilidad de los dichos. Abriendo, de este modo, un espacio para que algo del sufrimiento de quien consulta pueda ser puesto en palabras en el encuentro con Otro.

(2) BRAUNSTEIN, NÉSTOR A., *Por el camino de Freud*, Buenos Aires, Argentina, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 20012, p. 178.

En el dispositivo del Área Judicial, el derrotero de los enunciados del entrevistado no será sujeto a pautas preestablecidas. La verdad se ubica del lado del consultante, verdad subjetiva sobre su acto o sobre un determinado hecho acaecido en su biografía.

Un porcentaje alto de las derivaciones del Área Judicial corresponden, en la actualidad, al Patronato de Liberados de Moreno. Observamos que las personas llegan, por lo general, sin registro de angustia. Entendemos que esto puede ser explicado por la consistencia del Otro Judicial, que es el que sabe y que reduce a esa persona al valor moral y social de su acto tornándolo en “sujeto del Derecho”, en el sentido de un subordinado al texto de las leyes y códigos procesales que codificarán y objetivarán su acto.

Compartimos, al respecto, unos conceptos de Jorge Degano:

“... en la intervención jurídica se pre-cluye al sujeto objetivando la demanda mientras que en la intervención psicoanalítica se subjetiva el pedido oportunizando al sujeto (...) Es mediante este tratamiento —la jurídica— que los sujetos quedan abandonados a la condición de objetos del procedimiento y a las vicisitudes que tal proceso les impone, siendo que su principal protagonismo resulta el de ofrecer su persona civil a la predicación del Representante Letrado quien organizará y presentará un relato verosímil acorde con la estrategia que diseñe en la política del juicio que procura (...) En cuanto a que al psicoanálisis le importará la pregunta al/por el sujeto, su lugar, sus vicisitudes, sus padeceres, y está dirigido a dilucidar sobre la posición respecto de su persona; es decir qué relación genera respecto a su representación civil ya que entre la Persona y el Sujeto que la habita, existe una dimensión que puede ser o bien tramitada subjetivamente o bien alienada jurídicamente...”.

En los casos de las Juntas Médicas de carácter psicológico/psiquiátrico para evaluar secuelas/lesiones sobre el accionar del Terrorismo de Estado, solicitados desde el Centro Ulloa y que desde el año 2010 venimos implementando junto a la Lic. Marisa Adjman y el Dr. Leonel Tesler, la posición que adoptamos fue la de desestimar las evaluaciones de corte positivistas, usuales en las evaluaciones periciales o forenses. Privilegiamos, en cambio, una valoración subjetiva, haciendo foco en la posición de cada

sujeto frente a los hechos traumáticos vividos. Nos disponemos a poder recepcionar el relato como un acontecimiento en la vida del sujeto. Entendiendo también que, en todo relato, hay un resto que no se puede decir, algo que se presentará como inenarrable, que está por fuera del lenguaje.

En definitiva, consideramos que el dispositivo pensado para el Área Judicial intenta dar una respuesta digna a la demanda que llegan de las diferentes instituciones jurídicas; en tanto permite ofrecer un espacio que tiene como horizonte la posibilidad de subjetivar algo del sufrimiento. Entendemos que el paso de las personas por el dispositivo no se asuma como una instancia administrativa más; al modo de mesa de entrada y/o mesa salida.

Escucharlo como sujeto implica que el lugar desde donde su relato se recibe no lo aloja *a priori* en una posición de víctima, ni de victimario, ni culpable, ni inocente. En todo caso, brinda la posibilidad de que su verdad pueda ser articulada y su sufrimiento interrogado; dinamizado en una escucha que lo comprometa como sujeto de discurso. Y donde, eventualmente, el hecho de narrar permita acceder a un estatuto de ser de verdad diferente. Cuestión ésta que podrá ser alojada *a posteriori* en un dispositivo bajo transferencia.

El estado peligroso del delincuente: 90 años después

Psiquiatría y prognosis criminal en el ámbito de ejecución de la pena⁽¹⁾

por EZEQUIEL N. MERCURIO⁽²⁾

I | Introducción

Desde antaño, el poder punitivo intenta disminuir el riesgo de reincidencia criminal. Desde las diferentes teorías de la función de la pena se busca, entre otros objetivos, que el sujeto que ha delinquido y fue penado, no vuelva a hacerlo. En los últimos años el debate sobre el derecho penal fundado en la peligrosidad del autor ha resurgido en nuestro medio con gran intensidad, siempre de la mano de algún caso de gran resonancia en los medios de comunicación.

En tal sentido, el objetivo del presente es analizar la concepción del “estado peligroso” con orígenes en la criminología positivista de fines del siglo XIX y primeras décadas del siglo XX, y su vigencia en el ámbito de la ejecución

(1) Parte del presente artículo fue publicado con anterioridad en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, febrero 2012, pp. 268/283.

(2) Medico. Magíster en Ciencias Criminológico Forenses. Jefe de Departamento del Cuerpo de Peritos de la Defensoría General de la Nación.

pena, 90 años después. Se tomará para ello, dos textos del maestro Luís Jiménez de Asúa, fundantes del concepto, por la influencia que el autor español ha tenido en la doctrina. Por un lado la conferencia pronunciada en 1920: "El estado peligroso del delincuente y sus consecuencias ante el Derecho penal moderno" y el libro *El estado peligroso*, de 1922. Se analizará la vigencia de dicho concepto a la luz de las solicitudes de pericias psicológicas y psiquiátricas realizadas por el poder penal en el ámbito de ejecución de pena.

2 | El estado peligroso en Jiménez de Asúa (1920-1922)

El 27 de febrero de 1920, el maestro Luís Jiménez de Asúa pronunciaba su conferencia "El estado peligroso del delincuente y sus consecuencias ante el Derecho penal moderno" y que fuera publicada en las *Publicaciones de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid*. En dicha conferencia el maestro con cita a Ferri, señala que "...recordando el axioma médico de que 'no hay enfermedades sino enfermos' (...) no hay delitos sino delincuentes" y, resaltando a Garofalo, señala que la pena no debe imponerse ni medirse según la gravedad del hecho sino en vista de la *temibilitá* del agente. En esta línea, y de acuerdo a las ideas de la época, el autor español resalta el resurgimiento de la escuela de la defensa social y, con cita a Franz Von Linz, refiere que "no debe penarse el acto, sino al autor".

Por otra parte, señala que

"El moderno principio defensorista ha transformado radicalmente el viejo Derecho punitivo (...) La primera transformación consiste en el abandono del antiguo criterio clásico de responsabilidad e intencionalidad, que se sustituye por la concepción del estado peligroso (...) lo que interesa a los penalistas es la noción del estado peligroso que el delincuente representa para la sociedad (...) Desde el momento que este estado se comprueba, existe la necesidad de defender a la comunidad social, ya sea el acto libre o determinado, ya proceda de un responsable o un incapaz".⁽³⁾

(3) JIMÉNEZ DE ASÚA, L., "El estado peligroso del delincuente y sus consecuencias ante el Derecho penal moderno", en *Publicaciones de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid*, 27 de febrero de 1920, p. 10 y 16.

Jiménez de Asúa hace suya la definición de **peligro/temibilidad** propuesta por Garofalo: “la perversidad constante y activa del delincuente y la cantidad de mal previsto que hay que temer por parte del mismo delincuente”. Así, el maestro español utiliza de forma indistinta los términos de **temibilidad, état dangereux, peligrosidad y estado peligroso** y señala que la misma se reserva a los delincuentes por naturaleza y, con cita a von Litz en el Congreso de la Unión Internacional de Derecho Penal (1910), comenta que dicho autor amplía el concepto de estado peligroso a

“los jóvenes delincuentes, a los que delinquen por vagancia y por alcoholismo, a los enajenados y disminuidos mentales (en algunos casos) autores de delito y al reincidente múltiple, llegando incluso a considerar en estado peligroso a ciertos individuos que aún no han delinquido: como niños y adolescentes abandonados, dementes peligrosos y bebedores habituales”.

En esta línea define al estado peligroso como probabilidad de que un individuo cometerá o volverá a cometer un delito y señala, en consecuencia, que la pena debería dejar paso a la medida de seguridad. En cuanto a la duración de la misma, ésta debería ser de carácter indeterminada, es decir que “el delincuente debe estar sometido a tratamiento penal hasta tanto cese su estado peligroso y no debe prolongarse más allá de lo que reclame su temibilidad”.⁽⁴⁾

El maestro español en su libelo, expone la postura germano-belga que propone un estado peligroso sin delito,

“el peligro se manifiesta, en efecto, por el crimen; pero para el grupo germano-belga (...) el estado peligroso se manifiesta también antes del crimen, y entonces la sociedad debe defenderse (...) cuando se trata de individuos inclinados al delito, cuando por su mala conducta, por sus antecedentes, etc. se pueda inferir que van a violar la ley y perturbar la paz social, es necesario que el Estado actúe con medida preventivas y aseguradoras, aunque se trate de hombre normales”.⁽⁵⁾

(4) JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *op. cit.*, p. 25.

(5) JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *ibid.*, pp. 25/26.

Asimismo propone que

“...estas modernas concepciones que convierten el derecho represivo en un verdadero Derecho penal preventivo, protector de la sociedad y que, tal vez, Derecho protector de los criminales (...) al defender a la sociedad contra el peligro que el delincuente representa, se emplean medidas tutelares y asegurativas frente al delincuente, como se usan también con respecto a los incapaces en general, que son temibles para la sociedad”.⁽⁶⁾

Cierra su conferencia señalando que los modernos jueces nacidos en la doctrina de la defensa social serán verdaderos médicos sociales, y que se deberá buscar “nueva savia en los campos fecundos de la medicina social”.

Por su parte, el autor español en su obra *El estado peligroso. Nueva fórmula para el tratamiento penal y preventivo*⁽⁷⁾ profundiza aquellos conceptos esbozados dos años antes. En esta línea, va definiendo el componente psíquico dentro del concepto de estado peligroso. Con cita de Grispigni señala: “desde el punto de vista psíquico, por tanto, la peligrosidad criminal es un modo de ser de un sujeto, es un atributo, una cualidad de una persona, y más precisamente es la *condizioni psichica, di una persona in quanto probabile causa di reato*”.⁽⁸⁾ Sin embargo, con relación a las causas de peligrosidad propuesta por Grispigni, señala que “no podemos (...) suscribir el parecer de Grispigni en lo tocante a la causa de la peligrosidad. Decir que esta se halla constituida por la anormalidad psíquica, es volver a viejas e infecundas polémicas de la época en que nació la escuela positiva...”.⁽⁹⁾

.....

(6) *Ibid.*, p. 33.

(7) JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *El estado peligroso. Nueva fórmula para el tratamiento penal y preventivo*, Madrid, Juan Pueyo, 1922.

(8) JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *El estado peligroso*, op. cit., p. 42.

(9) JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *ibid.*, p. 43.

Jiménez de Asúa señala cuáles son elementos que se deben considerar al momento de analizar la peligrosidad de un individuo y enumera los siguientes criterios:⁽¹⁰⁾

- a. La personalidad del hombre en su triple aspecto antropológico, psíquico y moral.
- b. La vida anterior al delito o acto de peligro manifiesto.
- c. La conducta del agente posterior a la comisión del hecho delictivo o revelador del hecho peligroso.
- d. La calidad de los motivos.
- e. El delito cometido o el acto que pone de manifiesto la peligrosidad.

Propone la noción de estado peligroso para dejar de lado la vieja discusión sobre libre albedrío y determinismo.

El autor español avanza un paso más allá del delito y señala que "...no se puede perder de vista que el estado peligroso puede declararse antes de la comisión de delito alguno y que entonces tienen lugar propio las medidas de orden preventivo y asegurador".⁽¹¹⁾ En esta misma línea, señala que la noción de estado peligroso no debe circunscribirse tan solo a los que han violado ya la ley.⁽¹²⁾

Asimismo, toma revista de los congresos realizados en la época donde se ha analizado el tema de la peligrosidad; se destaca, a modo de ejemplo, la Tesis de Nabokoff en el Congreso de Copenhague de 1913: "cuando se trata de reincidentes peligrosos, la medida de seguridad debe seguir a la pena, es decir, ser aplicada después que la pena haya sido sufrida y no reemplazarla".⁽¹³⁾ Por otra parte, se propone que dichas medidas de seguridad tengan un máximo, que no sea demasiado largo.

Afirma el autor:

"El estado peligroso, como fórmula general amplia y comprensiva (...) debe someterse a tratamiento penal, asegurativo y tutelar, no porque el hombre que ha cometido una transgresión

.....
(10) *Ibid.*, p. 53.

(11) *Ibid.*, p. 54.

(12) *Ibid.*, p. 92.

(13) *Ibid.*, p. 67.

sea libre en el obrar, no porque sea idéntico a sí mismo y semejante a los demás, no porque sea normal ni intimidable —como quieren los que hablan de imputabilidad dentro de la doctrina determinista— sino porque constituye un peligro social, porque con sus actos revela su *temibilita o estado peligroso*”⁽¹⁴⁾

El maestro español cierra su opúsculo afirmando: “...defendamos a la sociedad contra el peligro que el criminal representa, mediante procedimientos asegurativos y tutelares —que no excluyen el necesario rigor en ciertos casos— como la defendamos contra los enfermos peligrosos, contra los dementes, contra los incapaces en general, que son temibles para los coasociados”.⁽¹⁵⁾

3 | Las pericias psiquiátricas y el estudio de la anormalidad

Con el nacimiento de la prisión, los castigos corporales, violentos y públicos, dejaron espacio para una forma más sutil de castigo —más “humanizada”—. Este cambio en la economía del poder punitivo, se centrará en el individuo y buscará individualizar el castigo.

De la mano de este cambio, comenzarán aparecer las ciencias encargadas del estudio de la anormalidad. El sistema punitivo requerirá su conocimiento objetivo, lo que permitirá al juez dejar el duro oficio de castigar para pasar al oficio de curar. Se comienza a definir el binomio normal/anormal, y tanto psiquiatras como psicólogos comenzarán a formar parte del engranaje punitivo. Así, la ciencia no sólo legitimará la decisión tomada por el juez sino que también cambiará la función del mismo. La pena ya no será sólo retribución: ahora el objetivo es curar al delincuente, obtener su curación, en definitiva, normalizarlo.

El foco de atención dejará de ser el delito en sí, tal como lo define el derecho penal; ahora el estudio del delincuente entra en escena, más es-

(14) El destacado pertenece al autor. Ver JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *El estado peligroso*, op. cit., p. 88.

(15) JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Ibid.*, p. 139.

pecíficamente, su “alma”. Mediante los estudios científicos —de médicos y psiquiatras— se ahonda en lo que fue, lo que es y lo que será, así como en el grado de probabilidad de que vuelva a delinquir. Aquellos castigos basados en lo corporal irán desapareciendo, el nuevo objeto del sistema penal será que el castigo actúe en **profundidad sobre el corazón, el pensamiento, y las disposiciones.**⁽¹⁶⁾

Así, la tecnificación del poder punitivo llevó a que se juzgue, además de objetos jurídicamente definidos, pasiones, instintos, anomalías, achaques, inadaptaciones. Se castigan las violaciones, pero a través de las perversiones: los asesinatos, que son también pulsiones y deseos. Se busca en ellos la explicación del delito, además de determinar el grado de voluntad del sujeto en el mismo. En este sentido, el juez requiere de la participación de nuevos actores en el escenario, científicos que permitan verificar aquellos estados previos que expliquen el por qué del delito de hoy cometido.

La participación de estos nuevos actores permite doblar el delito, con toda una serie de cosas que no son el delito mismo, sino una serie de componentes, de maneras de ser que, en el discurso médico —específicamente, en el psiquiátrico y psicológico—, se presenta como la causa, el origen, la motivación, el punto de partida del delito.

Una de las figuras principales en el desarrollo del concepto de estado peligroso fue José Ingenieros, fundador de la Psicopatología Criminal, la escuela psicológica o psicopatológica. En consonancia con las ideas positivistas criminológicas de la época, Ingenieros será el primero en señalar la anormalidad en el funcionamiento psíquico del delincuente, criticando las ideas de Lombroso, quien señalaba que la anormalidad se encontraba en la antropología criminal.

No se propone un sistema de penas previamente estipuladas, sino un tratamiento penal individualizado acorde al grado de **temibilidad y reformabilidad**, basado en la defensa social. Ingenieros propone su clasificación de los delincuentes, a los que divide en tres grupos de acuerdo a esos dos

(16) “Que el castigo, si se me permite hablar así, caiga sobre el alma más que sobre el cuerpo”, FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y Castigar: Nacimiento de la prisión*, Bs. As., Siglo XXI Editores, 1ª ed., 5ª reimp., p. 24.

parámetros,⁽¹⁷⁾ colocando dentro del grupo de los de mayor temibilidad y menor reformabilidad, a los delincuentes natos, aquellos que presentan una ausencia congénita del sentido moral. Propone así diferentes estamentos punitivos —la prisión, la penitenciaria y el presidio— reservando el presidio para aquellos casos en los que no es posible reformar al delincuente. Para estos casos la pena prevista es la “secuestación penal” de carácter permanente y definitiva.

La psiquiatría forense será fundamental no sólo porque clasifica delincuentes, sino también porque, en última instancia, habilitará el tratamiento penitenciario a realizar según la clasificación previamente realizada. A menor peligrosidad y mayor reformabilidad, mejor pronóstico para la readaptación.

En esta línea, el poder punitivo requerirá de nuevas herramientas “científicas”, ya que no será el fin castigar al criminal sino lograr su transformación individual;⁽¹⁸⁾ no se buscará la pena sino una medida de seguridad, una terapéutica.

Ingenieros, en forma similar a lo que afirmaba Jiménez de Asúa, señala que poco importa si el sujeto que cometió el hecho delictuoso era enajenado o no, ya que lo más importante es el concepto de **temibilidad**.⁽¹⁹⁾

(17) Así, señala que “admitido que debe estudiarse el carácter y los estigmas psíquicos del delincuente: admitido que ese estudio es la única base posible para una apreciación de su temibilidad y posible reforma; admitido que las primitivas clasificaciones —hasta la de Ferri— habían tomado en cuenta ciertos caracteres psicológicos para distinguir mejor su tipos; admitido que la defensa social no debe atender a la naturaleza del delito cometido sino el peligro implicado por el hombre que lo comete; de esas premisas era inevitable llegar a una clasificación de los delincuentes fundada en la psicopatología”. Véase, INGENIEROS J., *Criminología*, Bs. As., Elmer Editor, 1957, p. 145.

(18) FOUCAULT, M., La evolución de la noción de “individuo peligroso” en la psiquiatría legal, *op. cit.*, p. 168.

(19) “Basta pensar que si la sociedad tiene el derecho de recluir preventivamente a los alienados que no han delinquido, no puede negársele el de recluir a los que han atentado contra la seguridad de sus semejantes... Cuanto mayor es la anomalía mental de un delincuente, tanto más peligrosa es su convivencia en la sociedad. El delincuente aliendo suele tenerlas más intensas que los otros: debe, por lo tanto, ser objeto de reclusión más segura, pues puede ser el más inadaptable, antisocial, peligroso o temible... cuando un criminal tiene anomalías psicológicas profundas e insanables, deber ser recludo definitivamente... Se admite que el loco delincuente es peligroso y se le secuestra, aunque sea irresponsable”, en INGENIEROS, José, *Criminología*, *op. cit.*, pp. 43/46.

"Jueces y peritos debieran marchar concordados para concebir una más alta finalidad de la justicia: la defensa social y la secuestación de todo los delincuentes, sean o no responsables, en cárceles o en manicomios...".⁽²⁰⁾

La nueva Psicopatología Criminal propuesta por José Ingenieros señala que deben estudiarse el "carácter y los estigmas psíquicos del delincuente: admitido que ese estudio es la única base posible para una apreciación de su temibilidad y posible reforma".⁽²¹⁾ En esta línea, el autor propone pasar del estudio de la conducta como base de la temibilidad, al estudio de la psiquis del delincuente, como base de la defensa social; es decir, pasar de la conducta al autor.

En esta misma línea, también se destaca en el medio argentino la propuesta de Osvaldo Loudet, quien en *Los índices medico psicológicos de la peligrosidad y la libertad condicional*⁽²²⁾ señala que, al igual que la medicina científica de fines del siglo XIX, el derecho penal positivo no debe ocuparse de los delitos sino de los delincuentes. Loudet, también influenciado por las ideas de la época, realiza citas similares a la del maestro Jiménez de Asúa, Spalding y Barrons, Garófalo, Grispigni y Rocco, y señala que el hecho criminal es un síntoma secundario en el juicio de peligrosidad.

Loudet propone que los índices de peligrosidad se deben basar en los indicadores médicos y psicológicos, y solo secundariamente, en los índices legales. Así, entiende por índice médico psicológico a la herencia orgánica y mental, a la constitución, al temperamento, a la fisiología médica, a la psicología normal y patológica. Por su parte, los índices legales se refieren a los antecedentes penales, policiales y a las formas de las figuras delictivas. Asimismo, el autor propone seguir la línea trazada por Jiménez de Asúa en *El estado peligroso...*: "el criterio de la peligrosidad el hombre en su triple aspecto antropológico, psíquico y moral".

El autor es claro al señalar que al otorgar la libertad condicional en base a la asistencia al trabajo y a la escuela penitenciaria, y a la buena conducta,

(20) INGENIEROS, JOSÉ, *ibid.*

(21) *Ibid.*, p. 145.

(22) LOUDET O., "Los índices medico psicológicos de la peligrosidad y la libertad condicional", en *Revista de Criminología, Psiquiatría y Medicina Legal*, año XVIII, enero-febrero 1931, n° 103, pp. 3/9.

nada se dice sobre el grado de reforma moral del condenado. Es decir que la posibilidad de otorgar o no la libertad condicional no puede basarse únicamente en el cumplimiento de los reglamentos carcelarios. Propone, así, que: "la libertad condicional debe fundamentarse en el índice médico psicológico de la peligrosidad del delincuente y es diagnóstico debe hacerlo el Instituto de Criminología teniendo como base la historia clínica criminológica...". En este orden, señala, con cita a Jiménez de Asúa en la Sentencia Indeterminada de 1913, que "el delincuente debe estar sometido al régimen penal hasta tanto cese su estado peligroso y no debe durar más que lo que reclame su temibilidad".

Propone una clasificación de la peligrosidad en base a los índices médico psicológicos, los sociales y los legales. El autor señala, con relación a los primeros, que se trata de los índices esenciales, los más graves, los más permanentes y los menos modificables. Asimismo, dentro del índice médico psicológico distingue: a) los alienados, b) los semialienados, c) los psicópatas. Con relación a los alienados, refiere que son inadaptados sociales y siempre antisociales en potencia,⁽²³⁾ en tanto que los que presentan una constitución psicopática (perversos, paranoicos y epileptoides) presentan una mayor peligrosidad. Concluye resumiendo que "el índice médico psicológico de la peligrosidad es evidentemente un índice de anormalidad psíquica, leve o profunda, y por lo tanto constituye un índice patológico de la peligrosidad".⁽²⁴⁾

4 | Vigencia del concepto de estado peligroso del delincuente en el ámbito de ejecución de la pena

Tal como se ha señalado en párrafos previos, en los últimos años el debate sobre el derecho penal fundado en la peligrosidad del autor ha resurgido en nuestro medio. Así, las medidas que se presentan son siem-

(23) Foucault señalará que la monomanía homicida, creada a partir de los grandes crímenes del siglo XIX, permitirá demostrar que la locura es siempre peligrosa. FOUCAULT, M., "La evolución de la noción de "individuo peligroso" en la psiquiatría legal," *op. cit.*

(24) LOUDET O., *op. cit.*, p. 32.

pre similares: mayor control social sobre aquellos sujetos considerados peligrosos.

Sin embargo, al momento de realizar dicha tarea de control social, el poder penal no se encuentra solo sino que recurre a los expertos en las ciencias de la mente —el poder psiquiátrico en términos de Foucault—,⁽²⁵⁾ quienes entran en su auxilio, para así formar parte esencial del engranaje de la maquinaria del poder punitivo.

Así, de forma similar al estado peligroso de origen positivista, el poder penal moderno le solicita a los expertos que clasifiquen y determinen qué sujetos, considerados imputables y punibles, los cuales han sido condenados a una pena privativa de libertad, presentan indicadores que permitan inferir que podrían volver a cometer el delito por el cual fueron penados.

En tal sentido, una vez realizada dicha delimitación de la anormalidad, que no implica enfermedad ni patología mental, el poder punitivo ya amalgamado con el poder psiquiátrico y psicológico, se encuentra en condiciones de imponer una medida preventiva, de neutralización o inocuización, como consecuencia de las condiciones de peligrosidad que emanan del sujeto. Se trata así, de detectar indicadores psíquicos que permitan explicar el delito, pero no en términos de ausencia o disminución de culpabilidad. No se trata de enfermedades que implican algún grado de disminución de responsabilidad criminal; todo lo contrario: se trata de sujetos punibles pero anormales y peligrosos.

Tal como lo señalaba hace una década Silva Sánchez, las medidas de inocuización no han sido abandonadas.⁽²⁶⁾ Tal es el caso de la legislación alemana (*Sicherungsverwahrung*) y de los Estados Unidos, entre otros. Así, el autor español señala que el retorno la inocuización de los delincuentes

(25) Dicho concepto, según la opinión de quien estas líneas escribe, también abarca y engloba a las pericias en el ámbito psicológico forense.

(26) SILVA SÁNCHEZ J., “El Retorno De La Inocuización. El caso de las reacciones jurídico penales frente a los delincuentes sexuales violentos”, en Arroyo Zapatero-Berdugo Gómez de la Torre (dir.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, vol. I, Ediciones de la Universidad Castilla de la Mancha-Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001, p. 699 y ss.

peligrosos se encuentra en sintonía con la evolución ideológica de la Política Criminal, no solo norteamericana.

En fallos recientes —“Kallweit v. Germany” (*application* n° 17792/07), “Mautes v. Germany” (*application* n° 20008/07), “Schummer v. Germany” (*applications* n° 27360/04 and 42225/07)—, la Corte Europea de Derechos Humanos señaló que las detenciones preventivas y la extensión de la privación de libertad, más allá del vencimiento de la pena basada en la peligrosidad del autor, violaba los artículos 5 § 1 y 7 § 1 de la Convención Europea de los Derechos Humanos. En dichos casos, los sujetos habían sido condenados a penas privativas de libertad por haber cometido delitos graves y, luego de finalizar dicha pena, fueron detenidos preventivamente por su peligrosidad. En los tres casos, la determinación de la peligrosidad se fundó en informes psicológicos y médicos.

En esta misma línea, el 5 de octubre de 2011, el grupo de trabajo sobre Detenciones Arbitrarias de la Naciones Unidas, señaló que el sistema de detenciones preventivas en Alemania, no se correspondía con los estándares actuales sobre derechos humanos.⁽²⁷⁾

En nuestro medio, aún nos encontramos en un estadio previo a la instalación de medidas de neutralización y de las detenciones preventivas, más allá de la finalización y vencimiento de la pena. Sin embargo, debe tenerse presente que para la instalación de dichas medidas, resulta indispensable, en primer lugar, instalar el discurso del delincuente anormal incorregible y peligroso para la sociedad. Sólo así se podrán instalar medidas tendientes a neutralizar dicha peligrosidad.

En tal sentido, en respuesta a casos puntuales que despiertan gran alarma social, surge una política criminal de emergencia, que comienza a legitimar un derecho penal basado en la peligrosidad del autor. Se trata del retorno al estado peligroso. Tal como ha sucedido previamente en la historia de la criminología, la psiquiatría y la psicología brindan el andamiaje “científico” que permite retomar conceptos que se creían perimidos e incompatibles con un derecho penal de acto.

(27) En línea: <http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=39944&Cr=arbitrary+detention&Cr1>, consultado el 3 de noviembre de 2011.

Tal como expone Foucault, la sociedad va a responder a la criminalidad patológica de dos modos: uno expiatorio y, el otro, terapéutico. Empero estos son dos polos de una red continua de instituciones, cuya función, en el fondo, es responder a qué: no a la enfermedad, ya que si se tratara de ella éstas serían instituciones propiamente terapéuticas, pero tampoco es exactamente el crimen, porque bastarían entonces las instituciones punitivas. En realidad, todo ese *continuum*, que tiene sus polos terapéutico y judicial, toda esa mixtura institucional, responde al peligro. Ese conjunto se dirige al sujeto peligroso, que no es ni propiamente enfermo ni peligroso. Ello se expone con claridad en la actualidad, sobretodo sobre determinados sujetos peligrosos, donde la pena privativa de libertad temporal parecería no ser suficiente, buscándose así otras medidas de neutralización, como una pena temporal asociada luego a una detención preventiva, o medidas de seguridad basadas en la peligrosidad del agente, la eliminación, la castración, o el control social post pena.

Surge así una problemática que no es novedosa para la historia del poder punitivo: ¿qué institución se debe encargar de aquellos anormales que no alcanzan la alienación? Se trata de una problemática que nos acompaña hasta la actualidad. Sérieux y Libert, a principios del siglo XX dirán:

“...todavía quedaba en la Bastilla una numerosa categoría de prisiones que se reclutaban entre esos malhechores degenerados, esos anormales constitucionales, cuyas lagunas cerebrales congénitas no permiten su adaptación al medio social. Todavía hoy, esos anormales son una plaga contra la cual la sociedad se encuentra casi desamparada. La mayoría de ellos, para quienes la psiquiatría, la medicina legal y la justicia contemporánea rivalizan en debilidad, no tarda en salir de las prisiones y de los asilos por manifiesta que sea su peligrosidad. Y, sin embargo, aunque sean demasiado lúcidos para las casas de alienados e insuficientemente responsables para la prisión, ¿no son, ante todo, demasiado malhechores para dejarlos en libertad?”.⁽²⁸⁾

(28) SÉRIEUX P Y LIBERT L., *Les lettres de cachet, “prisonniers de famille”, et “placements volontaires*. Gand 1912, citado por Castel R., en *El orden psiquiátrico. La edad de oro del alienismo*, Buenos Aires, Nueva visión, 2009, p. 144.

Tal como se ha señalado previamente se trata de definir qué hacer con aquellos sujetos anormales no enfermos, pero de cuya anormalidad emana la propia peligrosidad, y sobre los que no existe un posible tratamiento más allá de la neutralización de su peligrosidad. Resultan ilustrativas las afirmaciones realizadas por un experto forense: "los violadores no son enfermos así que no hay tratamiento, ni medicamento para curarlos: por eso son inmodificables y reinciden sistemáticamente".⁽²⁹⁾

Si bien, tal como señala Foucault,⁽³⁰⁾ la antropología criminal con sus concepciones radicales sobre el delito, da la sensación de haber desaparecido, a la luz de la práctica forense actual, es posible señalar que se ha dado una tecnificación más sutil y aceptable para el derecho penal, con el surgimiento de la psicopsicología de la delincuencia.

En esta línea, y a partir del análisis del discurso del poder penal, es posible rastrear aquellas concepciones positivistas sobre la peligrosidad y el estado peligroso. En esta línea, el poder punitivo solicita a los psiquiatras y psicólogos que se expidan, sobre:

- I. Estructura de personalidad.
2. Si subsisten elementos que permitan inferir que pueda reiterarse la conducta antisocial de aquél, indicadores de impulsividad / agresividad y/o trastornos patológicos y si ello pueda poner en riesgo la integridad física y psíquica de terceros.
3. Pronóstico y necesidad tratamiento.

Solicitan asimismo:

- I. Si en el caso de otorgar el beneficio en cuestión, éste podría incurrir nuevamente en un delito de la misma índole.
2. Estado actual de sus facultades mentales para determinar, si en caso de otorgarle la libertad condicional, éste podría incurrir nuevamente en un delito de la misma índole por el que fue condenado.
3. Examinación por un junta médica forense, la que concretamente deberá informar si, en la actualidad, el interno presenta alguna patología que permita inferir que podría llegar reiterar el tipo de conducta por la que condenado.

(29) "El caso Tatiana, otro ejemplo de indefensión", en diario *La Nación*, 01/11/2012.

(30) FOUCAULT, M., La evolución de la noción de 'individuo peligroso' en la psiquiatría legal, op. cit., pp. 172/173.

Cabe destacar que si bien estos cuestionarios, en una primera instancia, surgieron para sujetos condenados por delitos contra la integridad sexual, luego se fueron expandiendo para sujetos condenados por otra clase de delitos, como robo reiterado, homicidio, sujetos con problemática adictiva, etc.

Estos cuestionarios dejan entrever aquella idea original de la escuela positiva sobre el estado peligroso, en la que el delito es la expresión propia de una personalidad anormal y peligrosa, que requiere tratamiento pero que no está enferma, ya que si tratara de un sujeto enfermo estaría en un centro asistencial y no en una prisión.

En esta línea, Foucault se cuestiona: ¿existen individuos intrínsecamente peligrosos? ¿cómo se los puede reconocer y cómo conviene reaccionar? El autor señala que a lo largo del siglo XIX el derecho penal, apoyado por la psicología y la psiquiatría, extendió, organizó y codificó la sospecha y la detección de individuos peligrosos —desde la monomanía homicida hasta la teoría de la degeneración, el perverso, el desequilibrio constitucional, la inmadurez, la anormalidad—.

En la actualidad, la búsqueda y detección de sujetos peligrosos no ha sido abandonada, y el rol de las pericias psiquiátricas y psicológicas se erige como de vital importancia al momento detectar y revelar los estigmas de la anormalidad. Esa anormalidad no entra en escena al momento de discutir la libertad del sujeto en el acto enrostrado, sino que surge en forma posterior, con el objetivo de determinar la posibilidad de la reiteración de un acto antisocial a partir del análisis de la psiquis del condenado.

Así, es posible retomar aquellas ideas del siglo XIX y XX sobre la peligrosidad como expresión de la anormalidad psíquica.⁽³¹⁾

Surgen, así, afirmaciones fundadas en sujetos considerados normales no alienados, ni enfermos, pero sí anormales, que revisten severa peligrosidad y por la cual requieren tratamiento. Se trata de una anormalidad constitucional de la cual no es posible esperar conductas diferentes a la

(31) Ver las concepciones previas de Osvaldo Loudet y los índices médico psicológicos de peligrosidad.

expresada en el delito.⁽³²⁾ Una vez más, el delito y la personalidad se superponen. Tal como señala Ferrajoli, el sustancialismo penal analiza el delito como una desviación inmoral en la que la delincuente es visto como un sujeto antisocial y malvado en el que se manifiesta dicho síntoma. Así, desde una visión naturalista, el delito es un signo de anormalidad o de patología psicofísica.⁽³³⁾

En esta línea, el derecho penal ya no sólo busca penar a un sujeto por una acción prohibida, sino develar y tratar el alma del anormal. Tal como señalaba Foucault, el duro oficio de castigar se transforma en el oficio de curar al delincuente. Para ello es necesario pasar de la conducta al autor. Se concede así a la sociedad mayor poder para actuar sobre el sujeto, sobre lo que él es.⁽³⁴⁾

Así, la Justicia ha tecnificado de una forma sutil su ejercicio de control social sobre el sujeto.

Por todo ello, se debe ser extremadamente cauteloso al momento de abordar la complejidad de esta temática, toda vez que son altos los riesgos que se corren al momento de efectuar juicios sobre la probabilidad de repetición de determinadas conductas basándose en la personalidad de los sujetos, ya que posturas extremas, podrían afirmar que si la peligrosidad deviene de una constitución y estructura anormal, su mera existencia implica un peligro.

“Así pues, la sanción no tendrá por objeto castigar a un sujeto de derecho que se habría voluntariamente enfrentado a la ley, sino que su función será mas bien la de hacer disminuir en la medida de lo posible —bien por eliminación por exclusión, a

(32) “No habiéndose corroborado variantes estructurales en su personalidad no existen indicadores psicológicos que hagan verosímil suponer que de la misma estructura se originen diferentes conductas” (extracto de una pericia psicológica forense).

(33) FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón Teoría del garantismo penal*, 1ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 1997, pp. 42/43.

(34) “No se trata de que se lo considere en lo que es en función de su status —como sucedía en el Antiguo Régimen— sino de lo que es por naturaleza, en razón de su constitución, de sus rasgos de carácter o en sus variedades patológicas”, en FOUCAULT, M., *La evolución de la noción de “individuo peligroso” en la psiquiatría legal*, op. cit., p. 177.

través de restricciones diversas o mediante medidas terapéuticas— el riesgo de criminalidad representado por el individuo en cuestión”.⁽³⁵⁾

Con extrema lucidez, Silva Sánchez alertaba sobre el retorno a una política criminal de inocuización, no sólo en el ámbito de la política criminal norteamericana sino también en Europa.⁽³⁶⁾ En tal sentido, en nuestro medio es posible vislumbrar, atento a las solicitudes actuales al momento de otorgar beneficios de libertad condicional o asistida en determinados sujetos condenados por determinados delitos, un discurso que se presenta como el terreno fértil para sembrar planteamientos inocuidadores que pueden legitimar privaciones de libertad en sujetos que han finalizado su pena, pero que son considerados como peligrosos por su anormalidad.

Silva Sánchez señala que, además del sistema dualista —pena-medida de seguridad—, se toman una serie de medidas tendientes a buscar la neutralización del delincuente, con el objetivo de asegurar que no será fuente de riesgos para la sociedad. Se trata de medidas de control posterior al cumplimiento de la pena, es decir que la misma no se agota al momento de finalizar la privación de libertad.

La política criminal actual se encuentra atravesando un camino similar a otras legislaciones internacionales —como, por ejemplo, la legislación americana—. Si bien no llega, todavía, a los extremos de plantear un sistema de dual —pena-medida de seguridad—, en la actualidad hay cuestionarios judiciales que solicitan rasgos de personalidad y probabilidad de cometer nuevos hechos antisociales como consecuencia de dichos rasgos, al tiempo que ciertos discursos comienzan a mostrar indicios significativos de una futura política de inocuización y neutralización del anormal. Una vez más, el poder disciplinario médico jurídico comienza a formar parte del engranaje punitivo.

(35) FOUCAULT, M., La evolución de la noción de “individuo peligroso” en la psiquiatría legal, *op. cit.*, p. 175.

(36) SILVA SÁNCHEZ J., *op. cit.*, p. 701.

5 | Peligrosidad psiquiátrica y peligrosidad criminal

El término peligrosidad ha sido utilizado tanto en el ámbito del derecho penal como en el de la psiquiatría, lo que ha traído aparejado serias dificultades por tratarse de un término equívoco —es decir, que admite diferentes interpretaciones—. Más aún: si se toma en cuenta lo reseñado en párrafos previos, desde la concepción del estado peligroso, son la psiquiatría y psicología quienes se encontraban legitimados a estimar el grado peligrosidad de un determinado sujeto no enfermo pero anormal —en otras palabras, el estado peligroso que se expresa con la existencia del delincuente anormal incorregible—. A veces, dicha peligrosidad podía detectarse previo a la existencia de delito.

Desde antaño, uno de los temas más complejos para la psiquiatría ha sido la dificultad para estimar la probabilidad de que un sujeto afectado por una enfermedad mental se dañe a sí mismo o a terceros en un momento determinado. Esto se ha conocido como “peligrosidad psiquiátrica”, en contraposición a la “peligrosidad criminal” (estado peligroso), que se refiere a la probabilidad de que un individuo cometa o vuelva cometer una conducta antisocial.

Con relación a la peligrosidad psiquiátrica, la misma ha dejado paso a una terminología menos estigmatizante. En tal sentido, en el ámbito civil, el art. 482 del Código Civil, en su redacción actual, modificada por la ley 26.657, hace referencia a que la internación no voluntaria sólo puede realizarse cuando existe un riesgo cierto e inminente de que el paciente, como consecuencia de su enfermedad mental, se dañe a sí o a terceros. En esta línea, la ley 17.132, que regula el ejercicio de la medicina, en su art. 19 obliga a los profesionales del arte de curar a “Promover la internación en establecimientos públicos o privados de las personas que por su estado psíquico o por los trastornos de su conducta, signifiquen peligro para sí mismas o para terceros”. Puede sintetizarse como el riesgo grave, cierto e inminente, de que un paciente afectado por una enfermedad mental se dañe a sí o a terceros.

Sin embargo, en la actualidad, desde el ámbito de ejecución penal, se solicita a los expertos en psicología y psiquiatría que se expidan sobre la probabilidad de reincidencia futura de una conducta antisocial. Se trata de un retorno al concepto de estado de peligroso. La participación de los

expertos en el "diagnóstico" del estado peligroso, tal como se ha reseñado, tiene fuertes raíces en el positivismo criminológico, cuyas secuelas han continuado hasta la actualidad. En esta línea, es posible citar al reconocido autor argentino Bonnet, quien dedica un capítulo de su *Psicopatología y Psiquiatría Forense* al estado peligroso.⁽³⁷⁾ Bonnet, quien adhiere a la tesis de Jiménez de Asúa sobre el estado peligroso en general, señala que "...el estado peligroso es una fórmula mixta jurídica, y biológica, resultante de la esencia psicosocial de un determinado individuo, y que señala la aptitud de éste, para infringir de manera sistemática la ley penal a lo largo de su existencia".⁽³⁸⁾ Asimismo, en el ámbito español, son varios los autores que adhieren y justifican la participación de los expertos en la detección de sujetos en estado peligroso. Tal el caso de Pujol Robinat y Puig Bausili, quienes sostienen: "Siguiendo a Esbec, creemos que en España, la valoración de peligrosidad criminal por parte del medico forense y otros profesionales resulta fundamental en la aplicación de las medidas de seguridad de delincuentes (...) en la suspensión de la ejecución de la condena (...) o su sustitución...".⁽³⁹⁾

Para el análisis y valoración de la peligrosidad criminal, en diferentes países se utilizan cuestionarios o escalas. Algunas utilizan técnicas estadísticas de tipo actuarial a partir de modelos matemáticos para predecir conductas; otras son de tipo mixtas y utilizan datos clínicos. Pueden citarse la *Sex Offender Risk Assessment Guide* (SORAG), *Rapid Risk Assessment of Sexual Offense Recidivism* (RRASOR), *Minnesota Sex Offender Screening Tool - Revised* (MnSOST-R), *Static-99*, *Violence Risk Scale: Sexual Offender Version*, *Violence Risk Assessment Scheme* (HCR-20), *Sexual Violence Recidivism* (SVR-20). Los autores que abogan por la detección del estado peligroso (peligrosidad criminal) por parte de los expertos en medicina o psicología, señalan que se deben realizar valoraciones que tomen en cuenta no sólo el juicio clínico estructurado sino también un instrumento de tipo actuarial.

(37) BONNET, E. F., *Psicopatología y Psiquiatría Forenses*, Bs. As., López Editores, 1983, Libro I. Parte Especial. Capítulo III, pp. 963/995.

(38) BONNET, E. F., p. 977.

(39) PUJOL ROBINAT, A. y PUIG BAUSILI, L., "Conceptos de peligrosidad criminal. Evolución histórica del concepto. Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas", en *Cuadernos de Política Criminal*, n° 94, 2008, pp. 273/274.

Hace dos décadas, Castex y Silva,⁽⁴⁰⁾ con extrema lucidez, ya señalaban la equivocidad del término peligrosidad y las consecuencias negativas que éste acarrea en términos de estigmatización. Por ello, los autores propusieron abandonar el término de peligrosidad en psiquiatría y optaron por la "presencia en un sujeto de señales de auto y/o de heteroagresividad" que son producto de una enfermedad mental; entendiendo como enfermedad mental el amplio campo de los padecimientos psíquicos.

En otras palabras, sin enfermedad mental no hay peligrosidad psiquiátrica. Por otra parte, a modesto entender de quien estas líneas escribe, los profesionales del arte de curar sólo se encuentran legitimados a emitir un dictamen sobre la peligrosidad psiquiátrica de un sujeto⁽⁴¹⁾ cuando éste presenta una enfermedad mental. Sólo allí es donde psiquiatras y psicólogos se encuentran legitimados para intervenir.

Se trata así de limitar la intervención "sin enfermedad mental no hay peligrosidad psiquiátrica". Por todo ello, no sería posible, desde el punto de vista médico, expedirse sobre el grado de peligrosidad en sujetos a los cuales se los considera psíquicamente normales. Así, la única peligrosidad válida en psicopsiquiatría, tanto forense como asistencial, en términos epistemológicos y científicos, es aquélla que surge como consecuencia de un padecimiento psíquico. Tal como se ha señalado previamente, ello surge con claridad en los diferentes textos codilicios y leyes (art. 34, inc. 1 CPA; art. 482 CC; ley 17.132; art. 20 de la ley 26.657). Por ello, resulta artificial la división entre el enfoque de la psiquiatría asistencial y la psiquiatría forense cuando de peligrosidad se trata. En ambos casos, sólo el riesgo cierto, grave e inminente de que un paciente se dañe a sí o a terceros como consecuencia de su enfermedad, es la única razón para una internación involuntaria.⁽⁴²⁾ Tampoco los objetivos finales difieren: en ambos casos se busca tratar y mejorar el padecimiento de un

(40) CASTEX M. N. y SILVA D. H., "Peligrosidad jurídica, estado peligroso, peligrosidad psiquiátrica, y peligrosidad médico-legal: oportunas precisiones", en *Comunicación a la 36ta. Sesión de comunicaciones del Programa: Joven Adulto: ley, sociedad y violencia*, Academia Nacional de Ciencias, mayo 15, 1991.

(41) Se entiende por peligrosidad psiquiátrica, al riesgo grave, cierto e inminente de que un paciente, como consecuencia de su enfermedad psiquiátrica, se dañe a sí o terceros.

(42) No es objeto del presente realizar consideraciones sobre la medida de seguridad, su duración y su control.

paciente. Aun en el caso de una medida de seguridad, debe resaltarse que se trata de una medida terapéutica, donde el Estado no tiene como objetivo castigar al agente productor de un injusto, sino tratar su padecimiento psíquico.

En otras palabras, y al modesto entender de quien estas líneas escribe, no es la psiquiatría quien deba opinar sobre si un determinado sujeto considerado imputable, psíquicamente normal, podría volver a cometer determinado delito (**peligrosidad, temibilidad, estado peligroso**).

Sin embargo, no son pocos los dictámenes forenses que afirman que sujetos que han sido condenados, y considerados dentro de la normalidad psicojurídica, presentan severa peligrosidad y requieren tratamientos intramuros. Caben, así, algunas consideraciones al respecto: si el sujeto se encuadra dentro la normalidad psicojurídica, no resulta posible que sea peligroso y requiera un tratamiento psiquiátrico, a menos que se trate de **peligrosidad, temibilidad o estado peligroso**, o de la peligrosidad criminal tal como la entiende el positivismo criminológico.

Tal como se ha expuesto, la normalidad psíquica excluye *per se* la peligrosidad psiquiátrica. Por otra parte, puede señalarse que, de asumirse la peligrosidad y la necesidad de intervención médica y psicológica, lo que se requiere es una medida de carácter terapéutico, un tratamiento en una institución especializada y no una pena en un régimen carcelario. Debe recordarse que se trata de opiniones y dictámenes científicamente fundados: son psiquiatras y psicólogos los que enuncian dichos discursos.

6 | Consideraciones finales

En el último tiempo el enérgico reclamo de la sociedad sobre la necesidad de lograr una mayor seguridad ciudadana ha resultado ser el terreno fértil para el retorno de un discurso punitivo basado en la peligrosidad del sujeto. Se trata del regreso a una política criminal de fuerte inspiración positivista, que busca seleccionar “científicamente” a los sujetos peligrosos.

En esta línea, en el ámbito de ejecución penal, se le solicita a los psiquiatras y psicólogos que establezcan si determinado sujeto, que se encuentra penado, presenta indicadores que permitan inferir que podría llegar a

reiterar el tipo de conducta por la que fue condenado. En algunas ocasiones, los cuestionarios ahondan un poco más solicitando la estructura de personalidad y, si en el caso de otorgar el beneficio de libertad condicional, éste podría incurrir nuevamente en el mismo delito.

Así, y partir de las respuestas a dichos interrogantes solicitados por el poder penal, comienzan a resurgir discursos “científicos” psiquiátricos y psicológicos que presentan a sujetos que fueron considerados imputables, y que se encuentran cursando una pena privativa de libertad, como poseedores de trastornos psíquicos —trastornos de la personalidad, en su mayoría— que no son enfermos psiquiátricos pero revelan severos indicadores de peligrosidad, y que, por supuesto, requieren tratamiento psicológico y, eventualmente, farmacológico.

Ahora bien, se presentan así las siguientes reflexiones. Si bien pueden rechazarse y no otorgarse los institutos de la libertad condicional, por ejemplo, con los fundamentos arriba expuestos, ¿qué sucedería si las mismas preguntas fueran realizadas minutos antes de finalizar la pena y las respuestas brindadas por los expertos fueran idénticas? Se estaría, así, ante la presencia de sujetos catalogados como “peligrosos” a consecuencia de su anormalidad y ante una inminente libertad por agotamiento de la pena privativa de la libertad. Empero, ¿la sociedad se encuentra dispuesta a ello? Los principios básicos de nuestro sistema penal, conforme los pactos internacionales de derechos humanos, resultan claros (*nullum crimine sine lege, nullum crimine sine conducta*): la pena privativa de libertad sólo puede imponerse luego de acción típica, antijurídica y culpable (*nulla poena sine crimine*), y la misma no puede ser de carácter indeterminada. Asimismo, el poder punitivo del Estado tiene sus límites: no resulta posible intervenir sobre el sujeto a partir de lo que el sujeto es. En tal sentido, el respeto por el art. 19 de nuestra Constitución Nacional descarta de plano el derecho penal de autor y todas sus derivaciones.

Sin embargo, el discurso “científico” que muestra a sujetos anormales peligrosos para la sociedad se presenta como el terreno fértil para medidas restrictivas de la libertad, basadas en un peligro futuro indeterminado, cuyo objetivo es la defensa social. Dichos discursos sirven de plataforma “científica” para habilitar medidas de neutralización, inocuización del delincuente, sistemas dualistas que contemplen no sólo pena sino también una medida de seguridad indeterminada hasta que desaparezca la pe-

ligrosidad. Estos discursos, llevados al extremo, podrían plantear la desaparición de la fuente del peligro, ya que si el peligro emana en forma directa del sujeto anormal —es decir, éste es, *per se*, la causa del peligro para la sociedad— y no puede resocializarse, modificarse o tratarse, en un discurso extremo, la pena de muerte o encierro indeterminado se presentarían como soluciones posibles.

En tal sentido, comienzan a vislumbrarse rasgos significativos que remedan no sólo conceptos del positivismo criminológico —tales como **temibilidad, peligrosidad y estado peligroso**—, sino también a legislaciones como la alemana⁽⁴³⁾ y la estadounidense, con medidas y disposiciones posteriores a la pena.

En la actualidad, el discurso sobre la anormalidad peligrosa se ha extendido a toda clase de delitos (robos reiterados, lesiones, homicidios, etc.).

En consecuencia, se debe ser extremadamente cauteloso al momento de instalar una política criminal basada en la seguridad absoluta, ya que ello conlleva a un derecho penal de peligrosidad. En esta línea, una postura extrema podría legitimar no sólo medidas, disposiciones e intervenciones posteriores a la pena: se podrían imponer medidas pre delictuales en sujetos que aún no han realizado una conducta disvaliosa, pero que son considerados peligrosos.

Por ello, el discurso que brinda parte de la psiquiatría y psicología forense actual resulta, al menos, riesgoso, toda vez que se presenta, una vez más, como el discurso científico encargado de detectar, a través de sus métodos, a los sujetos que, por su personalidad anormal, resultan peligrosos para la sociedad.

Así, el derecho penal, la psiquiatría y la psicología se unen en la detección y neutralización del sujeto peligroso con el objetivo de defender a la sociedad. Tal como señala Rimo: "...habida cuenta de la probada ineficacia de la pena en relación con el fenómeno criminal, podría llegarse sin demasiada

(43) Cabe recordar que, en el último tiempo, la legislación alemana de *Sicherungsverwahrung* ha sido intensamente criticada por organismos de derechos humanos, tal como se ha señalado en la introducción del presente artículo. Ver "Kallweit v. Germany" (*application* n° 17792/07), "Mautes v. Germany" (*application* n° 20008/07), "Schummer v. Germany" (*application* n° 27360/04 and 42225/07) de la Corte Europea de Derechos Humanos, enero 2011.

dificultad, por vía del estado de necesidad de aseguramiento y de defensa de la sociedad, a generalizar las medidas de seguridad —con duración vinculada a la desaparición de la peligrosidad del sujeto; es decir indefinidas— a buena parte de la delincuencia (de imputables) o al menos aquella que en cada momento vaya generando mayor alarma social...".⁽⁴⁴⁾

Nos acercamos cada vez más a un derecho penal autor tecnificado, que permitiría, luego de la constatación "científica" por parte de los expertos del estado peligroso, imponer medidas de aseguramiento, inocuización y neutralización. En tal sentido, y tal como se demostrado a lo largo del presente, la concepción de estado peligroso propuesta por Jiménez de Asúa hace 90 años no ha perdido vigencia.

Tal como señalan Schall-Schreibauer, quien es citado por Silva Sánchez "una sociedad que quiere mantenerse en un Derecho penal respetuoso con la individualidad y los derechos fundamentales de la persona, también del delincuente, una sociedad que, por tanto, quiere conceder a todo autor la posibilidad de la resocialización, debe también estar dispuesta necesariamente a soportar un riesgo para la seguridad de la colectividad".⁽⁴⁵⁾

(44) RIMO, A., "Límites a la duración de las medidas de seguridad en España y derecho penal de la peligrosidad", en *Revista de derecho penal y procesal penal*. n° 6, 2011, p. 967 y ss.

(45) SCHALL/SCHREIBAUER, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1997, p. 2420, citado por Silva Sánchez, J., Arroyo Zapatero-Berdugo Gómez de la Torre, *El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico penales frente a los delincuentes sexuales violentos. Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, vol. I, Cuenca, Ediciones de la Universidad Castilla de la Mancha-Ediciones Universidad Salamanca, 2001, p. 710.

El Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura

La aprobación de la ley que promueve su creación establecida en el Protocolo Facultativo del Convenio contra la Tortura⁽¹⁾

por **FRANCISCO MUGNOLO**⁽²⁾

En 1994 la República Argentina incorporó a su Constitución Nacional la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (art. 75, inc. 22), y en junio de 2006 entró en vigencia el Protocolo Facultativo de la Convención —en adelante, Protocolo Facultativo— adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, del que el Estado argentino también resulta parte (ley 25.932).

Mediante ese instrumento los Estados parte afirmaron la “necesidad de adoptar nuevas medidas para alcanzar los objetivos de la Convención contra la Tortura” y se fijaron como tarea “establecer un sistema de visitas periódicas a cargo de órganos internacionales y nacionales independientes a los lugares en que se encuentren personas privadas de su libertad, con el fin de prevenir la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” (art. 1°).

(1) Ponencia presentada en el panel “Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura”. *Congreso Internacional de Ejecución Penal* —CEEP—, Facultad de Derecho, agosto 2013.

(2) Procurador Penitenciario de la Nación.

Además del Subcomité Internacional para la Prevención de la Tortura (órgano creado por el Protocolo, art. 2), se pactó que “Cada Estado Parte establecerá, designará o mantendrá, a nivel nacional, uno o varios órganos de visitas para la prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” (art. 3); para lo cual se estableció como plazo máximo un año desde la entrada en vigor del Protocolo. Dicho plazo expiró en junio de 2007, y recién en enero de 2012 entró en vigor la ley de creación del Sistema Nacional de Prevención de la Tortura (ley 26.827).

I | El largo proceso legislativo para sancionar la ley de creación del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura

Luego de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo en junio de 2006, el Poder Ejecutivo Nacional se erigió en núcleo del proceso de formulación del futuro Mecanismo Nacional. Pero al cabo de las primeras discusiones se hizo evidente que la intervención del Ejecutivo habría de afectar la “independencia funcional” (art. 18 del Protocolo) del mecanismo propuesto; así como la necesidad de tomar en cuenta los sistemas de visita y monitoreo ya existentes, especialmente la Procuración Penitenciaria de la Nación (PPN). Al tiempo que algunos Estados Provinciales plantearon objeciones ante las propuestas iniciales en base al principio de autonomía local.

A principios del año 2008 un colectivo de organizaciones de la sociedad civil de distintos lugares del país interesadas en la cuestión carcelaria decidió elaborar un proyecto de ley destinado a la creación del mencionado Mecanismo Nacional, proyecto que fue presentado al Ministro de Justicia en el mes de julio de ese año sin que se obtuviese resultado alguno.

Durante el año 2010 en el ámbito de la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados de la Nación se llevó adelante un amplio proceso de diálogo y consulta acerca de la institucionalización del Mecanismo Nacional de Prevención, del que surgió un proyecto de ley consensuado

por todos los bloques legislativos, así como con las organizaciones gubernamentales y de la sociedad civil vinculadas a la cuestión carcelaria y de prevención de la tortura.

El proyecto legislativo resultante fue aprobado por unanimidad en las tres comisiones que tuvieron intervención (Derechos Humanos; Peticiones, Poderes y Reglamentos; y Presupuesto). El modelo de Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura establecido en el proyecto satisfacía plenamente las exigencias del Protocolo Facultativo, y —a criterio de esta Procuración— resolvía muy adecuadamente los dos desafíos más complejos que plantea el Protocolo en un Estado federal, como son la participación e interrelación del Estado Nacional y de las Provincias y el carácter mixto del Mecanismo, con participación tanto del estado como de la sociedad civil.

Por cuanto se refiere a la participación de la Procuración Penitenciaria de la Nación, el proyecto de ley reconoció a este organismo como el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura en los lugares de detención dependientes de autoridades nacionales y federales.

Ese dictamen aprobado por las referidas tres comisiones de la Cámara de Diputados perdió estado parlamentario a comienzos del año 2011. Tras lo cual un grupo de legisladores repusieron el proyecto, proponiendo el texto de ley aprobado por las comisiones durante el año anterior.

El día 7 de septiembre de 2011 la Cámara de Diputados de la Nación aprobó por unanimidad el proyecto de ley de Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura. La media sanción de Diputados constituyó un paso importantísimo en el camino de la República Argentina hacia el cumplimiento del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura.

A partir de ahí se inició la tramitación del Proyecto en el Senado. Luego de transcurrido más de un año de la media sanción, el Proyecto fue aprobado por el Senado el 14 de noviembre de 2012, aunque con modificaciones relativas a la composición del Comité Nacional, por lo que requería nueva aprobación en Diputados. Así, tras las modificaciones que introdujo el Senado, la Cámara de Diputados sancionó —el 28 de noviembre de 2012— la ley de creación del “Sistema Nacional de Prevención de la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”. Finalmente, la ley fue promulgada de hecho el día 7 de enero de 2013 con el número 26.827.

La Asociación para la Prevención de la Tortura (APT)⁽³⁾ emitió un comunicado en el que “celebra la aprobación por el Congreso de la Nación de la ley que crea el Sistema Nacional de Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes”. En ese comunicado también afirma que “(c)on esta medida, el Estado argentino da un paso fundamental hacia el cumplimiento de la obligación internacional asumida en el 2004 cuando adhirió al Protocolo Facultativo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas, Crueles, Inhumanos o Degradantes (Protocolo Facultativo)”. Pero a la vez señala que

“la APT quisiera alertar que las modificaciones introducidas por el Senado en cuanto a la composición y al proceso de selección de los miembros del Comité Nacional deberán ser implementadas, garantizando la independencia y autonomía del futuro mecanismo. En efecto, ambos requisitos son indispensables en virtud del Protocolo Facultativo. En particular, la APT confía en que las autoridades responsables por la puesta en marcha de esta ley adoptarán todas las medidas y salvaguardas que estén a su alcance para garantizar que el procedimiento de selección y nombramiento de los representantes parlamentarios y de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación sea transparente y abierto e incluya la participación de la sociedad civil, según los estándares internacionales en la materia. Destacamos la importancia que se dé cumplimiento, de manera integral, a los dispositivos que prevén la oportunidad para presentación de observaciones e impugnaciones y la realización de audiencia pública, y que las futuras reglamentaciones del procedimiento de selección busquen fortalecer la amplia participación ciudadana en el proceso”.⁽⁴⁾

Además de los cambios señalados por la APT en la composición del Comité Nacional para la Prevención de la Tortura, la ley 26.827 no contempla el plazo perentorio de un año para la creación o designación de los mecanismos locales, que estaba previsto en el Proyecto que había obtenido media sanción de la Cámara de Diputados en el año 2011.

(3) Se trata de la ONG internacional que impulsó la sanción del Protocolo Facultativo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Protocolo Facultativo) y viene trabajando en su implementación en la Argentina y el resto del mundo.

(4) Comunicado de APT, 30/11/2012.

2 | El Sistema Nacional de Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Ley 26.827

La ley 26.827 establece un sistema institucional cuyo objeto es garantizar todos los derechos reconocidos tendientes a la prevención y prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, consagrados por los artículos 18 y 75, inc. 19, de la Constitución Nacional, por la Convención contra la Tortura, el Protocolo Facultativo y demás tratados internacionales que versaren sobre estos derechos. Todo ello, de conformidad con lo establecido en los arts. 29 y 30 del Protocolo Facultativo.

La designación del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura en cumplimiento del Protocolo Facultativo por parte de nuestro país, enfrentaba un desafío institucional adicional: el régimen federal que es pilar de nuestra Constitución Nacional.

La cuestión era cómo instituir un mecanismo que tuviese alcance nacional y a la vez respetar la autonomía provincial en la materia, ya que la prevención de la tortura y en general las actividades conexas a ese objetivo no se encuentran entre las facultades delegadas al Estado federal (arts. 121, 126 y concordantes de la Constitución Nacional). La imposibilidad de avanzar en ese aparente dilema fue una de las razones primordiales —aunque no la única— del fracaso de los primeros anteproyectos de ley elaborados por el Poder Ejecutivo nacional. Y esa fue, también, una de las cuestiones que se planteaban como más problemáticas al comienzo del proceso legislativo que terminó con la sanción de la ley 26.827.

El mecanismo adoptado para resolver ese aparente dilema surgió de una propuesta de la PPN, hecha pública desde el año 2007 en adelante.⁽⁵⁾ En aquel documento sosteníamos:

“El MNP debe constituir un instrumento efectivo de prevención de la tortura sobre cualquier situación de privación de libertad

(5) Se trató del documento “Propuesta de la Procuración Penitenciaria de la Nación sobre el Mecanismo Nacional de Prevención (MNP) del Protocolo Facultativo del Convenio contra la Tortura. Documento para el debate” (Informe Anual 2007, p. 356 en adelante).

en **todo el territorio** argentino. En este sentido debe tenerse en cuenta que la Argentina es un **país federal**, por lo que cada una de las Provincias debe tener autonomía para crear el mecanismo estatal-institucional de prevención que cumpla las funciones en su territorio, obviamente respetando las pautas que establece el protocolo facultativo y que se puedan establecer a nivel federal. A partir de ello, se plantean dos cuestiones: cómo y en qué medida los pactos internacionales en materia de Derechos Humanos obligan a las Provincias; y si una eventual autoridad de aplicación del Protocolo a nivel nacional puede controlar u obligar a las autoridades provinciales. Para resolver el problema federal se propone crear un **Comité Nacional Coordinador de los MNP**. Este Comité podría estar integrado por representantes designados por las provincias y la Ciudad de Buenos Aires, así como por representantes designados por la sociedad civil...".

Esa idea, que presentábamos como "cogobierno federal" del mecanismo nacional, fue recogida en uno de los proyectos que nutrieron el debate llevado adelante en el seno de la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados de la Nación.⁽⁶⁾ Y luego de ser reformulada, fundó la creación del **Consejo Federal de Mecanismos Locales para la Prevención de la Tortura**, que es un organismo colegiado previsto por la ley 26.827 integrado por los mecanismos locales, a cargo del cual se encuentran las decisiones que pueden resultar sensibles para las autonomías provinciales. El **Consejo Federal convive con el Comité Nacional para la Prevención de la Tortura**, que tiene atribuciones en materia de coordinación, planificación, administración y relaciones exteriores (entre otras), en el cual se ven representadas las organizaciones no gubernamentales.

Mientras que el Comité Nacional requiere para su puesta en marcha un largo proceso de deliberación legislativa —que incluye convocatorias, audiencias públicas, impugnaciones, dictámenes, acuerdo de los plenarios de ambas cámaras, etc.—, la constitución del Consejo Federal exige la designación y puesta en marcha de un número mínimo de cuatro mecanismos

(6) Se trató del proyecto de ley presentado por el diputado Gustavo Cusinato. El otro proyecto de ley había sido elaborado por un colectivo de ONGs, y fue presentado por la diputada Victoria Donda Pérez, presidenta de dicha comisión, con el apoyo de un amplio grupo de legisladores.

locales y su posterior integración a dicho cuerpo colegiado, más el Procurador Penitenciario de la Nación y el Presidente del **Comité Nacional**.

3 | El papel de la Procuración Penitenciaria en el Sistema Nacional de Prevención de la Tortura

La legislación promulgada recientemente recoge la intención institucional de la PPN de erigirse en mecanismo de prevención de la tortura en los lugares de detención dependientes de autoridades federales, tal como fuera hecho explícito en el documento del año 2007. Lo cual no obsta la necesidad de que exista una autoridad por sobre ese y los demás mecanismos “locales” (al cual la PPN se encuentra equiparada), a cargo de la coordinación, dirección y planificación del sistema en su conjunto; así como de la representación de todo el Mecanismo Nacional ante los organismos internacionales y en particular ante el Subcomité para la Prevención de la Tortura (SPT).

Cabe destacar la participación prevista para la Procuración Penitenciaria en los dos órganos de gobierno del mencionado sistema: el **Comité Nacional para la Prevención de la Tortura** (art. 11 inc. b) y el **Consejo Federal de Mecanismos Locales para la Prevención de la Tortura** (art. 21).

El art. 32 de la ley, a su vez, establece que “La Procuración Penitenciaria de la Nación, sin perjuicio de las demás facultades establecidas por la ley 25.875, cumplirá las funciones de mecanismo de prevención de la tortura en los términos de la presente ley en todos los lugares de detención dependientes de autoridad nacional y federal”.

Dicha designación, como mecanismo de prevención de la tortura en todos los lugares de detención dependientes de autoridad nacional y federal, implica una considerable ampliación de las facultades y misiones fijadas por la ley 25.875 a este organismo. Por un lado, debido a lo dispuesto por el art. 4° de la ley, que define el **lugar de detención** como

“cualquier establecimiento o sector bajo jurisdicción o control de los Estados nacional, provincial o municipal, así como cual-

quier otra entidad pública, privada o mixta, donde se encuentren o pudieran encontrarse personas privadas de su libertad, por orden, instigación, o con consentimiento expreso o tácito de autoridad judicial, administrativa o de otra autoridad pública. Esta definición se deberá interpretar conforme lo establecido en el art. 4º, incs. 1 y 2, del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes”.

Se trata de una disposición que zanja definitivamente la controversia planteada entre la PPN y el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación respecto de la competencia de este organismo para visitar los lugares de detención dependientes de esa cartera.⁽⁷⁾ Del mismo modo que se encontrarían alcanzados otros lugares de detención no penitenciarios, como las instituciones de salud mental y hogares de niños, niñas y adolescentes (entre otros) en las que existan personas privadas de su libertad bajo una orden o a disposición de autoridades públicas nacionales o federales.

Al mismo tiempo, en su actuación como mecanismo de prevención de la tortura, esta Procuración deberá ajustarse a los principios contenidos en el art. 5º de la mencionada ley. A la vez que el accionar de la PPN debiera considerar en el desarrollo de sus tareas los “estándares de funcionamiento” fijados por los arts. 41 a 56 de dicha ley.

Entre dichos estándares, vale la pena destacar que —como mecanismo de prevención de la tortura en todos los lugares de detención dependientes de autoridad nacional y federal—, las facultades de la PPN se han visto reforzadas y/o ampliadas en materia de acceso a la información (art. 42, 51 y 52), acceso a los procesos de selección y ascensos (art. 43), acceso a las víctimas (art. 44), intervención judicial (art. 46) e inmunidades (art. 53), entre otros. Al tiempo que han sido consagradas disposiciones que podrían afectar y/o potenciar los procedimientos internos de esta institución, especialmente en materia de confidencialidad y secreto profesional (arts. 45 y 47).

En torno a las nuevas funciones de este organismo en el cumplimiento del papel fijado por el art. 32, resulta destacable la tarea indicada por el

(7) Véase Informe Anual PPN 2009, pp. 175/179.

art. 35, inc. d): “Diseñar y recomendar acciones y políticas para la prevención de la tortura, y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y promover la aplicación de sus recomendaciones, estándares y criterios de actuación por las autoridades competentes.” Norma complementaria con el mandato señalado para todo el sistema por el art. 5º, inc. d), que indica el diálogo y la cooperación interinstitucional para llevar adelante los objetivos del sistema y el adecuado cumplimiento del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

4 | Desafíos para la implementación de la ley

Como es evidente, la ley 26.827 diseña un sistema institucional complejo. El mismo es el resultado de la intención política del Congreso Nacional de dar cumplimiento cabal a todos los desafíos planteados en la materia, tanto por el Protocolo Facultativo —que exige un sistema institucional pluralista e independiente en línea con los Principios de París—, como al sistema federal vigente en nuestro país.

Esa complejidad institucional seguramente tendrá como consecuencia un largo y trabajoso período de implementación, especialmente en lo que respecta a la designación de sus autoridades previstas por la ley 26.827 y la plena constitución de las mismas. Ello exigirá grandes esfuerzos por parte de todos los actores —especialmente en el Poder Legislativo— e impondrá la necesidad de que los mecanismos locales —como la PPN— vayan asumiendo responsabilidades en sus respectivas jurisdicciones, al tiempo que colaboran en la creación de las instituciones federales de dicho sistema y su articulación con el SPT.

En cuanto al proceso de designación de los Mecanismos Locales de Prevención de la Tortura, el mismo se inició incluso antes de la aprobación de la ley, de modo que actualmente hay ya varias Provincias que designaron su propio Mecanismo. Es el caso de Chaco, Río Negro, Salta, Mendoza y Tucumán, destacando que en las tres primeras Provincias el Mecanismo Local se encuentra ya en funcionamiento, mientras que en Mendoza y Tucumán ha sido creado por ley y se halla en proceso de implementación.

El Sistema Nacional de Prevención de la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, una vez constituido, deberá funcionar como un actor permanente, no sujeto al ciclo electoral, dotado de amplias facultades políticas y de control, capaz de involucrarse virtuosamente en la política criminal, penal y penitenciaria y en general en las que tengan relación con la privación de la libertad (la de salud, la de desarrollo social, la de seguridad, etc.).

Ese actor nuevo, pluralista, complejo y dotado de innumerables puntos de apoyo para llevar adelante estrategias coherentes con sus objetivos institucionales, deberá resolver las grandes dificultades que puede acarrear su complejo diseño institucional. Para ello contará para lograrlo con amplias facultades para la acción y el autogobierno.

Pero al margen de la creación del Sistema Nacional de Prevención de la Tortura, es necesario que desde todos los poderes del Estado —Legislativo, Ejecutivo y Judicial— se incluya en agenda el problema de la tortura en los lugares de detención y, en consecuencia, se diseñe un plan de erradicación de esta práctica, el cual debe involucrar estrategias de diverso alcance: adecuada selección y capacitación del personal policial y penitenciario, así como de los operadores de la administración de justicia que tienen a cargo la investigación judicial de la tortura y los malos tratos, rígidos controles y recurso a sanciones administrativas y penales para los funcionarios involucrados en casos de tortura, “civilización de las prisiones”, esto es, traspaso de responsabilidades e intervenciones a esferas civiles —servicios médicos, educación, trabajo, asistencia social—, monitoreo de las cárceles por parte de diversas instituciones, tanto del propio poder ejecutivo como de los organismos de control externos y de organizaciones de la sociedad civil, establecimiento de estrategias y programas de protección a las víctimas y denunciantes de tortura, entre otros.

Estas deudas pendientes constituyen el contexto en el que se presenta ahora el desafío de la constitución y puesta en funcionamiento del Sistema Nacional de Prevención de la Tortura. Son muchas las expectativas que genera, y en particular desde una institución como la Procuración Penitenciaria que viene desarrollando funciones de prevención de la tortura como objetivo prioritario de trabajo desde hace más de cinco años, tenemos la esperanza de que nuestra inclusión en el Sistema Nacional permita fortalecer y amplificar los resultados del trabajo que se viene realizando.

Del (so)juzgamiento de la palabra a la palabra del sujeto

por NATALIA MACCORIN⁽¹⁾ y PABLO PARNES⁽²⁾

“... En cierto modo parecían tratar el asunto con prescindencia de mí. Todo se desarrollaba sin mi intervención. Mi suerte se decidía sin pedirme opinión. De vez en cuando sentía deseos de interrumpir a todos y decir: ‘Pero, al fin y al cabo, ¿quién es el acusado? Es importante ser el acusado. Y yo tengo algo que decir...’”
(*“El extranjero”*, **Albert Camus**)

I | De “encubridora” a “no apta”

R., de 24 años, asiste a la primera entrevista de admisión del Área Judicial de la Dirección de Salud Mental del Municipio de Moreno con un oficio firmado por la defensora oficial. La carátula del oficio rezaba “G. I. s/ medida de abrigo” y solicitaba brindar a la mayor brevedad posible tratamiento psicológico a R. Llama la atención que al final del oficio se señala: “Se autoriza para su diligenciamiento a la señora L. H.”; ¿por qué la señora L. debiera ser quien gestionara el tratamiento de R., que es mayor de edad?

(1) Residente de Segundo Año de la Residencia PRIM Moreno de Psicología, Rotante del Área Judicial de la Dirección de Salud Mental del Municipio de Moreno.

(2) Exjefe de Residentes de la Residencia PRIM Moreno de Psicología, Psicoanalistas, Psicólogo del Área Judicial de la Dirección de Salud Mental del Municipio de Moreno.

Se le pregunta a R. porqué la defensora oficial solicita un tratamiento para ella. La postura corporal de R. denotaba inhibición: encorvada, hablando bajo y mirando con cierta desconfianza. Contesta que estuvo presa 10 meses en la cárcel de Azul "porque no hizo nada" cuando su expareja le propició una golpiza al bebé de ambos de 4 meses:

"Me hicieron estudios neurológicos, porque cuando yo era chica tuve epilepsia y cuando el papá del nene le pegaba, yo me quedé paralizada, luego comencé a gritarle que no le pegara al nene así. Vinieron los vecinos y llevé al bebé al hospital. La denuncia es del hospital. El papá del nene me amenazaba con lastimarme si contaba lo que había pasado. Al principio no conté a la policía lo que pasó, después sí, yo tenía miedo. Me llevaron después de varios días por encubrimiento. Estando con él era re tonta, siempre fui miedosa."

R., como objeto del proceso judicial es, en un primer momento, juzgada por encubrir al padre del niño, por no ser ella quien realiza la denuncia, sino el hospital. La justicia no escucha que R. había sido amenazada por su entonces marido, de quien ya había recibido golpizas y maltratos, a quien le tenía miedo. En entrevistas posteriores se le pregunta a R. si ella sentía que había encubierto al papá del niño y ella contesta: "No, no lo encubrí, nadie escuchó que me había amenazado y que yo le tenía miedo porque ya me había pegado."

La Justicia, a partir de su lectura de los hechos, criminaliza el miedo de R., crea una delincuente: "La prisionización innecesaria fabrica delincuentes, al igual que la estigmatización de las minorías es una clara profecía auto-realizada (jóvenes con dificultades de identidad asumen los roles desviados imputados mediáticamente, reafirmando los prejuicios propios del estereotipo)".⁽³⁾ La pena fueron 3 años de cárcel, quedando I. G., hijo de R., desde los 4 meses institucionalizado, y hoy tiene cerca de 3 años. La señora L., abuela adoptiva de R., presentó papeles que diagnosticaban a R. con retraso madurativo como consecuencia de la epilepsia padecida, lo que fue un atenuante para la causa de encubrimiento. Pero dicho diagnóstico resulta aplastante para la joven a la hora de poder revincularse con su hijo, declarándosela incapaz de defenderlo y juzgándola como no apta

(3) ZAFFARONI, EUGENIO R., *La cuestión criminal*. Buenos Aires, Planeta, 2012, p. 310.

para ser madre. ¿Cómo se entronca lo moral, lo objetivo y lo subjetivo sobre un hecho que escapa de la faz de la realidad fáctica? La vivencia del hecho tiene el lugar de lo *éxtimo*, en tanto el hecho en sí mismo se pierde, termina por ser una construcción que guarda cierta ajenidad con el hecho vivido. ¿Qué es lo verdadero del hecho? ¿Qué es lo que se juzga como verdadero?

El proceso judicial arriba a la reconstrucción de los hechos con las pruebas del delito⁽⁴⁾ con que cuenta y, en función de eso, se juzga a la persona respecto de su accionar. ¿Cómo atraviesa lo moral el proceso judicial de R.? Michael Foucault ya había señalado que “en el fondo las personas son juzgadas no tanto por sus actos cuanto por su personalidad”.⁽⁵⁾ La abuela adoptiva de R. en una entrevista manifiesta que están peleando por la tenencia del niño, “la que quedaría a cargo del niño sería yo, porque R. no puede porque tiene retraso madurativo, aunque es la madre”. R. queda alienada a este diagnóstico que se sostiene en el significante “paralizada”, no solo afirmado por las instituciones de la justicia, sino también por su abuela y por sí misma. La Justicia se constituye como **Otro Absoluto** que dice del ser del sujeto: “usted no es apta para ser madre”. Y desde ese lugar se le niega saber el paradero de su hijo y visitarlo; se le exige que realice un tratamiento psicológico del cual está a cargo su abuela y se la cita periódicamente a entrevistas con peritos psicólogos y psiquiatras que indagan sobre su (in)capacidad para ser madre.

En medio de la alienación de R. surge una brecha para trabajar en las entrevistas de admisión, donde la joven manifiesta: “Estoy luchando por ver al nene. Yo quiero que me ayuden a defenderme. Yo quiero demostrar que sí puedo”. Las entrevistas de admisión constituyen un espacio donde R. puede decir de su verdad, donde es importante lo que ella tiene para decir.

(4) “Delito es una conducta humana individualizada mediante un dispositivo legal (tipo) que revela su prohibición (típica) que por no estar permitida por ningún precepto jurídico (causa de justificación), es contraria al orden jurídico (antijurídica) y que, por serle exigible al autor que actuase de otra manera, en esa circunstancia, le es reprochable (culpable)”. Ver ZAFFARONI, EUGENIO R., *Manual de derecho penal. Parte general*, Bs. As., Ediar, 1996, p. 324.

(5) GEREZ AMBERTÍN, MARTA, *Culpa, responsabilidad y castigo en el discurso jurídico y psicoanalítico*. Bs. As., Editorial Letra Viva, 2004, p. 27.

2 | Un espacio para el asombro

*“Los metafísicos de Tlön no buscan la verdad
ni la verosimilitud; buscan el asombro”*

Jorge Luis Borges

¿Cómo trabajar con R. la alienación al diagnóstico de retraso madurativo que homologa la ausencia epiléptica con la parálisis frente a una situación de violencia? ¿Se la sanciona moralmente como “no apta” para ser madre por no tener la reacción esperada desde el ideal de “una buena madre”? ¿Cómo incide en el espacio de entrevistas de admisión el hecho de que seamos un instrumento de la Justicia que la juzgó? ¿Qué lecturas posibles hay respecto de la demanda de tratamiento psicológico para R. de la Justicia?

En primer término, se operó buscando diferenciar el espacio de entrevistas de admisión del proceso judicial y de las entrevistas con los peritos psicólogos y psiquiatras. Este espacio era de ella, podía hablar de lo que se le ocurriera, se trataba de devolverle la posibilidad de palabra a quien le había sido inhabilitada. En este sentido, desde el psicoanálisis se sostiene que “... El sujeto está virtualmente en todo lugar de su discurso en el momento mismo en que dice ‘todo lo que se le cruza por la mente’”.⁽⁶⁾ A su vez, se le señaló que el dispositivo de entrevistas del Área Judicial no era un organismo de juzgamiento, sino de tratamiento psicológico; sin embargo, no es posible desligarnos de los atravesamientos de lo judicial en el dispositivo, por lo que es clave la anticipación de las demandas posibles de la Justicia respecto de nuestra labor en el espacio terapéutico, por ejemplo, el pedido de informes o el llamado a declarar. Como psicólogos, nuestra práctica es contextualizada en lo judicial, lo que difiere de la práctica en el consultorio privado o en otra institución o dispositivo de atención en lo público.

En la práctica diaria en el Área Judicial nos vemos interpelados por la Justicia de manera permanente, que nos llama a responder por los tratamientos que realizamos desde “la demanda social de una fábrica normalizada

(6) CHAUMON, FRANCK, *La ley, el sujeto y el goce. Lacan y el campo jurídico*. Bs. As., Ed. Nueva Visión, 2004, p. 100.

de ideales...".⁽⁷⁾ En este sentido, el dispositivo de entrevistas de admisión pivotea entre la demanda normalizadora de la Justicia que pretende la rehabilitación de las personas que fueron objeto de su (so)juzgamiento y la oferta a estas mismas personas de un espacio para su subjetividad. Queramos o no, somos parte de un engranaje, atender a esto implica una toma de posición: frente a las demandas de la Justicia no podemos no responder, pero sí podemos elegir cómo responder.

Retomando la frase de Borges, entendemos que "la verdad de los hechos" no existe, ni en lo judicial, ni en lo analítico; es algo del orden de lo perdido. Los hechos son una construcción verosímil. Lo verosímil es lo que se reclama como verdadero, a partir de lo que se juzga. La Justicia dota a las palabras de una consistencia tal que los sentidos se tornan absolutos y coaccionantes para las personas que son objeto del proceso judicial. La Justicia trasmuta los dichos de las personas de acuerdo con su uso en el proceso: lo que se dice, se es. Esto difiere de lo sostenido por el psicoanálisis, según el cual el sujeto está en el entredicho.

El trabajo analítico es una invitación al asombro. En el trabajo analítico con R. se buscó deconsistir aquellos significantes a los que se encontraba alienada, relanzando la producción de nuevos sentidos y la posibilidad de cuestionar el discurso del Otro Absoluto encarnado por la Justicia e, inclusive, por la abuela adoptiva. Significantes de un Otro Absoluto que la inmovilizaban en relación a su deseo. Los momentos de asombro en las entrevistas se encuentran ligados a los movimientos en relación a lo que aparece como sintomático: "la parálisis". Por ejemplo, en una de las entrevistas, R. exclama sorprendida: "El lunes estuve con los peritos y ¡pude hablar! No me quedé callada como antes, me hacían preguntas y les contesté, incluso les dije: ¡cuándo me iban a dejar ver a mi hijo! Yo vi sus caras, estaban sorprendidos de que les hablaba". R. reconocía asombrada cambios en su conducta frente a los demás, "ahora hablo más, pregunto cómo viajar en la calle". Se refiere entonces a su espacio terapéutico y a su psicóloga tratante y dice: "Yo antes fui con una psicóloga del juzgado, pero con ella me sentía juzgada, me preguntaba todo el tiempo por qué no había hecho nada, por qué me había paralizado. Yo me quedaba callada, sería. Con usted, es distinto, ¡puedo sonreír!".

(7) CHAUMON, FRANCK, *op. cit.*, p. 98.

3 | ¿Un diálogo posible?

¿Cómo posibilitar el diálogo entre el/la psicólogo/a y la Justicia? ¿Cómo dar lugar al discurso del sujeto del inconsciente en este diálogo?

La Justicia busca la reconstrucción de un hecho precisando pruebas, “en tanto necesita objetivar el acto”,⁽⁸⁾ mientras nosotros buscamos reconstruir algo de la verdad subjetiva a partir del discurso del sujeto en su dimensión de enunciación. Traer algo del lugar de la enunciación y no del enunciado es lo que nos permite un aporte y una posibilidad de diálogo con la Justicia. En este sentido, el lugar de la enunciación es el lugar del asombro... allí donde adviene algo que no se espera. La verdad del sujeto antes corporizada en el síntoma *parálisis* ahora se corporiza a través de las palabras de R.; “pude hablar”, dice sorprendida ante una diferencia de “la parálisis”. Este decir, sorprendido, constituye uno de los efectos del sujeto que evidencia cuando algo de la enunciación es tocado.

En el trabajo analítico de deconsistencia sobre los sentidos a los que R. se hallaba alienada, hay una dimensión de diálogo con lo judicial: no solo se nos plantea cómo responder, sino que a través del trabajo con R. estamos en diálogo con ese Gran Otro que es la Justicia, que ha producido un sujeto delincuente. Un Otro que produce un sujeto (so)juzgado; gozado a través de la distribución de sentidos y culpa. En el trabajo con R. se percibe que ella no se encuentra identificada con el cargo de encubrimiento por el que fue juzgada y penada, pero sí se hallaba identificada al diagnóstico de retraso madurativo que ponía en cuestión el ejercicio de su función materna. Surge entonces una pregunta a partir de los movimientos que se fueron produciendo en el trabajo analítico con la joven, ¿es posible generar un diálogo con la Justicia donde la dimensión de la enunciación del sujeto sea tomada en cuenta? ¿Cómo?

La psicóloga tratante piensa, entonces, en la posibilidad de interlocutar con la Justicia a través de un informe. Cabe señalar que aún no ha habido pedido de informe del caso. ¿El informe responde a la Ética del Bien? ¿O es una intervención posible a partir de un tiempo de comprender y llegar a un tiempo de concluir para deconsistir al Otro en el trabajo analítico? La

(8) GEREZ AMBERTÍN, MARTA, *op. cit.*, p. 29.

psicóloga del Área Judicial, en tanto funcionaria pública, piensa al informe no solo como una demanda de la Justicia, sino como una herramienta del psicólogo para dialogar con ella, lo cual se pone en relación con el código de ética del psicólogo de la FEPPRA. Y en relación a lo clínico, siguiendo la ética del psicoanálisis, posicionándose en la función del analista, se piensa al informe como una intervención posible que continúa en la dirección de deconsistir al Otro Absoluto encarnado en la Justicia y dar lugar a la palabra del sujeto. En este sentido, el informe puede ser o no escuchado por la Justicia, pero esto no implica olvidar la dimensión clínica del acto del analista en la dirección de la cura. En relación a ello, la psicóloga toma posición al respecto y concluye que no es lo mismo escribir un informe a no escribirlo; como siempre, solo a *posteriori* se verán sus efectos.

Especialización en el fuero penal juvenil: ¿realidad, ficción o utopía?

por **DAVID PERELMUTER**⁽¹⁾

I | Introducción

En el presente trabajo se pretende realizar una aproximación a los principios rectores de reconocimiento y protección de los niños, niñas y adolescentes a partir del principio de especialidad establecidos tanto en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN),⁽²⁾ Reglas de Beijing,⁽³⁾ Directrices de Riad⁽⁴⁾ como en la normativa nacional,⁽⁵⁾ de la Provincia de

(1) Defensor Penal Juvenil. Este trabajo fue realizado con la colaboración de María Cecilia Bengoechea y Cristian Fraga.

(2) La Convención sobre los Derechos del Niño fue adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20/11/1989. En la República Argentina fue sancionada el 27/10/1990. En virtud de lo dispuesto por el art. 75, inc. 22 de nuestra Constitución Nacional, la presente Convención posee jerarquía constitucional.

(3) Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing) fueron aprobadas por la Asamblea General de Naciones Unidas el 29/11/1985 en Resolución 40/33. La Corte Suprema de Justicia de la Nación se remitió a ellas al fallar el caso "Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado", sentencia del 07/12/2005.

(4) Directrices de Naciones Unidas Para la Prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad) adoptadas y proclamadas por la Asamblea General de Naciones Unidas el 4 de diciembre de 1990 en Resolución 45/11.

(5) Ley 22.278, Régimen Penal de la Minoridad; ley 26.061, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

Buenos Aires,⁽⁶⁾ y también en la jurisprudencia, Observaciones Generales y Opiniones Consultivas referidas a la temática.

A modo de introducción, podemos aseverar que el principio de especialidad se encuentra plasmado en la legislación nacional y también fue receptado en las reformas legislativas provinciales, las cuales se realizaron a los fines de adecuar el derecho interno en consonancia a los parámetros internacionales establecidos.

Sin embargo, luego de un desarrollo de este principio rector en materia penal juvenil, se podrá determinar que en la República Argentina no se ha registrado una observancia acabada por parte de los órganos judiciales ni tampoco de otras instituciones públicas.

2 | Diversas aplicaciones del Principio de Especialidad en el plano internacional

El texto de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño tuvo su aprobación unánime por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, por considerar que los niños y niñas de todo el mundo debían tener un instrumento internacional especialmente destinado a ellos en virtud de los cuidados y las protecciones especiales que los adultos no necesitan. Allí se define a niño como todo ser humano menor de 18 años de edad.

Es así que la Convención se transformó en un documento jurídicamente vinculante en septiembre de 1990, después de su ratificación por 20 Estados, convirtiéndola en el tratado de derechos humanos más ratificado en la historia.

El Estado Argentino ha ratificado la Convención Internacional de los Derechos del Niño en el año 1990, adquiriendo posteriormente jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 CN), con lo cual se impulsaron en nuestro país las reformas y adopciones de medidas legislativas, administrativas, judiciales o de cualquier otra índole con el fin de hacer efectivos

(6) Ley 13.634.

los derechos, principios y garantías reconocidas en dicho instrumento internacional.

Es a partir de la vigencia de la CDN que, en los Estados en cumplimiento del mandato internacionalmente establecido, se inicia un proceso de adecuación a la luz de la doctrina de la protección integral, en la cual se considera al niño sujeto pleno de derechos, dejando atrás la concepción de que es un sujeto pasivo de medidas de protección, transitando de este modo de un sistema tutelar a uno de responsabilidad y garantista.

Entendemos que la CDN ha establecido principios rectores de protección integral de los derechos de los niños, agrupados de la siguiente manera: los principios del interés superior del niño, definición de edad mínima de imputabilidad, de autonomía progresiva, de participación, intervención mínima del sistema formal, uso de la privación de la libertad como último recurso. Todos ellos tienen una relevancia particular en el diseño y operación de un sistema de responsabilidad penal juvenil.

La normativa jurídica y la jurisprudencia internacional son los impulsores de la especialidad en materia penal juvenil. Se establece que, en los casos en los cuales haya niños, niñas o adolescentes en conflicto con la ley penal, ellos sean tratados con todas las garantías constitucionales más un **plus**, debido a que se debe atender a su peculiar proceso de formación y evolución, especialmente cuando el déficit cultural y educativo los ha colocado en contacto con el sistema penal.

Los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, y además, tienen derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado. Por ello, la CDN acertadamente establece los derechos y el tratamiento específico referidos a la justicia penal juvenil en sus arts. 12, 25, 37 y 40. Fundamentalmente, podemos advertir estas características —diferenciadas de las personas adultas— al reconocerse al niño el derecho de ser oído en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte y, también, el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos, incluyendo la defensa personal. Asimismo, en el art. 25 se establece que cualquier niño, niña o adolescente sometido a medidas restrictivas de su libertad tiene derecho a un examen periódico del tratamiento al que esté sometido, y de todas las demás circunstancias propias de la aplicación de la medida.

El art. 3, inc. 2 CDN ha establecido que “Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar”. En este mismo sentido se ha expresado Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 17/2002 en sus párrs. 98,⁽⁷⁾ 109⁽⁸⁾ y 120.⁽⁹⁾

También las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad) hacen referencia a la obligación por parte de los gobiernos en cuanto a la promulgación y aplicación de leyes y procedimientos especiales para fomentar y proteger el bienestar de todos los jóvenes (Directriz 52^a).

Por otro lado, la regla 5.1 de las Reglas de Beijing establece que “el sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito”.⁽¹⁰⁾ También,

(7) “Si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías”.

(8) Una consecuencia evidente de la pertinencia de atender en forma diferenciada y específica las cuestiones referentes a los niños, y particularmente, las relacionadas con la conducta ilícita, es el establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a aquéllos. Sobre esta importante materia se proyecta lo que antes se dijo a propósito de la edad requerida para que una persona sea considerada como niño conforme al criterio predominante en el plano internacional. Consecuentemente, los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de conductas previstas como delictuosas por la ley penal, deberán quedar sujetos, para los fines del conocimiento respectivo y la adopción de las medidas pertinentes, sólo a órganos jurisdiccionales específicos distintos de los correspondientes a los mayores de edad. Así, la Convención sobre los Derechos del Niño contempla el “establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes” (art. 40.3).

(9) La garantía de los derechos implica la existencia de medios legales idóneos para la definición y protección de aquéllos, con intervención de un órgano judicial competente, independiente e imparcial, cuya actuación se ajuste escrupulosamente a la ley, en la que se fijará, conforme a criterios de oportunidad, legitimidad y racionalidad, el ámbito de los poderes reglados de las potestades discrecionales.

(10) El principio de proporcionalidad se ha convertido en el eje central de la administración de los derechos fundamentales de los individuos. Se entiende al principio de proporcionalidad como el juicio de ponderación de intereses al tratar de lograr un equilibrio entre el poder punitivo del Estado y los derechos de los ciudadanos. Es así que se considera al principio

este instrumento jurídico internacional señala al requisito de especialidad en cuanto a que se debe promulgar normas y disposiciones específicamente dirigidas a los menores delincuentes, como así a los órganos de administración de justicia, entendiéndola a esta como eficaz, justa y humanitaria. Es así que las facultades discrecionales⁽¹¹⁾ que cuentan los magistrados resultan ser más amplias que las existentes en la justicia penal de adultos, pues ante la comisión de un delito por un menor de 18 años de edad se permite la aplicación de las mencionadas facultades en todas las etapas del procedimiento, de modo tal que quienes adopten determinaciones que afecten a los jóvenes lo hagan teniendo en consideración aquellas que resulten ser las más adecuadas para el caso en particular.⁽¹²⁾

Por su parte, al entender que los niños y las niñas son titulares de todos los derechos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en el Pacto de San José de Costa Rica (art. 19), las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto. La adopción de medidas especiales para la protección del niño corresponde tanto al Estado como a la familia, la comunidad y la sociedad a la que aquel pertenece.

Es en este sentido, debemos remarcar que los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, pero, particularmente para el caso de los niños en conflicto con la ley penal, el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los niños,

.....
de proporcionalidad como un poder discrecional del juzgado para rechazar o limitar la realización de un acto que podría significar un deterioro en los derechos de la persona. En la justicia penal juvenil, el principio de proporcionalidad tiene como objetivo un análisis de la ponderación de la pena a imponer sin descuidar la protección especial de los derechos del niño, niña o adolescente, evitando de este modo que la aplicación de medidas resulten irreparables o perjudiciales y que le imposibiliten la reinserción societaria.

(11) La reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en referencia a la toma de decisiones que involucra alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o niña ha establecido que "[se] debe tomar en cuenta el principio del interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia. Respecto del interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de las niñas y los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con el pleno aprovechamiento de sus potencialidades ...". "Caso Mendoza y otros vs. Argentina", Sentencia de 14/05/2013, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, párr. 141.

(12) Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing). Reglas 2.3, 6.1, 6.2 6.3 y 22.

la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías. Por ello, el Pacto de San José de Costa Rica es preciso en determinar que “cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento” (art. 5.5). Por ello, resulta indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden dar a diferentes situaciones entre niños y adultos.

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que el procedimiento, en lo que respecta a la justicia juvenil, debe asegurar el asesoramiento psicológico para el niño, el control respecto de la manera de tomar el testimonio al niño y la regulación de la publicidad del proceso, todo ello en virtud a las circunstancias particulares que se encuentran los niños. Para ello, las autoridades judiciales deben estar preparadas y capacitadas en los derechos humanos del niño y en la psicología infantil y deben estar sujetas a los criterios de idoneidad y proporcionalidad.⁽¹³⁾ También se ha referido al principio de especialización en cuanto a

“... se requiere el establecimiento de un sistema de **justicia especializada en todas las fases del proceso y durante la ejecución de las medidas y sanciones** que, eventualmente, se apliquen a los menores de edad que hayan cometido delitos y que, conforme a la legislación interna, sean imputables. Ello involucra tanto a la legislación o marco jurídico como a las instituciones y actores estatales especializados en justicia penal juvenil. Sin embargo, también implica la aplicación de los derechos y principios jurídicos especiales que protegen los derechos de los niños imputados de un delito o ya condenados por el mismo”.⁽¹⁴⁾

En este mismo orden de ideas, se advierte en la Observación General N° 10 del Comité de Derechos del Niño (párrs. 92/93) establece que el sistema amplio de justicia de niños y adolescentes requiere además la implementación de unidades especializadas en la policía, la judicatura, el sistema judicial y la fiscalía, y la disponibilidad de defensores especia-

(13) CORTE IDH, “Caso ‘Instituto de Reeducación del Menor’ vs. Paraguay”, sentencia de 02/09/2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 211.

(14) CORTE IDH, “Caso Mendoza y otros vs. Argentina”, cit., párr. 145. El destacado me pertenece.

lizados u otros representantes encargados de prestar al menor asistencia jurídica u otra asistencia adecuada. Además, recomienda a los Estados parte que instituyan tribunales de niños y adolescentes como entidades separadas o como parte de los tribunales regionales o de distrito existentes. Cuando esta exigencia no pueda hacerse de manera inmediata por motivos prácticos o presupuestarios, los Estados parte deben velar por que se nombren jueces o magistrados especializados en casos de menores en conflicto con la ley penal.

Entonces, los principios de especialidad y proporcionalidad en la justicia penal juvenil requieren que se atienda en forma diferenciada, especializada y proporcional las cuestiones referentes a los niños. Se debe hacer hincapié en lo que refiere al establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas delictivas cometidas por menores de 18 años de edad, es decir que se deben establecer instituciones idóneas para el abordaje de la problemática infanto-juvenil; pues se pretende que el personal que intervenga para la solución y orientación a los niños, niñas y adolescentes que han cometido conductas transgresoras a la normas presenten ciertas cualidades y experiencia, y de este modo cumplir con el fin resocializador y constructivo establecido en la normativa.

3 | Especialización en la normativa nacional y en la Provincia de Buenos Aires

En nuestro país desde el año 1980 se viene aplicando la ley 22.278⁽¹⁵⁾ —Régimen Penal de la Minoridad— a las personas menores de 18 años de edad que cometen delitos, diferenciándose este régimen específico del de adultos. No podemos dejar de mencionar que la normativa nacional en materia penal juvenil resulta ser una ley vigente altamente cuestionada,⁽¹⁶⁾ sin perjuicio de lo cual debe destacarse que muchas

(15) Modificada por última vez en 1989 por la ley 23.742.

(16) El presente trabajo no tienen por finalidad efectuar un análisis ni una crítica de la ley 22.278. Por el contrario, se apunta a realizar una descripción normativa y jurisprudencial

provincias han hecho grandes esfuerzos por incorporar institutos y prácticas en observancia a los parámetros internacionales, garantizándose el debido proceso para aquellos jóvenes que atraviesan por el de la justicia penal.

Ahora bien, es preciso mencionar que nuestro ordenamiento jurídico determina que la ley de fondo que regula la materia penal es de carácter nacional o federal, y la Constitución Nacional ha reservado a cada provincia la facultad de regular los procedimientos aplicables, y en materia penal juvenil no es la excepción. De allí que existe una enorme disparidad en la cantidad y calidad de las normas que regulan el procedimiento penal aplicable a los niños y niñas; resultando las facultades discrecionales —mencionadas *ut supra*— las que evidencian un sistema de promoción y protección de derechos muy diverso.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha mencionado que el sistema que prevé el art. 4 de la ley 22.278 deja un amplio margen al arbitrio del juzgador para determinar las consecuencias jurídicas en la comisión de un delito por personas menores de 18 años de edad, tomando como base no sólo el delito, sino también los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez; y aclaró que dicha normativa autoriza a los jueces a imponer a los niños, niñas y adolescentes las mismas penas previstas para los adultos en el Código Penal de la Nación Argentina. Sin embargo, resolvió que “la consideración de otros elementos mas allá del delito cometido, así como la posibilidad de imponer a niños sanciones penales previstas para adultos, son contrarias al principio de proporcionalidad de la sanción penal a niños”.⁽¹⁷⁾

Las principales características que presenta el régimen penal nacional en lo que respecta a la especialidad son:

- Realiza una distinción entre sujetos no punibles y punibles. El primer grupo comprende a los niños menores de 16 de edad, mientras que los punibles son los niños que tienen entre 16 y 18 años al momento de la comisión del hecho

nacional e internacional sobre el principio de especialidad que rige el sistema de justicia penal juvenil.

(17) CORTE IDH, “Caso Mendoza y otros vs. Argentina”, cit., párr. 295.

delictivo. Se requiere que el delito sea de acción pública y que tenga prevista una pena mayor a los dos años de prisión.

- La aplicación del llamado tratamiento tutelar consiste en la facultad que tienen los jueces de disponer del niño que incurriera en algún hecho delictivo durante la investigación y la tramitación del proceso con independencia de la edad que tenga. No existe determinación o limitación temporal para este tipo de medidas que pudiera dictar el juez. El instituto de tratamiento tutelar es asimilable al de cesura (contemplado en varios códigos de forma), dado que este último permite diferir el pronunciamiento sobre el *quantum* y el modo de cumplimiento de una eventual condena en una audiencia posterior a la que ya se resolviera sobre el responsabilidad del menor en el hecho delictivo. La temática de la mensuración punitiva en el proceso de menores esta reservada a otros criterios que tienen como norte que la pena sea la *ultima ratio* y que cuando se imponga una medida de coerción, esta este supeditada a que previamente haya habido un evaluado y analizado dictamen de la responsabilidad penal del menor, como así haya cumplido los 18 años de edad y que se haya sometido a un periodo de tratamiento tutelar no inferior a un año.
- La prohibición de aplicación de pena a personas menores de 18 años de edad. Luego de determinado en el auto de responsabilidad la autoría y participación del niño o niña en el hecho delictivo, y si no ha llegado a la mayoría de edad (18 años) deberá continuar bajo dicho régimen tutelar, y una vez alcanzada la adultez, puede llegar aplicarse pena. En este caso dependerá de facultades discrecionales del magistrado en la aplicación de medidas restrictivas (pena) o la no aplicación de estas. Para la aplicación de penas se registrá conforme lo establecido en el Código Penal.
- No se permite la aplicación del instituto de reincidencia a los jóvenes menores de 18 años de edad que han cometido delitos.⁽¹⁸⁾
- También se contempla la especialidad en los lugares de alojamiento para los jóvenes.

Por su parte, la ley 26061 relativa a la Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes se refiere a los aspectos relativos a los derechos de los jóvenes y las garantías mínimas de procedimientos

(18) "Las disposiciones relativas a la reincidencia no son aplicables al menor que sea juzgado exclusivamente por hechos que la ley califica como delitos, cometidos antes de cumplir los dieciocho años de edad".

"Si fuere juzgado por delito cometido después de esa edad, las sanciones impuestas por aquellos hechos podrán ser tenidas en cuenta, o no, a efectos de considerarlo reincidente" (art. 5, ley 22.278).

judiciales o administrativos. En el art. 27 de la ley 26.061 se establece el principio de especialidad toda vez que consagra las garantías mínimas para todo tipo de procedimiento administrativo y judicial, siendo el derecho a ser oído del joven una garantía fundamental como así la garantía de defensa en juicio. Para esta última el joven que se encuentre sometido a un procedimiento judicial o administrativo expresamente se prevé que el niño o niña cuente con un defensor especializado en adolescencia, intervención que estará a su cargo desde el inicio mismo del procedimiento. Asimismo, se menciona en su articulado una amplia gama de derechos y garantías.

En lo que respecta a la ley 13.634, crea los órganos especializados que intervienen en el Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil de la provincia de Buenos Aires.⁽¹⁹⁾ Advertimos que la tan mencionada especialización se cumple solamente ante los órganos jurisdiccionales de primera instancia y no así en las Cámaras de Apelación y Garantías que aún continúan interviniendo como órganos de alzada, es decir, que resuelven en causas seguidas a personas adultas y niños indistintamente.

La legislación nacional y la de la provincia de Buenos Aires establecen una amplia gama de derechos y garantías en pos de la protección y promoción de los adolescentes. En lo que a la aplicación de sanciones penales se refiere, aquí se deberá aplicar lo regulado en la ley 22.278 y por el Código Penal de la Nación.

Otro dato característico de ambas normativas y que hacen diferencia respecto de la legislación de las personas adultas esta en el derecho a la identidad, toda vez que se prohíbe exponer, difundir o divulgar datos, informaciones o imágenes que permitan identificar a los niños niñas o adolescentes.

(19) "El Fuero de la Responsabilidad Penal Juvenil estará integrado por:

- a) Cámaras de Apelación y Garantías en lo Penal.
- b) Tribunales de Responsabilidad Penal Juvenil.
- c) Juzgado de Responsabilidad Penal Juvenil.
- d) Juzgados de Garantías del Joven.
- e) Ministerio Público del Joven" (art. 18, ley 13.634).

4 | La construcción subjetiva del adolescente. Los 18 años no puede funcionar como bisagra hacia una mayoría de edad

La psicología evolutiva entiende que el adolescente en conflicto con la ley penal es una persona en desarrollo que no ha tenido tiempo para interiorizar las normas que rigen la sociedad en la que vive. Esto no significa que sea incapaz de discernir y que, por tanto, resulte irresponsable, sino que, por las razones anteriormente expuestas, la reacción social frente a sus actos contrarios al ordenamiento penal, no debe ser de castigo sin más, debiéndose privilegiar el *ius corrigendi* en lugar de un *ius puniendi* propio de un proceso penal de adultos, procurando su integración social, evitando en todo momento que sea privado de su derecho fundamental a la educación.

Partimos de la base que los adolescentes son grupos con cierto grado de vulnerabilidad que deben ser orientados y acompañados en su formación hasta llegar a la adultez. Pero cuando un niño o niña se encuentra inmerso en un procedimiento penal juvenil entendemos que ha existido un fracaso en las instituciones para este grupo de riesgo dado que no ha podido ofrecerles un referente con quién identificarse, que les haya aportado las herramientas psíquicas necesarias para evitar quedar alojados en la marginalidad, con las consecuencias nocivas para sus propias vidas y la de los otros. Es preciso mencionar que estos jóvenes presentan trastornos similares entre sí, como ser: adicciones, conducta, y aprendizaje; también se caracterizan por evidenciar un universo simbólico acotado, en el que han perdido la brújula que los oriente a un futuro. Tanto el tratamiento para las adicciones, como retomar la escuela, de la cual se han sentido excluidos de algún modo, son indicaciones que a estos adolescentes les resulta muy difícil de cumplir. Y corremos el peligro de continuar expulsándolos del sistema. Sobre todo si tenemos en cuenta que al cumplir 18 años, todas estas herramientas le son vedadas por considerarlos mayores de edad.

Por ello resulta fundamental que se realice un abordaje eficaz para la reinserción social de estos jóvenes y recomponer su subjetividad, proponiénd-

doles reincorporarse en la escolaridad formal, realizar un tratamiento para las adicciones, y espacios de pertenencia donde se sientan respetados para que puedan, a partir de allí, reconstruir algo de una subjetividad demasiado dañada, demasiado despreciada.

La Justicia Penal Juvenil nos obliga así a diseñar nuevos paradigmas o redefinir los ya existentes para el tratamiento de esta problemática, que por su complejidad requiere de un dispositivo que la aborde integralmente, contemplando cada uno de los elementos que la componen.

La construcción de la subjetividad del joven no puede ser pensada cronológicamente, no podemos caer en el reduccionismo de pensar la edad de 18 como tiempo bisagra donde el joven hace incorporación automática de la ley. Esta construcción de subjetividad es un proceso sincrónico que permitirá al joven ir apropiándose de nuevas herramientas y de una identidad en la medida que transite por espacios que lo legitimen y donde la ley opere desde lo simbólico, dándole lugar a la construcción de un sujeto que este dentro de la ley y no que pida a gritos que ella opere a través de la comisión de un delito.

5 | Experiencia en la Defensoría Pública de Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires

A comienzos del año 2008, ya sancionada la ley 13.634 pero sin haberse puesto en funcionamiento el Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil en el territorio de la Provincia de Buenos Aires, la Defensoría General de Lomas de Zamora crea la **Secretaría del Joven** con el objetivo de dar respuesta a las exigencias y problemáticas infanto-juveniles, teniendo a su cargo por aquel entonces las siguientes funciones: asistencia técnica de jóvenes en conflicto con la ley penal; control de penas; condiciones de detención y alojamiento de jóvenes en centros especializados, institutos y unidades carcelaria; creación y confección de un registro confidencial de datos de jóvenes con apremios torturas y malos tratos. Todo ello, en una clara consonancia con el principio de especialidad que bregaba la legislación nacional e internacional.

Una vez iniciadas las funciones ante el sistema de responsabilidad penal juvenil, no solo se generan cambios normativos sino que también se suscitaron modificaciones en los operadores del sistema,⁽²⁰⁾ habiéndose llevado a cabo ingresos de defensores, fiscales y jueces especializados en el nuevo sistema de responsabilidad penal juvenil que comenzábamos a dar nuestros primeros pasos por el año 2008 en la Justicia Penal Juvenil del Departamento Judicial de Lomas de Zamora. Es así que los operadores del sistema, con la entrada en vigencia de la ley 13.634, debimos adecuarnos a las exigencias del mismo. La Secretaría del Joven continuo cumpliendo funciones de ejecución, asesoramiento y derivación a las Defensorías Civiles al detectarse de vulneración de derechos.

El incremento en la demanda de la actividad laboral de la Secretaria del Joven hizo que desde la Defensoría General se decidiera dividir sus funciones creando, en el mes de abril del año 2010, la Secretaria de Ejecución Penal Juvenil, a los efectos de colaborar con cada uno de los Defensores Penales Juveniles del Departamento Judicial de Lomas de Zamora en lo que implica la etapa de ejecución del proceso penal, ya sea por el dictado de una suspensión del proceso a prueba, por una condena de ejecución condicional o por una condena de efectivo cumplimiento. La tarea asignada a la Secretaria de Ejecución Penal Juvenil consistía tanto en el control de los jóvenes en sus lugares de alojamiento como la procuración de los expedientes. Pero el incremento laboral continuaba y esto implicó que se designará un Defensor Oficial especializado para dicha etapa del proceso, por lo que se crea la Defensoría de Ejecución Penal Juvenil, disolviendo la Secretaria. A partir del mes de abril del año 2011, se puso en funcionamiento la nueva Defensoría de Ejecución Penal Juvenil y así, en lo que respecta a la defensa técnica, los jóvenes cuentan en todas las etapas del proceso del Fuero de Responsabilidad Pernal Juvenil con un defensor especializado en la materia.

En el camino recorrido, desde un principio, se hizo hincapié en la importancia que tiene la figura del Defensor. Se intentó no solo acotar las funciones a la asistencia técnico jurídico, sino también acompañar al joven en su proceso de formación psicosocial.

(20) Los cambios se presentaron en la incorporación de fiscales y defensores especializados (ingresantes al sistema), jueces de garantías del joven y jueces de responsabilidad penal juveniles (cargos transformados del los ex tribunales de menores), asistentes sociales, psicólogos, psiquiatras, integrantes del centros de referencia, integrantes de los centros locales y zonales, asistentes de minoridad y encargados de la custodia de los jóvenes en centro de recepción y centros de contención.

Los lineamientos de trabajo desde un inicio fueron claros. Se intentó, y actualmente se intenta, garantizar por todos los medios posibles, y maximizando los recursos disponibles, que el procedimiento de Responsabilidad Penal Juvenil realmente sea especializado y que se cumplan los principios que rigen la materia.

En la etapa de ejecución de la sanción penal, que debería ser fundamentalmente tuitiva, nos encontramos ante una orfandad normativa que a nuestro entender hace necesario unificar criterios a nivel provincial y también a nivel nacional, respetando y recepcionando los parámetros internacionales fijados.

6 | Conclusión

En el presente trabajo se hizo mención al principio de especialidad en el marco legal nacional y provincial, que se encuentran en clara consonancia con los parámetros internacionales fijados. Pero entendemos que en la práctica, la tan deseada especialidad no ha logrado superar el rango de una mera declaración de principios.

No estamos en condiciones de calificar a la Justicia Penal Juvenil argentina como especializada, pues que exista una orientación administrativa-judicial no basta para dar cumplimiento a los compromisos internacionales asumidos ni a las directivas de la legislación interna; sino más bien debe existir un reconocimiento y efectivo goce de derechos procesales y sustantivos coincidentes con los que tienen cualquier adulto y, además, los niños deben gozar de todos los derechos que les son específicos por su condición de menores de edad.

En los párrafos precedentes se destacó que el derecho penal juvenil pretende, por su carácter especializado, impactar pedagógicamente en el joven que ha infringido la norma, y que su accionar delictivo e inclusión en un sistema penal le sirva para asumir su responsabilidad, como así conductas constructivas hacia la sociedad.

Si no logramos que exista una especialización efectiva, el adolescente puede formarse una idea errónea de la verdadera significación del sistema penal por violentar una norma, confundiendo la reacción y asimilándola a un acto represivo tutelar donde por cometer un delito lo mandan a la escuela o

realizar un tratamiento psicológico y eso es “protegerlo”. Esta concepción la percibe de la misma manera la sociedad, que erróneamente ve a la justicia juvenil como un sistema blando sin advertir que, tras la cortina proteccionista, se oculta el verdadero carácter inquisitivo y lesivo a los derechos humanos. Si mantenemos escondido el carácter proteccionista sin dotar de elementos pedagógicos al proceso mismo, entonces no existe justificación alguna para aplicar un sistema de responsabilidad penal juvenil.

Por ello, será importante visibilizar las falencias del sistema penal juvenil y colocarlo en agenda no solo de los operadores judiciales, sino también del conjunto de los actores institucionales y de la comunidad en general, para lograr que los niños, niñas y adolescentes que deban transitar por la justicia penal logren la verdadera y efectiva resocialización.

En definitiva, pretendemos que la especialidad en el Fiero Penal Juvenil implique la adopción de medidas cuyos efectos impacten en el futuro del adolescente a los fines de lograr un equilibrio entre sus condiciones de vida individual, familiar y colectiva; como así también lo doten de herramientas necesarias para su inserción familiar y social que se traduzcan en el respeto a los derechos y libertades de terceros y le permitan reconocer los valores y las normativas compartidas por la sociedad. En dichos efectos se concreta y refleja la vertiente educativa del sistema. Pero este objetivo no podrá cumplirse si no existen un conjunto de políticas sociales a partir de las cuales deben imperar una serie de programas destinados a los niños, niñas y adolescentes de nuestro país, programas entre los cuales la especialidad debe ser el eje central.

El problema de la delincuencia juvenil es mundial, sin dudas requiere especialización y actualización, compromiso por parte del Estado y sus operadores, pero también compromiso social, debate de ideas, discusiones acaloradas que generen más ganas de seguir discutiendo para que, de una vez, se le dé al asunto la importancia que de verdad se merece.

El tema es arduo y complicado, pero debemos empezar a discutir como personas adultas cuál es el mejor camino para los niños, niñas y adolescentes de nuestra sociedad, dejando de lado intereses personales, grupales o corporativos. Caso contrario, nuestro futuro será bastante complicado.

La protección de los derechos laborales de los internos trabajadores

por **ELSA PORTA**⁽¹⁾

I | Mayor visibilidad del trabajo voluntario de los internos

En los últimos años, el trabajo voluntario de los internos de las unidades penitenciarias ha cobrado mayor visibilidad tanto para la sociedad como también para el derecho laboral, y este fenómeno ha determinado una mayor protección de sus derechos laborales. Desde mi punto de vista, este proceso paulatino obedeció a diferentes causas y reconoce ciertos hitos.

- a. En primer lugar, la lucha de los propios internos y de los organismos de defensa de los derechos humanos y de las organizaciones que, en especial, defienden los derechos de las personas privadas de la libertad.
- b. Sin duda también influyó la creación y el funcionamiento de los juzgados de ejecución o de garantías, ya que la judicialización de la etapa ejecutiva de la pena privativa de la libertad significó que el trabajo voluntario del interno que es relevante en esa ejecución, quedara sometido también a ese control judicial permanente.
- c. Asimismo, constituyó un hito por demás importante la constatación de las condiciones laborales y remuneratorias en los talleres que funcionaban en la Cárcel.

(1) Ex-jueza de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, CABA. Docente de Posgrado, UBA. Autora de diversas publicaciones sobre derecho laboral y procesal laboral. Miembro del Observatorio del Sistema Penal y Derechos Humanos del Centro Universitario de Devoto.

cel de Batán, con su secuela de contundentes pronunciamientos judiciales que denunciaron la existencia de trabajo esclavo, el sistemático agravamiento de las condiciones de detención de los internos, y aún más relevante, ordenaron a las autoridades penitenciarias provinciales que adecuarán la situación laboral de las personas privadas de la libertad a lo dispuesto por leyes que integran el derecho del trabajo común.⁽²⁾

- d. El fallo "Méndez" dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en noviembre de 2011, resultó trascendente en este proceso pues el máximo tribunal de nuestro país reafirmó el carácter indelegable que tienen las obligaciones que asume el Estado, cuando priva de la libertad a un ser humano, a la vez que la declaración de inconstitucionalidad del art. 121, inc. c) de la ley 24.660 implicó para los internos la efectiva disponibilidad de una parte significativa de su salario.⁽³⁾

Este pronunciamiento tiene, asimismo, otra proyección desde el punto de vista de los derechos laborales de las personas privadas de la libertad que trabajan, porque, al declarar la inconstitucionalidad del descuento del 25% del salario "para costear los gastos que causare en el establecimiento", garantiza la intangibilidad de la remuneración del interno.

Recordemos que el art. 131 LCT dispone:

"No podrá deducirse, retenerse o compensarse suma alguna que rebaje el monto de las remuneraciones. Quedan comprendidos especialmente en esta prohibición los descuentos, retenciones o compensaciones por entrega de mercaderías, provisión de alimentos, vivienda o alojamiento, uso o empleo de herramientas, o cualquier otra prestación en dinero o en especie. No se podrá imponer multas al trabajador ni deducirse, retenerse o compensarse por vía de ellas el monto de las remuneraciones".

Vale decir en este punto que la remuneración de los internos trabajadores goza de la misma protección que tiene un empleado en el medio libre. Su salario no puede verse disminuido por descuentos que obedezcan a gastos de alojamiento, provisión de alimentos, u otros rubros, y solo se diferencia en que la retribución de los primeros puede ser afectada por la deducción destinada a constituir un fondo propio que se le entregará

(2) TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE LA PLATA, sala III, "Detenidos Unidad 15 Batán s/ rec. de queja interp. por Fiscal del Estado", 07/03/2012.

(3) CSJN, "Méndez, Daniel Roberto s/recurso de casación", 01/11/2011.

al recuperar la libertad (arts. 11 del Código Penal y 121, inc. d) ley 24.660; Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, regla 76, ap. 3).

Es cierto que estas normas nacionales prevén otros descuentos, pero sólo para casos específicos y cuando así corresponda, como cuando el interno tiene que satisfacer la obligación alimentaria —deber que igualmente alcanza al trabajador en el medio libre—, puesto que el art. 120 de la LCT establece que el salario mínimo vital y móvil es inembargable en la proporción que establezca la reglamentación, salvo por deudas alimentarias. También se realizará un descuento del 10% cuando la sentencia (penal o civil) imponga al condenado el deber de indemnizar a la víctima los daños y perjuicios causados por el delito, pero esta obligación pesa sobre cualquiera que hubiere causado un daño (art. 1109 del Código Civil).

- e. Sin embargo, considero que el más significativo y auspicioso de los hechos que determinaron una mayor visibilidad del trabajo en la prisión es la constitución del Sindicato Único de Trabajadores Privados de la Libertad Ambulatoria (SUTPLA), que tuvo lugar el día 13 de julio del año 2012 en el Centro Universitario Devoto ubicado en el Complejo Penitenciario Federal II de la Ciudad de Buenos Aires. El sindicato agrupa a los trabajadores privados de su libertad que prestan servicios en los diversos establecimientos penitenciarios pertenecientes al Servicio Penitenciario Federal o a los distintos Servicios Penitenciarios Provinciales de la República Argentina.

Antes que nada conviene precisar que estamos hablando de un universo particularmente vulnerable, pues de las 60.789 personas privadas de la libertad en nuestro país, incluyendo condenados y procesados, al momento de ingresar al penal, el 43% no tenía oficio ni profesión, el 40% se encontraba desocupado, y no había completado la escuela secundaria el 88%, circunstancia que inhabilita a estas personas para acceder a un simple empleo dado que el mercado laboral actual exige cada vez mayores calificaciones.⁽⁴⁾ Por estas circunstancias, considero que la finalidad de la pena privativa de la libertad es lograr la efectiva inclusión social de los condenados más que la “adecuada reinserción social”, expresión que reiteradamente utiliza la ley 24.660.

(4) Sistema Nacional de Estadísticas sobre la Ejecución de la Pena, dependiente de la Dirección Nacional de Política Criminal en materia de Justicia y Legislación Penal, Subsecretaría de Política Criminal, Secretaría de Justicia, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Informe Anual 2011, [en línea], www.infojus.gov.ar/informe/SNEEP Argentina.

En este contexto, la experiencia del SUTPLA, hasta donde yo sé inédita, tiene un singular significado por varias razones.

En primer lugar, porque la fundación de una entidad gremial indica que los internos se auto perciben como trabajadores: no formaron una simple agrupación de presos, lo que no estaría mal, lo relevante es que quisieron fundar y constituyeron una organización sindical.

En segundo término, esta fundación evidencia un proceso de empoderamiento, o sea, de un devenir en el que las personas privadas de la libertad que trabajan fortalecen sus capacidades, confianza, visión y protagonismo como grupo social para impulsar cambios positivos en las situaciones que viven. Este empoderamiento tiene una dimensión individual y otra colectiva. El eje individual conlleva a un mayor nivel de confianza, autoestima y capacidad de los internos trabajadores para responder a sus propias necesidades. El aspecto colectivo se traduce en la participación comunitaria, en la capacidad de organizarse para aumentar su propia autonomía y para hacer valer sus derechos. En este caso, implica espíritu de solidaridad, ansias de mejorar sus condiciones laborales y culmina con la reivindicación por sí y para sí del ejercicio de un derecho humano fundamental, como es el de libertad sindical. Este proceso de empoderamiento también se manifiesta en la creación de cooperativas de producción formadas por personas privadas de la libertad, fenómeno en el que ha sido pionera la Cooperativa Kbrones, creada en el año 2009 en la unidad de Gorina, Provincia de Buenos Aires.

Es bueno recordar que lo que caracteriza a la relación individual de trabajo es la hipo-suficiencia del trabajador, su nulo poder de negociación frente al empleador, por lo que para limitar estos poderes del empresario y defender y proteger los derechos del trabajador, surgieron los sindicatos sobre la premisa **la unión hace la fuerza**.

La acción mancomunada de los trabajadores por medio del sindicato refuerza la posibilidad negociadora del trabajador: lo que no puede lograrse en forma aislada e individual se obtiene por medio de la unión con sus compañeros. La presión que hace el sindicato culmina en la huelga, esta presión lleva a la negociación, y este desarrollo dialéctico determina, por un lado, mejoras en las condiciones laborales y la aparición de los convenios colectivos de trabajo; y por otro, la intervención del Estado, que debe

terciar en esta puja y lo hace mediante una ley que tiene carácter imperativo, lo que equivale a decir que no puede ser modificada por las partes en perjuicio del trabajador.

Así se configura el llamado orden público laboral que es propio de esta rama del derecho. El sindicato, junto con la negociación colectiva, el derecho de huelga y la regulación jurídica de los conflictos colectivos, constituyen el llamado **derecho colectivo del trabajo**. En consecuencia, es sumamente beneficioso que los internos trabajadores participen en una de las instituciones de esta rama del ordenamiento, que resulta esencial en la vida democrática porque es necesario institucionalizar la participación de los distintos sectores sociales.

Es paradójico que haya quienes miran con temor y prevención la sindicalización de los internos trabajadores, ya que la principal función del sindicato es reforzar la posición negociadora del sector obrero, reponer la igualdad de las partes para que las relaciones laborales se puedan regular autónomamente, y, sobre todo, encauzar pacíficamente los conflictos que caracterizan la relación entre capital y trabajo, conflicto que adquiere mayor tensión cuando este vínculo se desarrolla en un contexto de encierro.

2 | Libertad sindical

¿A qué nos referimos cuando hablamos de libertad sindical? Por un lado, es un principio rector del derecho colectivo del trabajo y un derecho que integra el núcleo de la regulación universal de los derechos humanos fundamentales —forma parte del orden público internacional llamado *ius cogens*—, por lo que una norma que consagra la libertad sindical no admite acuerdo en contrario y sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho Internacional general que tenga el mismo carácter.

Este derecho a la libertad sindical, a su vez, genera derechos tanto para los trabajadores individualmente considerados como para las organizaciones sindicales que aquellos integran.

Justo López caracteriza a la **libertad sindical** como un “conjunto de poderes individuales y colectivos que aseguran la independencia de sus respectivos titulares en orden a la fundación, organización, administración, gobierno y

actividad externa (actividad sindical) de las asociaciones profesionales de trabajadores".⁽⁵⁾

Podemos decir entonces que esta libertad sindical no debe ser entendida como una mera libertad, tampoco como una falta de impedimento o una abstracta posibilidad de hacer, sino como un verdadero poder.

Según Ermida Uriarte, la libertad sindical no es uno más entre los derechos humanos fundamentales, sino que es un pre-requisito para el ejercicio de otros derechos, es un derecho para obtener derechos, es "generador o creador de otros derechos de los trabajadores y al mismo tiempo garante de su eficacia".⁽⁶⁾

La libertad sindical es un instrumento jurídico dirigido a hacer efectiva la protección y defensa de los derechos e intereses de los trabajadores, por lo que se asocia íntimamente con el principio protectorio.

3 | Protección constitucional de la libertad sindical

El art.14 *bis* de la Constitución Nacional dispone que los trabajadores tienen derecho "a una organización sindical libre y democrática y aquellos que ejerzan cargos de representación gremial gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad en el empleo". Asimismo, establece que las organizaciones sindicales tienen derecho a concertar convenios colectivos de trabajo, a recurrir a la conciliación y al arbitraje, y a ejercer el derecho de huelga. Este precepto constitucional se vio reafirmado y profundizado a partir de la reforma constitucional de 1994, momento en que la Constitución Nacional dotó de jerarquía constitucional a distintos tratados internacionales que contienen normas específicas sobre libertad sindical (art. 75, inc. 22), como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos,

(5) LÓPEZ, JUSTO, "Aspectos de la libertad sindical", en *Legislación del Trabajo*, XX-B, p. 673.

(6) ERMIDA URIARTE, OSCAR, "Crítica de la libertad sindical", en *Revista Derecho PUCP*, n° 68, 2012, pp. 33/61.

los Pactos de Nueva York de 1966, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Cabe también precisar que el Convenio n° 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, de 1948, aprobado por Argentina mediante ley 14.932 (BO 29/12/1959), el Convenio N° 98 relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva, ratificado por nuestro país en julio de 1956, mediante decreto-ley 11594/56 (BO 02/07/1956) garantizan el derecho a la libertad sindical de modo especial. En 1998 la Conferencia Internacional emitió una la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y reconoció a ambos convenios el *status* de convenios fundamentales. En 1951 se creó el Comité de Libertad Sindical, que es un órgano de control específico que tiene por objeto examinar las quejas presentadas por violaciones a la libertad sindical, aun cuando el país involucrado no hubiera ratificado el convenio respectivo. En el año 2008, la Comisión de Expertos dedicó un párrafo especial al Convenio n° 87 en el que recalcó la fundamental importancia que atribuye a la libertad sindical en su calidad de derecho básico habilitante y esencial para el ejercicio de todos los demás derechos fundamentales en el trabajo.⁽⁷⁾

La CSJN reconoció carácter supra-legal a los convenios de la OI.⁽⁸⁾ Sin embargo, sostuvo que el Convenio de la OIT n° 87, referido a la libertad sindical, posee jerarquía constitucional en tanto se halla integrado al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 8), al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 22) y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 16).⁽⁹⁾

En ese y otros fallos posteriores, el Alto Tribunal remarcó el carácter de piedra angular que tiene el principio de libertad sindical en nuestro sistema constitucional (art. 14 *bis*), y en un muy comprensivo *corpus iuris* proveniente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que goza de jerarquía constitucional, en los términos del art. 75, inc. 22).

.....

(7) Conferencia Internacional del Trabajo, 98ª reunión, Informe III, 2009, parte 4ª, p. 31.

(8) CSJN, "Milone, Juan A. c/ Asociat SA Aseguradora de Riesgos del Trabajo", 26/10/2004.

(9) CSJN, "Asociación de Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo s/ Ley de Asociaciones Sindicales", 11/11/2008.

A su turno, la Corte ha señalado

“...que el aludido principio constitucional consagra la libertad para todos los sindicatos, con el propósito de que puedan realizar sus actividades sin obstáculos o limitaciones del Estado que reduzcan, injustificadamente, las funciones que les son propias: la promoción, ejercicio, defensa, fomento y protección de los intereses legítimos de orden gremial...”.

La Corte puntualizó que el aporte del ya citado convenio n° 87 de la OIT es, indudablemente, fundamental en la materia, y que es concluyente en cuanto obliga al Estado a “abstenerse de toda intervención que tienda a limitar o a entorpecer el ejercicio legal” del derecho de las “organizaciones de trabajadores de organizar sus actividades y el de formular su programa de acción” (art. 3.1 y 2).

La “legislación nacional”, agrega el Tribunal, “no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas por el presente Convenio” al tiempo que, por su art. 10, aclara que el término “organización” significa “toda organización de trabajadores que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores”.⁽¹⁰⁾

4 | La libertad sindical y ley 23.551

La ley 23.551 establece que “la libertad sindical será garantizada por todas las normas que se refieran a la organización y acción de la asociaciones sindicales” y contiene otras previsiones que aseguran esta libertad de modo concreto (art. 1). Asimismo entiende que los sindicatos son las asociaciones que tienen por objeto la defensa de los intereses de los trabajadores y considera como tales a todo cuanto se relacione con sus condiciones de vida y de trabajo y precisa que la acción sindical debe contribuir a remover los obstáculos que dificulten la realización plena del trabajador (arts. 2 y 3). También es función propia del sindicato vigilar el cumplimiento de la legislación laboral y de la seguridad social (art. 31 ley citada).

(10) CSJN, “Rossi, Adriana c/ Estado Nacional-Armada Argentina”, 09/12/2009; y “Asociación de Trabajadores del Estado s/ acción de inconstitucionalidad”, 18/06/2013.

Según el art. 4, los trabajadores tienen los siguientes derechos sindicales: a) constituir libremente y sin necesidad de autorización previa, asociaciones sindicales; b) afiliarse a las ya constituidas, no afiliarse o desafiliarse; c) reunirse y desarrollar actividades sindicales; d) peticionar ante las autoridades y los empleadores; e) participar en la vida interna de las asociaciones sindicales, elegir libremente a sus representantes, ser elegidos y postular candidatos.

El convenio n° 87 de la OIT dispone categóricamente que “los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa tienen el derecho de constituir las asociaciones que estimen convenientes” (art. 2).

Por lo tanto, en ejercicio de la libertad sindical, los internos pueden afiliarse a una organización sindical existente o bien constituir una que agrupe a quienes trabajan en la prisión, en el entendimiento de que tienen intereses homogéneos claramente diferenciados de aquellos trabajadores que, en libertad, ejercen el mismo oficio o están incluidos en la misma actividad.

La agremiación de las personas privadas de la libertad que trabajan en un nucleamiento autónomo es viable aun cuando no pueda considerarse que se trata de trabajadores que prestan servicios para una misma empresa, o bien que realizan una misma actividad, pues lo relevante es que todos ellos prestan servicios dentro de un establecimiento carcelario, más allá de cual sea la tarea que, en concreto, cumpla cada uno de los internos, y esa situación es la que determina una vulnerabilidad específica a la vez que esa agrupación constituye una herramienta necesaria para la auto-tutela de sus derechos laborales.

Al respecto, es preciso recordar que la ley 23.551 contempla tres clases o tipos de asociaciones sindicales: la que agrupa a trabajadores que realizan una misma actividad o actividades afines, la de trabajadores del mismo oficio, profesión o categoría, aunque se desempeñen en actividades distintas, y la de trabajadores que prestan servicios en una misma empresa (art. 10). La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Capital Federal ha señalado que las tipologías de organizaciones sindicales previstas por el citado art. 10 no son taxativas, sino meramente enunciativas, y que no existen tipos puros. En efecto, la enunciación de los tipos sindicales previstos en el art. 10 tiene este último carácter y nada impide que los trabajadores en ejercicio de su autonomía y libertad sindical elijan otras formas de agruparse —en tipos impuros o mixtos— siempre que presen-

ten cierta homogeneidad de intereses y no reflejen una artificiosa atomización sindical, mediante la adopción de criterios de agrupación absurdos o carentes de significación. Este ha sido el criterio sostenido, entre otros, por Néstor Corte al señalar que “asignar carácter taxativo y excluyente a esa enunciación sería desconocer el mandato constitucional del art. 14 bis que asegura la libertad de organización sindical, como también el margen de permisividad que garantiza el artículo 19 de la Carta Magna para todas las formas de comportamiento que no estén legalmente prohibidas”.⁽¹¹⁾ Es que la norma no puede impedir que los trabajadores puedan optar por módulos diferentes de organización en tanto que, por su naturaleza y fines, sean entidades de carácter sindical y cumplan con los recaudos que justifican la representación que invocan.⁽¹²⁾

Considero que a mayor debilidad de los trabajadores corresponde otorgar una protección mayor, y las personas privadas de la libertad suman a la vulnerabilidad en que se encontraban al ingresar a la cárcel, la hiposuficiencia que caracteriza la condición de trabajador, aun en el medio libre, a lo cual se añade la privación de la libertad que los torna todavía más débiles y vulnerables.

Por lo tanto, en mi opinión, una asociación gremial autónoma que agrupe solo a quienes trabajan en la prisión es la mejor herramienta de autotutela, toda vez que la forma en que se implementa el trabajo en la prisión, con cambios frecuentes de talleres o de tareas, impide que los internos se agrupen tomando en cuenta su profesión, oficio, e incluso la empresa para la que trabajan. De lo contrario, se produciría una fragmentación artificiosa que restaría fuerza a los diferentes sindicatos que representasen a los internos en una negociación frente a un empleador poderoso como es el Estado.

El citado Convenio n° 87 sobre libertad sindical y la protección del derecho de sindicación establece enfáticamente que “...los trabajadores y los empleadores, sin distinción alguna y sin autorización previa, (...) tienen derecho a constituir las organizaciones que estimen convenientes”. La Co-

(11) CORTE, NÉSTOR, *El Modelo Sindical Argentino*, 2ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1994, p. 193.

(12) CNAT, Sala IV, “Ministerio de Trabajo c/Asociación del Personal Jerárquico del Jockey Club s/ Ley de Asoc. Sindicales”, 24/9/2010; y Sala II, “Ministerio de Trabajo c/ Unión de Aviadores de Líneas Aéreas s/ Ley de Asociaciones Sindicales”, 29/09/2011.

misión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT expresó que todos los trabajadores, sin ninguna distinción, incluida la no discriminación debida a la ocupación, deberían tener el derecho de constituir libremente las organizaciones que estimen convenientes y de afiliarse a las mismas. También puntualizó que la expresión “sin ninguna distinción” que contiene el citado artículo significa que se reconoce la libertad sindical sin discriminación de ninguna clase debida a la ocupación, al sexo, al color, a la raza, a las creencias, a las nacionalidad, o a las opiniones política no sólo de los trabajadores del sector privado de la economía, sino también a los funcionarios y a los agentes de los servicios públicos en general.⁽¹³⁾

En conclusión, no hay ninguna razón, desde el punto de vista normativo, para impedirles a los trabajadores en contexto de encierro el ejercicio del derecho de constituir la asociación sindical que estimen conveniente, sin necesidad de ninguna autorización previa.

En consecuencia, nada podría objetar el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación al respecto, pues como expuse, los trabajadores son libres para elegir la forma de asociación que estimen más conveniente y útil para la defensa de sus intereses profesionales.

Tampoco los otros sindicatos —de actividad, oficio o empresa— podrían cuestionar la decisión de constituir el SUTPLA, pues hasta ahora no hay ninguna entidad que se haya atribuido la representación de este universo tan particular como es el de trabajadores privados de su libertad.

Recordemos que la ley 24.660 para lograr su finalidad —la ya referida “reinserción social” del condenado— apela al apoyo y a la comprensión de la sociedad (art. 1) y convoca especialmente a los sindicatos, sin ninguna distinción, a participar en la organización de sistemas y programas de formación y reconversión laboral (art. 115). Por lo tanto, el hecho de que el SUTPLA hubiera adherido a la Central de Trabajadores Argentinos no debiera ser obstáculo para que las organizaciones gremiales, aun cuando adhieran a otras centrales, no cumplan el rol que les asigna la ley de ejecución penal, pues debería primar una mirada estratégica sobre esta cuestión,

(13) LÓPEZ, JUSTO, “Libertad sindical”, en Simón, Julio César, *Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo*, Bs. As., La Ley, 2012, pp. 208/209.

dado que la actual afiliación de los internos será transitoria, ya que cuando recuperen la libertad se afiliarán al sindicato de actividad, oficio o empresa que les corresponda.

5 | Derechos sindicales de los trabajadores en contexto de encierro

Como se ha dicho, los derechos que emanan de la libertad sindical pueden corresponder al trabajador individual o a la asociación sindical, según sea el caso.

En el primer supuesto, los internos que trabajan tienen derecho a ejercer en forma plena su derecho a la libertad sindical, tanto en su aspecto positivo como negativo, es decir, poseen el derecho de constituir una organización sindical autónoma, el de afiliarse, mantenerse en la afiliación, no afiliarse, o desafiliarse de una organización existente, reunirse y desarrollar actividades sindicales, peticionar ante las autoridades y empleadores, participar en la vida interna de los sindicatos, postular candidatos y elegir libremente a sus representantes, y ejercer cargos de representación gremial (art. 4, ley 23.551). El interno trabajador también puede solicitar al sindicato que ejerza la defensa de sus derechos individuales y colectivos (arts. 23 y 31, 23.551).

La ley de asociaciones profesionales no tiene ninguna restricción respecto de la afiliación sindical, ya que consagra —en principio— un sistema de sindicalismo abierto: la regla es que las asociaciones sindicales deben admitir la libre afiliación (art. 12). La única restricción al respecto es que, para afiliarse a una entidad gremial, el trabajador debe ser mayor de 14 años (art. 13). Entiendo que en la actualidad el trabajador que intenta afiliarse deberá ser mayor de 16 años, ya que la ley 26.390 (BO 25/06/2008) prohíbe el trabajo de menores de 16 años en consonancia con lo dispuesto por el Convenio 138 de OIT. El decreto reglamentario de la ley (decreto 467/1988) agrega que la solicitud de afiliación del trabajador podrá ser rechazada por incumplimiento de los requisitos de forma impuestos por los estatutos de la organización sindical, por no desempeñarse en la actividad, profesión, oficio, categoría o empresa que representa el sindicato,

por haber sido objeto de expulsión por un sindicato sin que haya transcurrido un año desde la fecha de la medida, y por “hallarse procesado o haber sido condenado judicialmente por la comisión de un delito en perjuicio de una asociación sindical de trabajadores, si no hubiese transcurrido un plazo igual al plazo de prescripción de la pena contado desde que la sanción hubiera terminado de cumplirse”. En consecuencia, el interno trabajador únicamente estará impedido de afiliarse a una entidad sindical si estuviese procesado o condenado por la comisión de tal tipo de delito y por el plazo fijado en la reglamentación. Es objetable que se restrinja el derecho de afiliación de la persona procesada porque, mientras no se encuentre firme la sentencia condenatoria, rige la presunción de inocencia.

Las personas privadas de la libertad que trabajen, afiliadas a una entidad gremial, pueden participar activamente —dentro de lo que la situación carcelaria permite— en la vida sindical, tanto en el gobierno como en la administración de la asociación. Su condición de condenados o procesados no los excluye de tal participación, pues la ley 23.551 impone, como principio, que las asociaciones sindicales no podrán establecer diferencias entre sus miembros por razones ideológicas, políticas, sociales, de credo, nacionalidad, raza o sexo, debiendo abstenerse de dar un trato discriminatorio a los afiliados (art. 7).

Los internos trabajadores también tienen derecho a reunirse y deliberar, pues estas actividades hacen a la esencia de la acción sindical, ya que las organizaciones de trabajadores tienen el derecho de formular su programa de acción, según el art. 3 del convenio n° 87, lo cual supone la necesidad de actuar en conjunto, vale decir, de reunirse, participar y debatir respecto de las medidas que se realizarán.

En un pronunciamiento reciente, la Sra. Jueza a cargo del Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción de la Capital Federal N° 31, reconoció enfáticamente el derecho de reunión a las personas privadas de la libertad. La magistrada destacó, citando a Bidart Campos, que si bien es cierto que el derecho de reunión no integra el catálogo expreso de los derechos reconocidos por la Carta Magna, sí está implícito en las garantías no enumeradas a que se refiere el art. 33 CN, y citó como fundamento de su decisión sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y lo dispuesto por los instrumentos internacionales que integran el bloque de constitucionalidad federal. Sin embargo, la Sra. Jueza

precisó que ante la importancia que reviste la necesidad de asegurar las condiciones generales de seguridad en la unidad penitenciaria, se impone regular la forma y la periodicidad en que las reuniones de los delegados de cada uno de los pabellones pueden realizarse, y recordó que el Pacto de San José de Costa Rica prevé un marco de restricciones para el ejercicio de ese derecho que coinciden con las reglas de razonabilidad y la limitación de derechos que estipula el art. 28 de la Constitución Nacional.⁽¹⁴⁾

Estos razonamientos son plenamente aplicables a la realización de reuniones sindicales, por lo que estas deberán compatibilizarse con las condiciones de seguridad que deben existir en un establecimiento carcelario, para lo cual será necesario notificar a las autoridades de la prisión con antelación suficiente a fin de implementar las medidas que estimen conducentes a tales fines así como para obtener los permisos que sean pertinentes para asegurar la concurrencia de quienes deban participar en tales actos.

Asimismo, los internos trabajadores tienen derecho a postular candidatos, a elegir a sus representantes y a ser elegidos como tales o bien como delegados del personal, con la única limitación prevista en el art. 18 de la ley 23.551, referida a que no pueden integrar los órganos directivos de las entidades sindicales quienes tengan una inhabilitación civil o penal (inc. b).⁽¹⁵⁾

Esto significa que no existen otras restricciones para que los condenados que trabajan puedan elegir a sus representantes sindicales o delegados de personal, ni para que puedan ser elegidos para dichos cargos. Tampoco existe ninguna limitación respecto de los procesados, porque al no haberse dictado sentencia firme que establezca su responsabilidad penal, gozan de la presunción de inocencia.

(14) JUZGADO NACIONAL EN LO CRIMINAL DE INSTRUCCIÓN DE LA CAPITAL FEDERAL N° 31, Secretaría n° 119, "Gutiérrez, Alejandro y otro s/ acción de hábeas corpus correctivo de incidencia colectiva", 04/12/2012.

(15) En concreto, el condenado a prisión por más de tres años inhabilitado en forma absoluta, pues tal inhabilitación determina un impedimento para acceder a cargos electivos o empleos públicos (conf. art.16 decreto 467/1988).

6 | Derechos de la organización constituida por los internos

La ley 23.551 garantiza a las asociaciones sindicales, sin ninguna distinción, los siguientes derechos: a) determinar su nombre, a excepción de los ya adoptados y de aquellos que pudieran inducir a error o confusión; b) determinar su objeto, ámbito de representación personal y de actuación territorial; c) adoptar el tipo de organización que estimen apropiado, aprobar sus estatutos y constituir asociaciones de grado superior, afiliarse a las ya constituidas o desafiliarse; d) formular su programa de acción, y realizar todas las actividades lícitas en defensa del interés de los trabajadores: en especial, ejercer el derecho a negociar colectivamente, el de participar, el de huelga y el de adoptar demás medidas legítimas de acción sindical (art. 5).

La ley también establece que los poderes públicos y en especial la autoridad administrativa del trabajo, los empleadores y sus asociaciones, y toda persona física o jurídica, deberán abstenerse de limitar la autonomía de las asociaciones sindicales, más allá de lo establecido en la legislación vigente (art. 6).

Al constituirse el sindicato que agrupa a los trabajadores privados de la libertad, la entidad naciente decidió solicitar su inscripción gremial ante el Ministerio de Trabajo, adherirse a la Central de Trabajadores de la Argentina (CTA), aprobar el proyecto de Estatuto, y designar la Comisión Directiva provisoria.

Estos actos evidencian un claro ejercicio de los derechos sindicales tanto por parte de los internos trabajadores como por parte de la asociación.

Correlativamente, la constitución de este sindicato impone al Estado como tal, y en su calidad de empleador —condición que, según el caso, también tienen la autoridad penitenciaria o entes como el ENCOPE y las empresas dadoras de trabajo—, el deber de abstenerse de interferir en la vida interna de la asociación gremial, así como la obligación de no menoscabar la libertad sindical de los internos trabajadores individualmente considerados.

La ley 23.551 distingue dos tipos de organizaciones: la que ostenta mayor representatividad en los términos de la ley obtendrá la personería gremial mientras que las otras serán simplemente inscriptas. Este modelo de unidad

promocionada ha sido severamente cuestionado por el Comité de Libertad Sindical de la OIT, y la CSJN declaró la inconstitucionalidad de ciertas disposiciones de la ley 23.551, que conceden a los sindicatos reconocidos por el Estado como más representativos —mediante el otorgamiento de la personería gremial— privilegios que van más allá de una prioridad en materia de representación en las negociaciones colectivas, de consulta por las autoridades y de designación de delegados ante organismos internacionales, lo cual va en detrimento de la actividad de los sindicatos simplemente inscriptos que comparten con aquellos, total o parcialmente, el mismo ámbito de actuación.

En concreto, la Corte declaró inconstitucionales las normas de la ley 23.551 que exigen que los delegados del personal y los integrantes de las comisiones internas y organismos similares previstos en el art. 40 deban estar afiliados a la asociación sindical con personería gremial y ser elegidos en comicios convocados por esta. También declaró inconstitucional el art. 41 que solo garantiza la estabilidad en el empleo a los representantes de personal pertenecientes a organizaciones con personería gremial y por último y en un fallo reciente, reconoció a las entidades simplemente inscriptas el derecho de defender y representar ante el Estado y los empleadores los intereses individuales y colectivos de los trabajadores, atribución que la ley 23.551 confiere en forma exclusiva a las entidades con personería gremial.⁽¹⁶⁾

Es curioso que quienes cuestionan la doctrina que estableció la Corte Suprema de Justicia de la Nación al decidir las referidas causas —porque entienden que al afectar el sistema de personería gremial se genera un mayor nivel de fragmentación sindical y, consecuentemente, disminuye la fortaleza del sector gremial tanto en la negociación como en la posibilidad de sostenimiento del conflicto—, sean los mismos que objetan que los internos trabajadores hubieran constituido un sindicato autónomo, y propician la afiliación de aquellos a los sindicatos que nuclean a los trabajadores en el medio libre por oficio o por actividad. Este razonamiento resulta incongruente pues este modo de sindicalización produce fragmentación y, en consecuencia, mayor debilidad del sector obrero, que en el caso de las personas privadas de la libertad es aún más vulne-

(16) Causas "ATE c/ Ministerio de Trabajo" del año 2008, "Rossi, Adriana c/ Estado Nacional, Armada Argentina" del año 2009 y el reciente fallo "ATE s/acción de constitucionalidad" del 18/06/2013.

nable, y por otro desconoce que el trabajo en la prisión es escaso y eso motiva frecuentes cambios tanto en las tareas como en los oficios desempeñados y, por consiguiente, resulta imposible una afiliación como la que propician.

En síntesis, las diferencias entre las organizaciones simplemente inscriptas y las que tienen personería gremial tienden a diluirse tanto por la jurisprudencia del Alto Tribunal como porque los derechos que el art. 5 de la ley reconoce a las asociaciones sindicales, no hace ninguna distinción.

El sindicato formado por los internos no cuenta, por ahora, ni siquiera con la simple inscripción, lo cual no impide su actuación, pues la inscripción no es constitutiva de la asociación. La institución existe desde su fundación y en los hechos su carácter de asociación sindical fue reconocido por el Servicio Penitenciario Federal, dado que en noviembre del año pasado el sindicato llamó a una huelga pacífica de tres días, que no llegó a concretarse porque el día 21 de noviembre de ese año, el Sr. Director Nacional del Servicio Penitenciario Federal se reunió con las autoridades de la citada entidad gremial y con los representantes de la Central de Trabajadores Argentinos (CTA) y acordaron

“...a fin de resolver el conflicto existente y sin que implique el reconocimiento por parte del SPF de derechos sindicales que corresponden a otras competencias o jurisdicciones: 1º) el SPF por su parte, y el SUTPLA juntamente con la CTA por la otra, se comprometen a constituir una mesa de diálogo permanente destinada a plantear y resolver cuestiones laborales y gremiales de interés de los trabajadores representados por el SUTPLA”.⁽¹⁷⁾⁽¹⁸⁾

(17) El sindicato reclamaba que se cumplieran los siguientes puntos: a) trabajo para todos, b) salario vital y móvil, c) inconstitucionalidad del fondo de reserva, d) cobro en término, a mes vencido después del 4º día hábil y bancarización de la remuneración (caja de ahorro y tarjeta de débito), e) pago de asignaciones familiares, f) aportes previsionales g) cobertura de obra social, h) protección de ART, i) fondo de desempleo para los que se van en libertad.

(18) En el acuerdo se convino que la mesa de diálogo funcionaría con la frecuencia que requiriera el tratamiento de los temas, o quincenal; que el SUTPLA desconvocaba a la medida de fuerza anunciada para la fecha; que el SPF se dispone a adoptar las medidas necesarias para facilitar el acceso de los representantes de la CTA a los establecimientos penitenciarios pertenecientes a la órbita del SPF con el objeto de cumplir tareas o gestiones gremiales; y las partes acordaron tratar en las sucesivas reuniones de la mesa de diálogo los siguientes temas: a) liquidación y pago de haberes; b) ocupación efectiva; c) condiciones de higiene y seguridad en la prestación de tareas, entre otras.

El viernes 16 de agosto próximo pasado tuvo lugar en Viedma, Río Negro, el lanzamiento del SUTPLA en dicha provincia, y en el marco de esa jornada hubo una reunión con las autoridades de la Secretaría de Seguridad provincial en la que se firmó un acta con el Subsecretario del área, Daniel Badie, que reconoce la formación del sindicato y constituye un ámbito tripartito de diálogo periódico con una agenda definida.

Estos actos demuestran entonces que el sindicato asumió en plenitud los poderes que integran la libertad sindical en cuanto a la representación de los trabajadores en defensa de sus derechos así como también su vocación de negociar en forma colectiva, pues se estableció una vía de diálogo.

Como consecuencia de la formación del sindicato, hoy es mayor el número de internos que accedió a un puesto de trabajo, y en el año 2012, la Aseguradora de Riesgos del Trabajo realizó por primera vez una inspección de los talleres en la cárcel de Devoto, pese a que la Ley de Riesgos del Trabajo, ley 24.557, rige desde 1996.

El sindicato, a fines de ese año, promovió por medio de su Secretario General, y con la adhesión de la Central de Trabajadores de la Argentina (CTA), varias acciones de amparo —en los términos del art. 43 CN y de la ley 16.986— contra el Estado Nacional Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal y el Ente de Cooperación Técnica y Financiera del Servicio Penitenciario Federal con distintos objetos. Por medio de una de ellas, el SUTPLA pretendió que se ordenara a los citados organismos a que procedieran, en forma inmediata, a otorgar trabajo a la totalidad de las personas privadas de su libertad ambulatoria que se encontraban alojadas en los diversos establecimientos penitenciarios dependientes de la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal y que en aquel momento se encontraban desocupadas. En otra de las acciones, peticionó que todos los internos trabajadores percibieran una remuneración mensual equivalente al salario mínimo vital y móvil, y mediante la tercera, el sindicato reclamó que se declarara la inconstitucionalidad del fondo de reserva, ya que afecta la remuneración de los internos trabajadores (en un 70% en el caso de los condenados y en un 20% cuando se trata de un procesado), ya que a su entender se les impone un ahorro forzoso que conculca expresas garantías constitucionales, como son las de igualdad ante la ley, la protección del salario y el derecho de propiedad de los trabajadores.

Sin perjuicio de la de la suerte final de dichas causas, podemos señalar tres hechos importantes. El primero es que en ninguna de ellas los jueces y fiscales intervinientes, tanto de primera como en segunda instancia, cuestionaron la legitimación para estar en juicio por parte de la organización sindical creada por los trabajadores privados de la libertad ni su capacidad para representarlos en forma genérica.⁽¹⁹⁾

Las otras dos circunstancias significativas son que en una de esas causas, la Sala IX de la Cámara de Apelaciones del Trabajo decidió, remitiéndose al dictamen del Fiscal General, que la relación laboral de las personas privadas de la libertad que se establece, de modo voluntario, en el ámbito de la prisión, se rige por las normas del derecho laboral común y que por lo tanto la Justicia Nacional del Trabajo resulta competente para conocer en las controversias que se suscitan con motivo de ese vínculo laboral. El fiscal puntualizó que el ordenamiento legal cuyo acatamiento se pretende establece expresamente que los vínculos de trabajo con los internos se rigen por la legislación laboral, lo que debe entenderse como una remisión cabal al Derecho del Trabajo privado y consideró que esta circunstancia es relevante porque las potenciales controversias del régimen en lo que hace a las vinculaciones laborales estarían incluidas en el amplio espectro del art. 20 de la ley 18.345, más allá de la conceptualización de las partes.

Asimismo señaló que el art. 493 del Código Procesal Penal de la Nación ciñe la competencia del juez de ejecución, pues como su nombre lo indica, sólo está llamado a controlar el cumplimiento efectivo de las sentencias de condena dictadas por el Poder Judicial de la Nación; y no se trata de un magistrado con competencia para juzgar una acción de conocimiento restringido como es el amparo.⁽²⁰⁾

(19) Respecto del derecho de representación por parte de la entidad gremial, Krotoschin sostenía que este derecho de representar en defensa de sus intereses comunes es una de las finalidades primordiales de la asociación profesional, de modo que una asociación que careciere de ese derecho puede ser otra cosa, pero no una asociación profesional.

(20) Dictamen del Sr. Fiscal General ante la CNAT n° 56.320, de fecha 5 de febrero de 2013, Expte. n° 55.651/12 caratulado: "Sindicato Único de Trabajadores Privados de la Libertad Ambulatoria SUTPLA y otros c/ Estado Nacional Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y otros s/ amparo", que tramitó ante Sala I, Dictamen n° 56.897 del 15/4/2013 y Sala IX, sent. int. n° 14.137 de fecha 30/7/2013 "Sindicato Único de Trabajadores Privados de la Libertad Ambulatoria SUTPLA y otro c/ Estado Nacional-Ministerio de Justicia y Derechos

Esta asunción de competencia por parte de la Justicia Nacional del Trabajo es relevante porque facilita el acceso a la jurisdicción de los internos trabajadores en defensa de sus derechos laborales, ya que estas cuestiones están al margen de la competencia del juez de ejecución pues carece de la especialidad necesaria para conocer en este tipo de conflictos, y porque también existen razones de índole práctica que impiden que estos jueces puedan asumir de modo eficaz el conocimiento de dichas causas. Recordemos que en la Capital Federal se crearon por ley cinco juzgados de ejecución pero solo se implementaron tres, y en la actualidad y desde hace bastante tiempo uno de ellos está vacante. Lo cierto es que en cada uno de esos juzgados tramitan un significativo número de causas debido a la competencia que les asignó en un inicio la ley y que, posteriormente, fue ampliada tanto por leyes ulteriores como por la jurisprudencia.

7 | Negociación colectiva

El sindicato tiene potestades para representar a los trabajadores privados de libertad ante el empleador (Estado —Nacional o Provincial—, ENCOPE o empresas dadoras de trabajo), más allá de la actividad que cada uno de ellos desarrolle y también podrá negociar colectivamente todo lo atinente a condiciones de labor y remuneraciones conforme lo dispuesto por la Constitución Nacional (art. 14 *bis*).

La negociación colectiva es la vía para obtener una solución consensuada ante los conflictos que caracterizan la relación capital y trabajo, y el sindicato tiene por esencia una función negociadora aun cuando para ello deba apelar a la presión y hasta a la huelga.

En definitiva, el conflicto se solucionará por medio de la negociación colectiva y esa solución se plasmará en un acuerdo que se proyectará sobre el conjunto de los trabajadores.

El art. 4 del convenio n° 98 de la OIT prescribe que deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones

Humanos de la Nación y otro s/ Acción de Amparo", Expte. n° 55656/2012 del Juzgado Nacional de 1ª Instancia del Trabajo n° 26.

de empleadores —por una parte— y las organizaciones de trabajadores —por otra—, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria con objeto y de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo.

El convenio colectivo es el fruto de la negociación colectiva y lo podemos caracterizar como “el acto jurídico celebrado entre una o varias asociaciones profesionales de trabajadores y uno o varios empleadores, asociados o no, para fijar sus relaciones mutuas y regular las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos individuales de trabajo”; y se denomina “colectivo” en razón de que, por lo menos por parte de los trabajadores, participa una colectividad y porque en él se resuelven conflictos de intereses colectivos.⁽²¹⁾

En nuestro país, la ley 23.551 reconoce a las asociaciones sindicales —tengan o no personería gremial— el derecho de negociar colectivamente (art.5, inc. d), sin embargo las convenciones colectivas de trabajo celebradas, en el marco de la ley 14.250, deben ser suscriptas por asociaciones sindicales con personería gremial (art. 1). Esta aparente contradicción no es tal, pues las entidades sindicales que carecen de dicha personería pueden celebrar convenios colectivos cuando en su ámbito de actuación (actividad o categoría) no existe una organización sindical con personería gremial (art. 23, inc. b) de la ley 23.551).

Una asociación gremial simplemente inscripta también podrá pactar condiciones de trabajo con un empleador o un grupo de empleadores, y tales acuerdos, celebrados de conformidad con las normas de derecho común, tendrán plenos efectos entre las partes contratantes, aún cuando carezcan de los que establece la ley 14.250 (por ejemplo, el llamado efecto *erga omnes*), por lo que el requisito de tener personería gremial que establece la citada ley no sería objetable desde el punto de vista constitucional.⁽²²⁾

En conclusión, la falta de personería gremial de la entidad sindical que agrupa a los internos trabajadores no sería un obstáculo para que dicha aso-

(21) SIMÓN, JULIO C., y AMBESI, LEONARDO J., “El Convenio Colectivo de Trabajo”, en Julio C. Simón, *Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo*, Bs. As., La Ley, 2012, t. I, p. 937, con cita de Colotti, Emilia Matilde, “Reseña de doctrina sobre convenios colectivos”.

(22) *Ibid.*, con cita de ETALA, CARLOS, “Derecho Colectivo del Trabajo”.

ciación pudiera celebrar un acuerdo de carácter colectivo con el Servicio o Autoridad Penitenciaria (nacional o provincial), dado que en ese ámbito de actuación no existe aún una organización sindical que tenga personería gremial y que se atribuya la representación de los internos trabajadores.

El convenio colectivo que pudiera concertarse deberá tener en cuenta las particularidades que presenta la relación laboral penitenciaria, en especial, que dentro de los establecimientos carcelarios los internos trabajadores realizan labores de distinta índole —en el área gastronómica, en la sección de lavandería, otros trabajan como operarios textiles, algunos en reparación de automóviles, hay quienes hacen trabajos de impresión—. Ante esta diversidad de oficios y con la finalidad de que no se vulneren las garantías constitucionales de retribución justa e igual remuneración por igual tarea (art. 14 bis CN), la convención colectiva debería contener cláusulas de reenvío a los salarios mínimos fijados en los convenios colectivos que regulan estas actividades específicas en el mundo libre, de modo de garantizar que los trabajadores intramuros no perciban remuneraciones inferiores.

8 | Derecho de huelga

La huelga es el instrumento de presión de los trabajadores para resolver el conflicto laboral y se vincula con otros mecanismos de solución como son la conciliación, la mediación y el arbitraje. Este derecho está garantizado, como ya expusiera, por el art. 14 bis CN y también por el Convenio 87 de la OIT, ya que se ha interpretado que alude a este derecho en el art. 3.1 cuando garantiza la autonomía de las organizaciones de trabajadores para formular su programa de acción. Por su parte, la Declaración Socio-laboral de Mercosur establece en su art. 11 que “Todos los trabajadores y las organizaciones sindicales tienen garantizado el ejercicio del derecho de huelga...”. El Comité de Libertad Sindical ha señalado que el derecho de huelga es un derecho legítimo, al que pueden recurrir los trabajadores y sus organizaciones y uno de los medios esenciales de que disponen para promover y defender sus intereses económicos y sociales.⁽²³⁾

La ley 23.551 reconoce el derecho de huelga a las asociaciones sindicales en general, sin distinguir si tienen o no personería gremial (art. 5, inc. d).

.....

(23) GARCÍA, HÉCTOR OMAR, “El Derecho de Huelga”, en Julio C. Simón, *op. cit.*

En consonancia con tales normas, considero que la titularidad de tal derecho compete tanto a un conjunto inorgánico de trabajadores como al sindicato formalmente constituido, tenga o no personería gremial. Por consiguiente, concluyo que un grupo de internos trabajadores como también el sindicato que los agrupa pueden ejercer el derecho de huelga.⁽²⁴⁾

Entiendo por huelga la abstención o la alteración temporal, colectiva y concertada, de la prestación laboral por parte de los trabajadores, con la intención de causar un daño al empleador, como elemento de presión, para obtener el cumplimiento de una norma preexistente o bien una modificación de las condiciones laborales o la satisfacción de determinadas reivindicaciones del grupo colectivo.

Igualmente cabe caracterizar como huelga a otras medidas de acción directa que también gozan de la protección constitucional, como los paros rotativos, el trabajo a desgano o a reglamento. Bidart Campos sostiene que si la huelga es la forma extrema del conflicto colectivo de trabajo, y está garantizada por la Constitución Nacional, las formas atenuadas, atemperadas o menos drásticas y rigurosas, tienen entonces similar cabida en el concepto constitucional de huelga.⁽²⁵⁾

Héctor O. García señala dos caracteres de la huelga: es un acto colectivo y concertado, pues resulta de una voluntad colectiva de los trabajadores reunidos en grupo que puede asumir un carácter formal y estable, como es el sindicato, o informal y transitorio o *ad hoc*, como son las coaliciones, las asambleas o cualquier conjunto identificable con la noción amplia de **gremio** utilizada por el art. 14 *bis* CN o de **organización** con la misma connotación amplia que establece expresamente el art. 10 del Convenio 87 de la OIT, siempre que la misma se encuentre instrumentada hacia la defensa o promoción de un interés económico-social de los trabajadores. Asimismo, la huelga, en tanto acto colectivo, expresa la de-

(24) ÁLVAREZ, EDUARDO, "Los Conflictos Colectivos de Trabajo y El Derecho de Huelga", en Julio C. Simón, *op. cit.*, con referencias a Krotoschin, Ernesto, López, Guillermo A. F., Fernández Madrid, Juan Carlos, todos en sentido coincidente con nuestra opinión. En contra de la posición expuesta, ver CNAT, Sala II, sent. del 20/7/2007 en autos "Zavaglia, Gustavo Martín c/ Artes Gráficas Rioplatenses SA s/ despido".

(25) BIDART CAMPOS, GERMÁN, "Principios constitucionales de Derecho del Trabajo (Individual y Colectivo) y de la Seguridad Social en el art. 14 *bis*", en *TySS*, suplemento extraordinario, 1981, p. 523.

cisión adoptada mediante la concertación entre los miembros del sujeto o ente colectivo,⁽²⁶⁾ y así entendida, determina que el perjuicio causado al empleador resulta exclusivamente de la falta de prestación laboral o de su alteración que, como señalara, es concertada y colectiva, lo que significa excluir cualquier otro acto dañoso que puedan realizar los trabajadores.

En mi criterio, no existe un ejercicio legítimo del derecho de huelga cuando los daños sufridos por el empleador derivan de actos violentos de los trabajadores, ya sea en contra de personas o de bienes de aquel. El art. 87 LCT responsabiliza al trabajador cuando, en ejercicio de sus funciones, causa perjuicios a los intereses del empleador mediante dolo o culpa grave. En consecuencia, esta responsabilidad surge también en supuestos de daño provocado en el marco de una huelga, con motivo de la realización de hechos ilícitos extraños a la prestación laboral, y más aún si el comportamiento lesivo configura un delito del derecho penal, que puede dar lugar a una sanción de tal carácter.

Cabe destacar que este modo de pensar es aplicable al trabajo prestado en el mundo libre.

La ley 23.551, por su parte, reconoce a las asociaciones sindicales —en general— el derecho de formular su programa de acción y realizar todas las actividades **lícitas** en defensa del interés de los trabajadores. En especial, ejercer el derecho a negociar colectivamente, el de participar, el de huelga y el de adoptar demás medidas **legítimas** de acción sindical (art. 5, inc. d). He subrayado tales expresiones, pues debe enfatizarse el carácter lícito y legítimo que deben tener todas las medidas que pueda realizar el sindicato en defensa de los intereses de los trabajadores, por lo tanto la huelga, que es la acción sindical por excelencia, debe ejercerse sin traspasar tales límites.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró que la jerarquía constitucional de la huelga no obstaculiza la sanción legal de tipos de conducta que importen extralimitaciones en el ejercicio razonable del mencionado derecho, ni justifica la comisión de delitos comunes en el curso del movimiento huelguístico, y excluye solamente las sanciones penales a la participación en huelgas en tanto las mismas sean pacíficas.⁽²⁷⁾

(26) GARCÍA, HÉCTOR O., "El Derecho de Huelga", *op. cit.*

(27) CSJN, "Ribas, Riego y otros", 13/05/1964, (Fallos, 258:257).

Los organismos internacionales, como el Comité de Libertad Sindical, tampoco amparan las extralimitaciones en el ejercicio del derecho de huelga, y en este concepto incluyen el deterioro o destrucción de bienes y locales de la empresa y la violencia física contra personas, consecuencias que normalmente suelen encontrarse castigadas por las legislaciones nacionales y, en función de su gravedad, pueden implicar desde el despido justificado hasta sanciones de tipo penal.⁽²⁸⁾

Por lo tanto, si la finalidad de la ejecución de la pena privativa de la libertad es lograr tanto que los internos adquieran la capacidad de comprender y respetar la ley como su adecuada reinserción social, ello significa que deben respetar los límites y condicionamientos que también rigen extramuros para la totalidad de los trabajadores. En conclusión, nunca la huelga puede confundirse con un motín y por lo tanto es insoslayable que el ejercicio del derecho de huelga adopte formas pacíficas.

No debe perderse de vista que por las circunstancias especiales que caracterizan a la prestación laboral penitenciaria, como también por las condiciones de seguridad que deben imperar en las cárceles, sería conveniente que antes de la adopción de medidas de acción directa, el sindicato que agrupa a los internos trabajadores preavise a la parte empleadora, a la autoridad penitenciaria y al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, en forma fehaciente y con un mínimo de cinco días de anticipación a la fecha en que se realizará la medida, para que la administración penitenciaria pueda adoptar los recursos que estime necesarios para garantizar la seguridad del establecimiento y de las personas alojadas en él, de modo análogo a lo dispuesto por el art. 7 del decreto 272/2006, reglamentario de la ley 25.877.

9 | Mecanismos de protección ante medidas discriminatorias

Aunque, en rigor, para los internos que ejerzan cargos en la entidad sindical —así como los a representantes de los internos trabajadores ante el empleador (ENCOPE o empresa dadoras de trabajo)—, no serían aplicables las garantías necesarias para asegurar su estabilidad en el empleo

(28) OIT, Comité de Libertad Sindical, *Informe*, 1998 b, p. 309, párr. 305.

tanto como las necesarias para cumplir su gestión sindical previstas por la ley 23.551 en sus arts. 48, 59, 52 porque la asociación aún carece del *status* de organización simplemente inscripta, tales trabajadores gozarán de la tutela que emana de las normas que integran el bloque de constitucionalidad federal, por lo que sería conveniente que el sindicato o los trabajadores involucrados notificarán fehacientemente al empleador y a la autoridad penitenciaria su condición sindical (delegado de personal o representante gremial), así como también el período para el cual fueron electos, a fin de estar cubiertos ante eventuales conductas discriminatorias por parte del empleador o de la administración penitenciaria.

Frente al despido de dirigentes sindicales o trabajadores cuya causa fuera la afiliación sindical o el ejercicio de actividades sindicales por parte de éstos, el Comité de Libertad Sindical ha solicitado a los distintos gobiernos que tomen las medidas necesarias para permitir que los dirigentes sindicales y afiliados que han sido despedidos por sus actividades sindicales legítimas puedan obtener el reintegro en sus puestos de trabajo y se apliquen a las empresas las sanciones legales correspondientes.

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones subrayó que de todas las manifestaciones de la discriminación antisindical, el despido es la que acarrea consecuencias más graves y es también la más evidente. No obstante —agregó—, existen también otras medidas que pueden causar graves perjuicios al trabajador al que se le aplican: traslado geográfico, traslado de puesto, descenso de grado, privaciones o restricciones de diversa índole (por ejemplo, en materia de remuneración de ventajas sociales, de formación profesional).⁽²⁹⁾

Por lo tanto, los internos trabajadores que sufran alguna de estas medidas motivadas en su afiliación sindical o en su militancia gremial —pensemos en traslados o en cualquier otra restricción—, cuentan con varios mecanismos de tutela.

Uno es el amparo especial que diseña el art. 47 de la ley 23.551 para la protección de los derechos de la libertad sindical que podrá ser interpuesto por todo trabajador o asociación sindical que fuere impedido u

(29) OIT Libertad sindical y negociación colectiva, 81ª Conferencia internacional del Trabajo, Ginebra, 1994, párr. 212, p. 104.

obstaculizado en su ejercicio regular, a fin de que el tribunal competente disponga, si correspondiere, el cese inmediato del comportamiento anti-sindical (art. 47). Como vemos, está legitimado para reclamar el damnificado directo y cualquier grupo de trabajadores que viere afectado alguno de los derechos que la ley define como de la libertad sindical.

También puede ejercerse lo que la ley de asociaciones profesionales denomina querella por práctica desleal (arts. 53 a 55). El primero de estos artículos describe como práctica desleal contraria a la ética de las relaciones profesional del trabajo por parte lo empleadores o en su caso, de las asociaciones profesionales que los representen en lo que aquí interesa: 1) intervenir o interferir en la constitución, funcionamiento o administración de un ente sindical, 2) obstruir, dificultar o impedir la afiliación de los trabajadores a una de asociación sindical, 3) promover o a auspiciar la afiliación de los trabajadores a determinada organización, 4) adoptar represalias contra los trabajadores en razón de su participación en medidas legítimas de acción sindical o en otras actividades sindicales o de haber acusado, testimoniado o intervenido en los procedimientos vinculados al juzgamiento de prácticas desleales, 5) despedir, suspender o modificar las condiciones de trabajo de su personal con el fin de impedir o dificultar el ejercicio de los derechos sindicales, 6) practicar trato discriminatorio, cualquiera sea su forma, en razón del ejercicio de los derechos sindicales tutelados por este régimen.

Están legitimados para promover la querella por práctica desleal la asociación sindical o el damnificado, conjunta o indistintamente. Las sanciones consisten en el pago de multas que serán percibidas por la autoridad administrativa del trabajo con destino al mejoramiento de los servicios de inspección del trabajo.

Otro mecanismo de tutela lo constituye la ley 23.592 que es plenamente aplicable a las relaciones laborales según lo decidió la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Dicha ley veda toda forma de discriminación, por lo que es válido incluir aquella que tenga como motivo la actuación gremial del afectado. El voto mayoritario del alto tribunal sostuvo que cuando un trabajador fue despedido por un motivo discriminatorio, el despido es nulo y aquel puede ser restituido a su puesto de trabajo, sin perjuicio de percibir las reparaciones que correspondan por daño material y moral.⁽³⁰⁾

(30) CSJN, "Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud SA", 07/12/2010.

Las conductas discriminatorias del empleador, en razón de la afiliación sindical o de la participación sindical también son reprimidas por la ley 25.212, ratificatoria del Pacto Federal de Trabajo. Esta ley refuerza el ordenamiento laboral en materia de discriminación en tanto que califica como infracciones muy graves a las decisiones del empleador que impliquen cualquier tipo de discriminación en el empleo o la ocupación por motivos de raza, color, ascendencia nacional, religión, sexo edad, opinión política, origen social, gremiales, residencia o responsabilidades familiares (art. 4, inc. a). Las sanciones pecuniarias que establece la ley se gradúan según la calificación de la infracción (leve, grave o muy grave, art. 5).

10 | Conclusiones

La sindicalización de quienes trabajan en la prisión es un hecho auspicioso y fructífero. Vale la pena recordar que el preámbulo de la Constitución de la OIT del año 1919 incluye al principio de libertad sindical dentro de las condiciones necesarias para alcanzar la paz y armonía universales. A su vez, la declaración de Filadelfia de 1944 —incorporada a la Constitución de la OIT en 1946—, reafirma la libertad de asociación como uno de los principios fundamentales sobre los que se basa la OIT y la caracteriza como “factor esencial para el progreso constante”.

El efectivo ejercicio de los derechos de la libertad sindical, en el marco de la prisión, será sin duda una de las condiciones necesarias para lograr paz y armonía y también un factor esencial para el progreso constante de los trabajadores privados de la libertad y, consecuentemente, de la sociedad en su conjunto.

La prisión como solución y problema

Una revisión

por **FABIÁN A. QUINTERO**⁽¹⁾

I | Resumen

El objetivo del presente trabajo consistió en sintetizar y analizar la evidencia disponible sobre la eficacia de las políticas penitenciarias en la población carcelaria, objeto de las intervenciones a partir de una revisión sistemática de información científica. El proceso de selección de documentos estuvo orientado al análisis específico de las funciones de custodia y protección, la capacidad socializadora penitenciaria, los efectos de la prisión en términos de seguridad pública y la capacidad resolución del conflicto penal originario. Los trabajos analizados muestran que la prisión no logra responder efectivamente a las demandas públicas de seguridad, de prevención de nuevos delitos ni de disminuir la delincuencia desde su función socializadora, en algunos casos muestran un efecto criminogénico. Sin embargo, cuando la intervención penal-penitenciaria se propone desde un modelo de prácticas que se basan en evidencia, con penas de corta duración y bajo estricta evaluación científica, se han informado logros medidos y verificados en torno a la prevención del delito y la reducción de la reincidencia.

(1) Licenciado en Antropología y Doctor en Cs. Ns. (UNLP). Profesor de Criminología de la Especialización en Derecho Penal (UNLP). Profesor de Metodología de la Investigación de la Maestría en DDHH (UNLP).

2 | Introducción

De la normativa jurídico-penal y penitenciaria se deriva que las funciones de la prisión son las de custodia y protección de detenidos y penados, en otras palabras, la rehabilitación de los delincuentes. Subsidiariamente, busca lograr la reducción del crimen, la protección del público en general y la compensación a las personas que han sido afectadas por el delito resolviendo el conflicto o daño que éste originó. Se representan, en este sentido, idearios tanto del retribucionismo como de la rehabilitación, de la escuela clásica, del positivismo y del penitenciarismo. Las formas que adopten las prácticas penales-penitenciarias dependerán del contexto socio-histórico y del perfil político imperante. Es así que dependiendo de múltiples factores sociales, el derecho penal estará más inclinado hacia las penas de prisión como modelo de castigo/resocialización o hacia las medidas alternativas de la prisión con la esperanza de la rehabilitación de los condenados.

Sin embargo, el papel que juega el encarcelamiento, como modelo tanto de castigo como de rehabilitación, no es un modelo uniformemente aceptado y ha recibido un sinnúmero de críticas desde sus inicios. Respecto del encarcelamiento, se podrían diferenciar dos grandes líneas de pensamiento contrapuestas las cuales se basan, por un lado, en la esperanza sostenida desde la reforma carcelaria-penal del siglo XIX en la que el encarcelamiento podría servir a los propósitos de la seguridad y/o la rehabilitación y, por otro, en la posición crítica de que la prisión es un dispositivo de poder derivado de la construcción social del delito. Si bien muchas de las críticas a la prisión pueden ser interpretadas como puntos de vista sin fundamentos, existe una gran cantidad de antecedentes científicos que dan cuenta tanto del fracaso de las funciones de la prisión como de sus efectos nocivos. Sin embargo, reconociendo tales fracasos, una serie de trabajos que fueron realizados por algunos investigadores abren la esperanza de que bajo procedimientos adecuados, los tratamientos penitenciarios podrían ser de utilidad en casos específicos.

El presente trabajo ha seguido la metodología de revisión sistemática de información⁽²⁾ y tuvo por objetivo sintetizar la evidencia disponible sobre

(2) GOODMAN C., *Literature searching and evidence interpretation for assessing health, Care Practices*, Stockholm, SBU, 1996.

la eficacia de las políticas penitenciarias y de seguridad asociadas, así como sus efectos en la población objeto de las intervenciones. La investigación se realizó a partir de bases bibliográficas de datos en inglés, español o portugués; se excluyeron textos en otro idioma. Sólo se tomaron en cuenta los trabajos de investigación publicados por revistas indizadas para garantizar que se encuentren sometidos a sistema de referato de pares.

2.1 | Críticas a la custodia y protección

Si bien el sistema penal en sus inicios mostró confianza en lograr reducir la tasa de mortalidad en las instituciones de encierro,⁽³⁾ la elevada tasa de muerte en las prisiones ha sido un fenómeno históricamente entendido como producto inevitable de la convivencia de personas violentas. Sin embargo, estudios epidemiológicos han demostrado que la mayor parte de las muertes son consecuencia de enfermedades y suicidios.⁽⁴⁾ Cabe destacar que esta elevada tasa de mortalidad no se asocia simple y directamente al estado de encierro. En un estudio de cohorte retrospectivo, Binswanger y colaboradores⁽⁵⁾ encontraron que durante las primeras 2 semanas después de la liberación, el riesgo de muerte entre los ex reclusos fue 12,7 veces mayor que entre otros residentes del estado (2589 por 100.000 personas/años contra 223 muertes por cada 100.000 personas/año) a causa de sobredosis de drogas, enfermedades cardiovasculares, suicidios y homicidios. Estos estudios indicaron que el riesgo de daño causado por el encierro se prolonga durante los primeros tiempos de vida en libertad.

El suicidio ha sido uno de los efectos más preocupantes causado por la prisión. A partir de estudios estadísticos,⁽⁶⁾ se informó que en las cárceles

(3) RUGGLES-BRISE E., *The English Prison System*, London, MacMillan, 1921.

(4) GARCÍA GUERRERO, JULIO et al., "Causas y tendencia de la mortalidad en una prisión española (1994-2009)", *Revista Española Salud Pública*, 2011, 85 (3), pp. 245/255.

(5) BINSWANGER I. et al., "Release from prison a high risk of death for former inmates", *The New England Journal of Medicine*, Jan 2007; 356 (2), pp. 157/165.

(6) HAYES L. and KAJDIN B., "And darkness closes", *National study of jail suicides*, Washington, DC, National Center for Institutions and Alternatives, 1981; HAYES L. and ROWAN J., *National study of jail suicides: Seven years later*, Alexandria, VA National Center for Institutions and Alternatives, 1988.

de Estados Unidos la tasa de suicidios resultó 9 veces superior a la tasa de la población general (107 suicidios cada 100.000 reclusos). Estudios posteriores han verificado esta elevada incidencia de suicidios, causada por diversas razones, en las prisiones. Cabe señalar que se han aceptado como un fenómeno tolerable.⁽⁷⁾

La salud es otro de los indicadores asociados a la guarda y custodia de los detenidos que se asocia a consecuencias epidemiológicas de gravedad. Se ha informado que los reclusos que se encuentran sanos cuando ingresan a la cárcel tienen un riesgo significativamente elevado de salir con VIH, tuberculosis, problemas de drogas o un deterioro en su salud mental. Los que ingresan bajo régimen de algún medicamento u otro problema relacionado con la salud a menudo resultan perjudicados por no contar con la atención médica adecuada.⁽⁸⁾

El efecto de la prisión sobre los detenidos ha sido cuestión de debates desde hace décadas. Se ha descrito un fenómeno de prisionización que se caracteriza por un primer proceso de asimilación en donde los detenidos desarrollan un alto grado de lealtad hacia los compañeros y un fuerte sentimiento de oposición a los funcionarios.⁽⁹⁾ Otros efectos a largo plazo de este fenómeno se evidencian a través de cuadros depresivos, apatía, inestabilidad emocional, trastornos de la personalidad, deterioro cognitivo, senilidad prematura, incapacidad para hacer frente a la vida cotidiana y aumento del comportamiento agresivo.⁽¹⁰⁾

En definitiva, la prisión parece fracasar en su función más sensible, la custodia y protección de los detenidos.

(7) DOOLEY E., "Prison suicide in England and Wales, 1972-87", *The British Journal*, 1990; VERA REMARTÍNEZ, ENRIQUE et. al, "Tendencia de la Tasa de Mortalidad en una prisión Española (1994-2004)", *Revista Española Salud Pública*, n° 6, 2005, pp. 673/682; DANIEL A. and FLEMMING J., "Suicides in a state correctional system 1992-2002", *J Correct Health Care*, 2006, 12, pp. 24/35.

(8) WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO), "Health in Prisons Project", 2013 [en línea], <http://www.euro.who.int>

(9) CLEMMER D., *The prison community (re-issued edition)*, New York, Holt-Rinehart and Watson, 1958; WHEELER S., "Socialization in correctional communities", *American Sociological Review*, 1961, 26, pp. 697/712.

(10) RASCH W., "The effects of indeterminate detention", *International Journal of Law and Psychiatry*, 1981, 4, pp. 417/431.

3 | Críticas a la capacidad socializadora penitenciaria

Desde el origen de la prisión moderna en el siglo XIX, la capacidad resocializadora de la prisión ha sido considerada como un ideal imposible. Kropotkin⁽¹¹⁾ daba cuenta sobre el impacto de la prisión sobre la voluntad de los detenidos, los efectos nocivos del encierro y sus consecuencias, explicación que resultaría semejante, varias décadas después, con la conceptualización de desviación secundaria del *Labeling Approach*.⁽¹²⁾ En palabras de Kropotkin, los sujetos que han delinquido y pasado por la prisión salen de ella más dispuestos que nunca a continuar por el mismo camino, hallándose mejor preparados para ello. Esta postura histórica sobre el efecto de las prisiones en los detenidos se ha opuesto al discurso predominante de la prisión rehabilitadora, capaz de realizar mejoras de socialización en los delincuentes, idea generalizada en el imaginario colectivo que se sostiene a pesar de las denuncias y evidencias sistemáticas de su fracaso.

La modernidad trae la idea de que la prisión es la única salida posible en la que se puede pensar. Así como en la Roma germánica la noción de cárcel o trabajo forzado era absolutamente desconocida, en la modernidad se naturaliza el aislamiento de un sujeto que se encuentre en litigio con la normativa criminal. Esta naturalización también incluye la confianza que se le otorga al trabajo y al deporte como instrumentos de rehabilitación para los delincuentes. Pero también implica cierta tolerancia a prácticas, como el abuso sexual y las victimizaciones psicológicas, económicas, sociales entre los detenidos y por parte de miembros del personal.⁽¹³⁾

El abuso sexual muestra, en gran medida, como la comunidad en general tolera ciertas prácticas que en otro contexto consideraría aberrantes. Recientemente, el Departamento de Justicia federal de EEUU ha reconocido que históricamente los casos de abuso sexual contra las personas privadas de libertad no se han tomado tan en serio como el abuso sexual fuera de

(11) KROPOTKIN, PEDRO, *Las Prisiones*, Barcelona, Pequeña biblioteca Calamus Scriptoris, 1977 (Traducción de la obra original: *In Russian and French Prisons*, London, Ward and Downey, 1887).

(12) LEMERT E., *Human Deviance, Social Problems and Social Control*, Nueva Jersey, Prentice-Hall, 1972.

(13) BOWKER L., *Prison victimization*, New York, Elsevier, 1980.

las prisiones, lo que ha contribuido a que no se asuma su carácter epidémico generalizado.⁽¹⁴⁾ De esta manera, la prisión no puede rehabilitar, no por carecer de un dispositivo específico, sino porque no puede resguardar la integridad física y psíquica de los detenidos.

Levi-Strauss⁽¹⁵⁾ compara la aversión que nos provoca la antropofagia con el rechazo que sienten otros grupos por algunas de nuestras costumbres derivadas del derecho penal y la prisión, que consisten en expulsar a los individuos temibles fuera del cuerpo social, manteniéndolos temporaria o definitivamente aislados en establecimientos destinados a ese uso. El autor sostiene que esta costumbre inspiraría profundo horror y repugnancia a la mayor parte de las sociedades que llamamos primitivas.

La prisión se nos presenta, entonces, naturalizada, por lo que no resulta necesario probar su efectividad para considerarla un medio eficaz y necesario de rehabilitación social.

4 | Críticas a la compensación de damnificados y resolución de conflictos

Se ha puesto históricamente en duda si la ley penal y la ejecución de una pena privativa de la libertad cumplen con lo que se considera una de sus principales funciones, la resolución de conflictos. Numerosos estudios socio-legales han identificado factores que constituyen obstáculos en la resolución de conflictos a pesar de una adecuada legislación. Algunas de las barreras más importantes son el acceso a la justicia, los elevados costos y/o duración de los procedimientos y la desigualdad procesal en términos de posibilidades de éxito.⁽¹⁶⁾ Por otra parte, la condena de prisión no logra

(14) DEPARTMENT OF JUSTICE, *National standards to prevent, detect and respond to prison rape. Final rule; request for comment on specific issue*, 2012, Fed Regist. 20 jun 2012; 77 (119):37 pp. 106/229.

(15) LÉVI-STRAUSS, CLAUDE, *Tristes trópicos*, Bs. As., Eudeba, 1970.

(16) HEGENBARTH R., *Sichtbegrenzungen, Forschungsdefizite und Zielkonflikte in der Diskussion über Alternativen zur Justiz. Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie Bd. VI)*, Opladen, 1980, pp. 48/82.

componer los lazos sociales que fueron transfigurados por el conflicto que da origen al proceso penal. En esto se basan las modalidades alternativas a la pena privativa de la libertad, las cuales intentan reconfigurar el tejido social previamente dañado.

Una de las ideas que explican estas falencias en el derecho penal se basa en la naturaleza histórica de su construcción social. La imposibilidad de que el derecho penal resuelva los conflictos penales deviene de la forma en que los aborda, a partir de una expropiación del conflicto, que se caracteriza como un proceso en el que los conflictos humanos son disociados de su contexto vital y distorsionados al ser sometido a un proceso legal.⁽¹⁷⁾ De esta manera, el proceso de judicialización no resuelve los conflictos sino que los alienan, mutilando el conflicto social, los reduce a un caso legal que excluye la posibilidad de una proyección orientada hacia una resolución adecuada y socialmente gratificante.⁽¹⁸⁾ El dilema tiene raíz en una construcción histórica consistente con la instauración del derecho penal, como una institución enfocada sobre la indisciplina, la desobediencia y la falta de respeto a la ley del soberano, donde el daño ya no importa, imponiéndose como una resolución de un poder exterior, judicial y político.⁽¹⁹⁾ Es así que desde sus inicios, no fueron objetivos del derecho penal la resolución del conflicto ni la reparación del daño social que fueron causados por el delito.

5 | Críticas sobre el efecto de la prisión en seguridad pública

A pesar de la esperanza puesta sobre el dispositivo penitenciario, pocos han llevado a cabo estudios serios para comprobar su eficacia. Cuando se realizan investigaciones metodológicamente adecuadas, los resultados son poco alentadores. Se sabe que las personas que pasan mucho tiempo

(17) TEUBNER, GUNTHER (ed.), *Autopoietic Law-A New Approach to Law and Society*, Walter de Gruyter, 1987, vol. 8.

(18) CHRISTODOULIDIS, E., *Law and reflexive politics*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1998.

(19) ANITUA, GABRIEL, *Historia de los pensamientos criminológicos*, Bs. As., Editores Del Puerto, 2005.

en la cárcel tienden a reincidir a tasas muy elevadas, no siendo claro cuánto de esto es atribuible a la convivencia con otros reclusos. En tal sentido, Latessa y Lowenkamp⁽²⁰⁾ han demostrado que la convivencia de delincuentes por delitos menores con delincuentes violentos, en realidad, aumenta el riesgo de fracaso del primer grupo, siendo la magnitud exacta de este efecto todavía incierto.⁽²¹⁾

Se ha informado que algunos de los condicionantes criminogénicos son producto de la reacción social. Braithwaite⁽²²⁾ postula que una vez que una persona es estigmatizada con una etiqueta de desviado y a medida que otros responden al infractor como desviado se desarrolla una profecía autocumplida. El etiquetado experimenta marginalidad, internaliza una identidad desviada, experimenta un sentido de la injusticia por ser objeto de vejaciones por agentes del control social y se siente atraído por grupos exitosamente etiquetados como desviados que le proporcionan apoyo social. Paulatinamente, las dificultades para ganarse la vida legítimamente a causa de una pérdida de la respetabilidad refuerza sus lazos con individuos que le brindan apoyo. Esto inclina al sujeto a racionalizar la desviación en la que fue etiquetado, como un estilo de vida defendible y legítimo.

Tal tesis criminogénica de la prisión conlleva a la crítica más dura contra la institución penitenciaria, la cual se instaura en la suposición de que la seguridad pública se encuentra relacionada tanto con una eficacia de la rehabilitación de los delincuentes como con un desarrollo de la prevención especial y general negativas (incapacitación y disuasión).

Los fracasos mejor documentados del efecto de las políticas punitivas en función de la seguridad pública son los basados en el incremento en la severidad de las penas durante las últimas tres décadas, principalmente en los Estados Unidos, donde han constituido el objeto de estudio de diversos programas de investigación.

(20) LATESSA E. y LOWENKAMP C., "What Works in Reducing Recidivism", *University, St. Thomas Law Journal*, 2005, 3: 521-535.

(21) PRITIKIN M., "Is prison increasing crime?", *Wisconsin Law Review*, 2008, 1049-1108.

(22) BRAITHWAITE J., *Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts*, *Chicago Journals*, 1999, 25: pp. 1/127.

Hasta entrados los años 70 en los Estados Unidos, la rehabilitación era la idea académica y criminológica dominante asociada a la función del sistema penal;⁽²³⁾ dos décadas después estaba completamente reestablecida la idea de la prisión con carácter punitivo basada en los conceptos de disuasión e incapacitación, idea que fue globalizada. Estos últimos dos conceptos se basan en principios elementales. La incapacitación refiere a que durante el período de detención en la prisión se impide la comisión de delitos. La disuasión refiere al efecto potencial del castigo sobre individuos que pudieren realizar un acto delictivo. Desde esta ecuación, el incremento en la severidad de las penas impuestas supuestamente incrementaría el poder tanto de la incapacitación, por actuar en un período más prolongado, como de la disuasión, por generar un mayor temor a penas incrementadas.

El incremento de la severidad punitiva posterior a 1980 fue estudiado por diversos autores. Es así que Irwin y Austin⁽²⁴⁾ examinaron los cambios en la tasa de encarcelamiento durante el período 1980-1991 y encontraron que el aumento del encarcelamiento no redujo el crimen, sino que pareció incrementarlo. Concordantemente, DeFina y Arvanites⁽²⁵⁾ en trabajos posteriores han puesto en serias duda la pretensión de que el incremento de encarcelamiento reduzca el crimen. Estos últimos autores, realizando un análisis sobre una serie de trabajos publicados que proponían el éxito de la severidad punitiva en varios Estados del país del norte, informan sobre falencias metodológicas que derivan en conclusiones erróneas. Al analizar la misma serie de datos a partir de modelos de regresión adecuados, los resultados revelan que el encarcelamiento no tiene ningún efecto significativo. Coincidentemente, Vieraitis⁽²⁶⁾ realizó

(23) GIBBONS D., "Review Essay: Changing Lawbreakers-What Have We Learned Since the 1950s?", *Crime & Delinquency*, 1999, 45(2):272-293; CULLEN F. and GENDREAU P., "Assessing Correctional Rehabilitation: Policy, Practice, and Prospects", In *Criminal Justice - Policies, Processes, and Decisions of the Criminal Justice System*, edited by Julie Horney, 2000, 3: pp.109/175.

(24) IRWIN J. y AUSTIN J., *It's about time: America's prison population crisis*, Belmont, Cal.: Wadsworth, 1997.

(25) DE FINA R. y ARVANITES T., "The Weak Effect of Imprisonment on Crime: 1971-1998", *Social Science Quarterly*, 2002, 83(3), pp. 635/653.

(26) VIERAITIS L. et al., "The criminogenic effects of imprisonment: Evidence from state panel data, 1974-2002", *Criminology & Public Policy*, 2007, 6(3): pp. 589/622.

un trabajo utilizando datos oficiales para 46 Estados de EEUU entre los años 1974 a 2002. Su estudio demostró que, aunque el crecimiento de población de prisión parece estar estadísticamente asociado con disminución en las proporciones del crimen, cuando los análisis se ajustan a los recambios de la población encarcelada, es el incremento en el número de prisioneros liberados la variable que se asocia significativamente con el aumento de crímenes. Postulan en este sentido un efecto criminogénico de la prisión previo a la liberación, es decir, durante la estadía del prisionero. Este efecto criminogénico de la prisión en los Estados Unidos ha sido corroborado a través de investigaciones regionales⁽²⁷⁾ y experimentales.⁽²⁸⁾

Las contradicciones evidenciadas en las intervenciones políticas para reducir la delincuencia han sido expresadas por diversos autores⁽²⁹⁾ que interpretaron que existen anomalías en los modelos de estimación de datos, los cuales han sido sistemáticamente ignorados. En este sentido, no existen pruebas serias de que las leyes puedan reducir el impacto de la delincuencia a través de la disuasión o la incapacitación. Por el contrario, cuando el Estado interviene con el incremento significativo de las penas, como con la "Ley de los tres golpes" (*three-strikes law* en EEUU), los criminales presentan mayor predisposición al homicidio de posibles testigos o potenciales identificadores.⁽³⁰⁾ Por otro lado, Worrall⁽³¹⁾ enfatizó sobre los supuestos efectos de incapacitación y disuasión asociados a estas normas, demostrando en sus estudios que dichos supuestos no se estaban cumpliendo.

(27) DE FINA R., *Incarceration and Child Poverty Rates: An Analysis of North Carolina County Data, 1995-2007*, Villanova University, Working Paper Series, 2009.

(28) GAES G. y CAMP S., "Unintended consequences: experimental evidence for the criminogenic effect of prison security level placement on post-release recidivism", *Crime & Delinquency*, 2009, 51(3), pp. 425/442.

(29) MARVELL T. y MOODY C., "The lethal effects of three strikes laws", *Journal of Legal Studies*, 2001, 30: pp. 89/106.; KOVANDZIC T. et al., "Unintended consequences of politically popular sentencing policy: The homicide promoting effects of 'Three Strikes' in U.S. cities (1980-1999)", *Criminology and Public Policy*, 2002; WORRALL, J., "Racial composition, unemployment, and crime: Dealing with inconsistencies in panel designs", *Social Science Research*, 2008, 37, pp. 787/800.

(30) MARVELL T. y MOODY C., *ibid.*

(31) WORRALL J., "The effect of three-strikes legislation on serious crime in California", *Journal of Criminal Justice*, 2004, 32(4), pp. 283/296.

Kovandzic⁽³²⁾ utilizando datos de 188 grandes ciudades relevados para el período 1980-1999, examinó los posibles efectos de la promoción de homicidio a partir del endurecimiento de las leyes por la ley de los tres golpes. Los resultados indican que las ciudades en donde se impusieron estas leyes experimentaron a corto plazo aumentos en las tasas de homicidio entre un 13% a 14% y a largo plazo aumentos del 16% al 24% en comparación con las ciudades en las que no regían estas leyes. Concordantemente, lyengar⁽³³⁾ informa que en el estado de California, tras la aplicación de estas leyes, los delincuentes fueron propensos a cometer delitos más violentos, los cuales se incrementaron en un 9%. Por su parte, Chen⁽³⁴⁾ postula que estos cambios en la legislación responden simplemente a la demanda pública y dañan el principio de proporcionalidad. En el mismo sentido, interpreta que las leyes de "los tres golpes" son un punto de vista jurídico simbólico más que una estrategia eficaz para controlar la delincuencia.

Los trabajos realizados con rigor metodológico muestran, en definitiva, que el efecto protector de la pena de prisión y la reducción del delito por endurecimiento de las penas no sólo es un mito, sino que se enlaza en una relación sinérgica con el incremento de incidentes violentos, mostrando un carácter criminogénico. Tal característica de agravamiento del crimen podría ir más allá del efecto directo sobre los detenidos. Murray y Farrington,⁽³⁵⁾ en un estudio en el que utilizaron datos prospectivos longitudinales del *Cambridge Study in Delinquent Development*, informaron que la separación de niños de los padres a causa de encarcelamiento se asoció significativamente con muchos factores de riesgo de la delincuencia, dando cuenta de comportamientos antisociales-delictivos en comparación con otros tipos de separación.

(32) KOVANDZIC T. et al, "Unintended consequences of politically popular sentencing policy: The homicide promoting effects of 'Three Strikes' in U.S. cities (1980-1999)", *Criminology and Public Policy*, 2002.

(33) LYENGAR R., "I'd Rather Be Hanged for a Sheep than a Lamb: The Unintended Consequences of California's Three Strikes Law", In *American Law & Economics Association Annual Meetings* (paper 15), Bepress, abril 2005.

(34) CHEN J. et al., "Three Strikes Laws and Repeat Offenders", Central Police University, 2006, Chinese Taipei [en línea], <http://www.tpac.gov.cn>

(35) MURRAY J. y FARRINGTON D., "Parental imprisonment: effects on boys' antisocial behaviour and delinquency through the life course", *Journal of Child Psychology and psychiatry*, 2005, 46(12), pp. 1269/1278.

En síntesis, la prisión no parece responder efectivamente a la demanda pública de seguridad, no previene nuevos delitos y no logra disminuir la delincuencia desde los postulados de disuasión e incapacitación, agregando a tales fracasos un posible carácter criminogénico.

6 | Toda intervención debe demostrar su eficacia

La necesidad de demostrar efectividad en una intervención en prevención del delito o sobre individuos penados se fundamenta en el riesgo de que su aplicación resulte ser perjudicial, por lo cual, en el modelo mismo de su ejecución, debe ser posible indicar cuando las cosas han empeorado significativamente. Seguidamente, la intervención debe demostrar no ser inocua, es decir, debe demostrar el logro de objetivos al menos parcialmente. Son escasos los estudios que han incluido formas de verificar el logro de los objetivos propuestos por la política penitenciaria o la prevención del delito.

Joan McCord⁽³⁶⁾ llevó a cabo un estudio longitudinal pionero y eficaz en prevención de la delincuencia, con la conformación de varios grupos sobre los cuales se desarrolló un programa con un seguimiento de 30 años posteriores a la intervención. En la experiencia no sólo se pudo comprobar estadísticamente el éxito del prevención en algunos de los grupos tratados, sino que además se pudo verificar que los niños que recibieron el tratamiento más intensivo mostraron efectos adversos.⁽³⁷⁾ El autor advirtió sobre el hecho de que los programas podrían terminar dañando a sus usuarios y que muchos de tales aspectos podrían haber pasado desapercibidos si el programa no hubiese sido tan bien documentado o el seguimiento no hubiese sido tan prolongado.⁽³⁸⁾

(36) MC CORD J., *A thirty-year follow-up of treatment effects*, *American Psychologist*, 1978, 33, pp. 284/289.

(37) MC CORD J., *Crime in moral and social contexts*, *the American Society of Criminology 1989 Presidential Address.*, *Criminology*, 1990, 28, pp. 1/26.

(38) MC CORD J., *"Cures that harm: Unanticipated outcomes of crime prevention programs"*, *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 2003, 587, pp. 16/30.

Estas ideas permitieron llevar los estudios científicos a las prisiones e instituciones de seguridad para constatar la eficacia o no de las intervenciones que se estaban llevando adelante. Uno de los aspectos más notorios de estas experiencias es la posibilidad de constatar algún efecto nocivo causado por intervenciones basadas en creencias no evaluadas adecuadamente. El ejemplo más dramático quizá lo constituya un programa cuidadosamente diseñado bajo la creencia de que la comunidad terapéutica era una adecuada intervención para criminales violentos. Dicho programa fue evaluado mediante el seguimiento de los internos un hospital psiquiátrico de máxima seguridad, durante los 10 siguientes años de su egreso. Los autores encontraron que este programa fue efectivo en reducir los niveles posteriores de violencia en los grupos de personas sin características psicopáticas, pero infortunadamente resultó en un agravamiento significativo de la violencia en los grupos con características psicopáticas.⁽³⁹⁾

Farrington y Welsh⁽⁴⁰⁾ plantean que uno de los principales problemas metodológicos que enfrenta la investigación experimental y no experimental en criminología es el de maximizar la validez interna, es decir, poder atribuir las variaciones observadas en la variable dependiente de forma inequívoca a los efectos de las variaciones en la variable independiente. Sin embargo, esto es posible cuando el diseño de investigación es el adecuado. Es así que tanto las instituciones de intervención penitenciaria como los profesionales que trabajan en ellas se enfrentan a una serie de cuestionamientos.

¿Cómo determinar qué es eficaz una intervención? ¿Cómo hacer afirmaciones acerca de que puede o no ser eficiente? ¿Cómo saber si se han logrado los objetivos propuestos en los programas? ¿Cómo utilizar los hallazgos de los muchos programas y enfoques que están disponibles?

Bajo el objetivo primordial de que la actividad profesional se fundamente en datos científicos y no en suposiciones o creencias, se desarrolló hace

(39) HARRIS G.; RICE M. and CORMIER C., *Psychopaths: is a therapeutic community therapeutic?*, Therapeutic Communities, 1994, 15(44), pp. 283/299.

(40) FARRINGTON D. and WELSH B., "Randomized Experiments in Criminology: What have we learned in the last two decades?", *Journal of Experimental Criminology*, 2004, 1(1), pp. 9/38.

dos décadas un movimiento denominado "medicina basada en la evidencia" desde donde se establecieron enfoques de investigación y práctica fundados en conocimiento verificable. Este modelo originario es una propuesta colectiva del uso racional, explícito, juicioso y actualizado de la evidencia científica para su aplicación en la medicina.⁽⁴¹⁾ A partir de logros notorios en su aplicación, se han desarrollado una serie de propuestas análogas como el de las "prácticas basadas en evidencia" (PBE) en las cuales se aplican de manera más amplia los principios y técnicas de decisión basados en conocimiento científico y de campo, con la intención de mejorar o mitigar los problemas sociales o individuales. Las PBE resultan en la actualidad una serie de técnicas emergentes que propugna la utilización de evidencia científica en la tomas de decisiones en el ejercicio profesional y la administración pública.

Diversos autores han manifestado que el enfoque de investigación y la PBE resultan inexcusablemente necesarios en los ámbitos criminológico, penitenciario, policiaco y judicial.⁽⁴²⁾ Este requerimiento se hace prioritario en tanto la práctica de la justicia penal se presenta como un fenómeno complejo que depende de recurrencias y singularidades en los tres poderes del Estado y manifiesta las contradicciones e inestabilidades de la vida social y política.⁽⁴³⁾

Desde la perspectiva de PBE se han informado logros medidos y verificados en torno a la prevención del delito y la reducción de la reincidencia, inclusive en aquellos casos que la mitología criminológica supone como incorregibles. Son destacables en este sentido el éxito logrado en áreas tales como el tratamiento de los delincuentes sexuales y la efectividad

(41) SACKETT, DAVID et al., *Evidence based medicine: what it is and what it isn't*, BMJ, 1996, 312 (7023), pp. 71/72.

(42) PETROSINO A. et al., "Toward evidence-based criminology and criminal justice: Systematic reviews, the Campbell Collaboration, and the Crime and Justice Group", *International Journal of Comparative Criminology*, n° 3, 2003, pp.42/61; FARRINGTON D. et al., "The Maryland Scientific Methods Scale", en L. Sherman, D. Farrington, B. Welsh y D. MacKenzie (eds.), *Evidence-Based Crime Prevention*, London, Routledge, 2002, pp. 13/21; FARRINGTON D., "Key Longitudinal-Experimental Studies in Criminology", op. cit.; GARRIDO V. et al., "Crime prevention: more evidence-based analysis", *Psicothema*, 2008, 20(1), pp. 1/3.

(43) QUINTERO, FABIÁN, "Características poblacionales del encarcelamiento en la provincia de Buenos Aires en contexto global. Intercambios", n°13, Publicación electrónica de la Carrera en Especialización en Derecho Penal, 2008 [en línea], <http://intercambios.jursoc.unlp.edu.ar>.

de las penas cortas en comparación con las largas⁽⁴⁴⁾ logrando reducir la reincidencia significativamente. Estos logros, adecuadamente informados, constituyen un sustrato que los científicos, profesionales y gestores políticos deberían considerar con objeto de apoyar las PBE.

En la República Argentina, las leyes nacional y provinciales de ejecución tienen como objetivo final lograr que los individuos penados tengan la voluntad y la posibilidad de respetar la ley penal. Para esto se han incluido en las normas los principios rectores de los derechos humanos.

En las últimas décadas, a partir de un proceso de "inflación" penitenciaria, la construcción de prisiones y el incremento en las plazas disponibles se han constituido como políticas prioritarias.⁽⁴⁵⁾ Se ha informado, en tal sentido, que el clima de una prisión se encuentra asociado con el tamaño de la población detenida, afectando en forma directa la probabilidad de eventos violentos.⁽⁴⁶⁾ Sin embargo, no se han desarrollado trabajos desde el paradigma de la PBE para verificar la eficiencia penitenciaria en particular y los problemas abordados por la criminología en general. Tampoco existen estrategias de relevamiento y análisis de la información en forma sistemática y estandarizada. Esto quizá se deba a la desmesurada confianza que se le tiene a las prevenciones especial y general negativas, las cuales se desarrollan en las prácticas institucionales a pesar de que han dado suficiente cuenta de no poder lograr los objetivos que las fundamentan. Sumado a esto, la información construida en base a los problemas relacionados con el delito y la violencia constituyen una respuesta simbólica ante una demanda indefinida, lejos de consolidar un interés público real que aborde las causa y factores asociados al delito desde una perspectiva científica y social.

(44) FARRINGTON D. et al., "The Maryland Scientific Methods Scale", *op. cit.*; GARRIDO V. y MORALES L., "Serious (Violent or Chronic) Juvenile Offenders: A Systematic Review of Treatment Effectiveness in Secure Corrections", *op. cit.*; GARRIDO V. et al., "Crime prevention: more evidence-based analysis", *op. cit.*

(45) QUINTERO, FABIÁN, "Características poblacionales del encarcelamiento en la provincia de Buenos Aires en contexto global. Intercambios", *op. cit.*

(46) QUINTERO, FABIÁN, "Caracterización Ambiental de Establecimientos Penales: Una Aproximación Multifactorial", en *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios*, 2007, 11, pp. 135/154.

Reforma a la ley 24.660: tratamientos disponibles

por **MARÍA LAURA RODRÍGUEZ**,⁽¹⁾ **LEILA L. GARCÍA CASTELO**,⁽²⁾
ANDREA SUÁREZ⁽³⁾ y **MARCELO DELLA MORA**⁽⁴⁾

I | Introducción

La ley 26.813 introdujo reformas a la Ley de Ejecución Penal en relación con los autores de delitos contra la libertad e integridad sexual. Según el relevamiento efectuado por la Comisión de Salud del Centro de Estudios de Ejecución Penal (CEEP) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA), fuera de las cárceles no existen dispositivos de salud pública en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) donde derivar a los llamados “agresores sexuales” y sólo en algunas unidades penitenciarias del país se realizan tratamientos relativos a dicha problemática. Desde diferentes áreas se aborda el debate desde el prejuicio, sin intercambio entre profesionales. Visibilizar estas cuestiones resulta de una urgencia social primaria.

En la Argentina, la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad —ley 24.660— es conocida como Ley de Ejecución Penal y tiene por finalidad “lograr que el condenado adquiera capacidad de comprender y

(1) Licenciada en Psicología (UBA). Psicoanalista. Docente de la Cátedra de Criminología, Facultad de Psicología (UBA).

(2) Abogada. Docente Nivel Superior.

(3) Licenciada en Psicología (UBA). Especialista en Psicología Forense.

(4) Psicólogo, Epidemiólogo (UBA). Especialista en Salud Pública.

respetar la ley procurando una adecuada reinserción social”. Para ello dispone un control judicial permanente designando jueces de ejecución que son los encargados de dar cumplimiento de las normas constitucionales, tratadas internacionales y los derechos de los condenados no afectados por la condena o la ley.

En la práctica diaria, los Jueces de Ejecución tienen funciones o competencias para:

- Resolver las cuestiones que se susciten cuando se considere vulnerado alguno de los derechos del condenado; y
- Autorizar los egresos del condenado del ámbito de la administración penitenciaria (para sus salidas transitorias, libertad anticipada, período de libertad condicional, prisión domiciliaria, prisión discontinua, semi-detención, prisión diurna, prisión nocturna, libertad asistida).

De esta forma, el régimen penitenciario se basará en la progresividad y con el establecimiento de diferentes períodos que serán programados e individualizados de acuerdo a estudios técnico-criminológicos. La pena, por lo tanto, está exenta de tratos crueles, inhumanos o degradantes conforme los tratados y leyes vigentes en Argentina. Esta forma de llevar adelante la pena privativa genera un intercambio y control permanentes entre el Servicio Penitenciario Federal y los Jueces de Ejecución Penal.

2 | Modificaciones a la ley

La introducción de las modificaciones a la ley 24.660 llevó a la comisión de salud del CEEP⁽⁵⁾ a investigar los tratamientos existentes tanto dentro como fuera de las sedes penitenciarias. De modo abreviado, mencionamos las principales modificaciones:

- La creación de un equipo compuesto por profesionales especializados en la asistencia de internos condenados por delitos contra la integridad sexual, el

(5) El Centro de Estudios de Ejecución Penal, creado por la resolución 11.713/06 de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, tiene como finalidad esencial promover estudios académicos, investigaciones y la formación de especialistas en la materia, así como colaborar en proyectos para mejorar la eficiencia del sistema penitenciario en el logro de los objetivos previstos constitucionalmente y para garantizar la vigencia de los derechos humanos de las personas privadas de libertad.

cual intervendrá con el fin de facilitarle al interno su reinserción al medio social, en casos de salidas transitorias, libertad asistida, detención domiciliaria.

“... se incorpora como art. 56 ter de la ley 24.660, el siguiente texto: en los casos de las personas condenadas por los delitos previstos en los arts. 119, segundo y tercer párrafo, 120, 124 y 125 del Código Penal, se establecerá una intervención especializada y adecuada a las necesidades del interno, con el fin de facilitar su reinserción al medio social, que será llevada a cabo por el equipo especializado previsto en el inciso I (del artículo 185 de esta ley). En todos los casos, al momento de recuperar la libertad por el cumplimiento de pena, se otorgará a la persona condenada, un resumen de su historia clínica y una orden judicial a los efectos de obtener una derivación a un centro sanitario, en caso que sea necesario” (art. 1, ley 26.813).

- Para la concesión de salidas transitorias o la incorporación al régimen de semilibertad, se requiere un informe del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución, donde se notificará a la víctima o a su representante si desea hacer alguna manifestación, como así también el juez deberá tomar conocimiento directo del condenado.

“... antes de adoptar una decisión, se requerirá un informe del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución...” (art. 2, ley 26.813).

- En casos que el juez de ejecución, previo informe del equipo interdisciplinario del juzgado, conceda a una persona condenada por delitos contra la integridad sexual salidas transitorias, el régimen de semilibertad, o prisión domiciliaria, se exigirá el acompañamiento de un empleado o la colocación de un dispositivo electrónico de control.

“Al implementar la concesión de las salidas transitorias y del régimen de semilibertad se exigirá un acompañamiento de un empleado o la colocación de un dispositivo electrónico de control, los cuales solo podrán ser dispensados por decisión judicial, previo informe de los órganos de control y del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución” (art. 3, ley 26.813).

Teniendo en cuenta las modificaciones introducidas a la ley de ejecución penal, comenzamos a indagar y a preguntarnos desde las diferentes áreas

disciplinarios que integran la comisión de salud acerca del abordaje de dicha problemática.

- ¿Existe un perfil de violador, o varios?
- ¿Es una patología o no?
- Si es una patología, ¿tiene o no tratamiento?
- ¿Son inimputables?
- ¿Puede compararse con la problemática de las adicciones?
- ¿Puede pronosticarse la reincidencia?
- ¿Necesitan tratamiento?
- ¿Son perversos?
- ¿Se puede trabajar grupalmente?
- ¿Qué abordaje terapéutico se recomienda?
- ¿Cuáles son los recursos humanos y técnicos disponibles?
- En caso de no poder acceder a un dispositivo electrónico de control, ¿cómo se realizaría el "acompañamiento de un empleado"?
- ¿Libertad controlada?
- ¿Es hoy posible aplicar la reforma a la ley de ejecución penal?
- ¿Qué objetivos se pueden fijar en ese tratamiento? ¿En cuánto tiempo?
- ¿Qué dispositivos de control se aplican?
- ¿Cómo funcionan en la actualidad los equipos interdisciplinarios en los juzgados de ejecución?

3 | Relevamiento

Ante estos interrogantes se organizaron las Jornadas sobre "agresores sexuales" en el mes de abril de 2013 con el objetivo de visibilizar aquellas (pocas) experiencias llevadas adelante. Para ello se dispuso un primer encuentro abordando el tema de los dispositivos de salud mental dentro y fuera de la cárcel, de la que participaron profesionales pertenecientes al Programa de asistencia y tratamiento de personas procesadas por delitos contra la integridad sexual del Servicio Penitenciario de la Provincia de Mendoza, la Dirección de Salud del Servicio Penitenciario de la Provincia

de Buenos Aires, docentes e investigadores de la Facultad de Psicología de la UBA y de la Universidad Nacional de La Plata (UNLP), e integrantes del Servicio de Salud Mental de Hospital Gandolfo, en Lomas de Zamora de la Provincia de Buenos Aires.

El segundo encuentro se destinó a los dispositivos de control, recursos asistenciales y monitoreo electrónico utilizados en el sistema judicial/penitenciario. Participaron el Patronato de Liberados —organismo dependiente del Ministerio de Justicia y Seguridad de la Provincia de Buenos Aires, que tiene como función principal la reinserción de personas que han estado privadas de su libertad—, jueces del Tribunal Criminal de San Martín, en la Provincia de Buenos Aires, la Dirección de Monitoreo Electrónico del Servicio Penitenciario Bonaerense, Surely —empresa encargada de proveer al Servicio Penitenciario de la Provincia de Buenos Aires el equipamiento técnico de control de los detenidos— y el representante del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD) en la Argentina.

Durante el primer encuentro expusieron el Lic. Walter Lavilla, la Lic. Romina Paola Guiñes y la Lic. María Laura Lemos Castro —integrantes del Departamento de Asistencia y Tratamiento de personas procesadas y penadas por el delito contra la integridad sexual del Complejo Penitenciario Almafuerde de la provincia de Mendoza—. Este Departamento surgió entre los años 2008 y 2010 a partir de una serie de denuncias vinculadas con el conocido “caso del chacal”, en referencia al chacal europeo, conocido en Mendoza por abusar de su hija durante años y con quien tuvo siete hijos. No alcanzó a ser condenado porque falleció de una afección pulmonar pero generó un gran revuelo por el hecho aberrante. Ese hecho suscitó una serie de denuncias vinculadas con el abuso sexual. En Mendoza se denuncia en promedio un caso de abuso sexual cada tres días. Esto lleva a que se organice una comisión de especialistas abogados a solucionar estos problemas más que nada basados en los dichos de quien era el Gobernador en ese momento —Celso Jaque— quien quería imponer la castración química. Actualmente el tratamiento que se aplica se basa en la existencia de componentes cognitivos de base que son los que promueven este tipo de comportamiento. Se trabaja sobre el agresor sexual pero haciendo hincapié en las consecuencias en las víctimas. El tratamiento para el control del delito de la agresión sexual consiste específicamente en dos modalidades: el específico y el psicoeducativo.

La modalidad del tratamiento específico se basa en postulados de Marshall y Barbaree, quienes toman la delincuencia sexual desde tres puntos importantes:

1. La conducta sexual, estudiando las preferencias sexuales de estos sujetos, encontraron —a través de estudios— una muy deficiente relación entre el agresor sexual y sus parejas.
2. El funcionamiento social: estos sujetos son incompetentes en habilidades sociales, asertividad, ansiedad social, ajuste conyugal.
3. Las distorsiones cognitivas, pensamientos erróneos que no se ajustan a la realidad, cómo piensan los agresores sexuales.

Desde el modelo de estilo de vida criminal de Walters, el delincuente sexual está caracterizado por un estilo de vida que tiene que ver con un sentido global de irresponsabilidad en su vida, insatisfacción, violación de las reglas y normas sociales. El modelo de la prevención de la recaída de Peters fue uno de los primeros en enfatizar el concepto de la prevención, sostiene que los delitos de índole sexual no son actos impulsivos, sino planeados. El objetivo general del tratamiento en el equipo mendocino es reducir o eliminar el riesgo de reincidencia a futuro, con la finalidad de evitar futuras víctimas. El objetivo específico consta de 14 módulos con la finalidad de reeducar al agresor para una sexualidad sana y sin síndromes de peligro de violencia y con conductas sexuales adecuadas. Hay dos etapas en el tratamiento, una individual y otra grupal. La individual donde se hace una entrevista de admisión; el interno tiene que tener conciencia de enfermedad, y si hay demanda se puede realizar el tratamiento. Luego de la entrevista de admisión se pasa a un contrato terapéutico, obviamente con el consentimiento del interno que quiera participar y ser incluido en la modalidad de abordaje específico.

En la etapa psicodiagnóstica individual, se administran técnicas individuales principales y complementarias: por ejemplo, test de inteligencia no verbal, TONI (*Test of Nonverbal Intelligence*), el SVR-20 (*Sexual Violence Risk-20*), etc. La etapa grupal: es la tercera etapa del tratamiento, que dura dos años. Los instrumentos usados dentro de la modalidad psicoeducativa son talleres de reflexión que se realizan una vez por mes, cine recreativo. Hay buzones en los pabellones donde los internos se pueden manifestar con opiniones acerca de la película y/o de la propuesta.

En el abordaje socio-familiar la función del trabajador social es poder detectar en el interno los factores de riesgos, factores protectores a nivel familiar, su red de contención, si la familia acepta el delito o es una familia negadora. Cuando el interno pasa a la toma de conciencia, a la toma de control, cuando ha logrado de forma honesta hablar del delito y se toma el consentimiento de que si quiere se le toma una entrevista con su familia, si el interno acepta se realiza una entrevista con el referente y se va trabajando con la familia, de acuerdo a cómo ese interno va insertándose con su familia, cuál es su postura y que vaya acompañando a este interno en la culminación del tratamiento. La franja etaria de los internos es entre 18 a 37 años. Las edades de las víctimas entre los 7 y 16 años, el 70% de las víctimas son menores de edad. El género es femenino en su mayoría, el masculino solamente el 13%, el 3% puede ser indistinto. El número de víctima al momento del hecho es del 80% una sola víctima y dos víctimas llegando al 20%. El vínculo con las víctimas observado es del 20% son hijos o hijastras, el 50% son delitos intrafamiliares.

Los representantes del Instituto de Clasificación del Servicio Penitenciario de la Provincia de Buenos Aires, Lic. Fabio Frontelli —Director— y Alejandra Reta —Directora de Política Criminal—, así como de la Subsecretaría de Política Criminal del Ministerio de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Lic. Juan Pablo Scarpinelli, se refirieron al vacío que encontraron sobre el tratamiento para los delitos de índole sexual cuando comenzaron a trabajar específicamente en la temática en octubre de 2011. De los detenidos en la Provincia de Buenos Aires, en ese momento eran 2635 (imputados por ese tipo de delitos) sobre una población total de 27.900 (9%). Sólo 850 revestían la calidad de penados con los que trabajaron directamente, y no con los procesados por la presunción de inocencia. Los psicólogos detectaban y/o generaban una demanda de tratamiento, que era el principal objetivo. A quienes tuvieran la intención de hacerlo, se les proporcionaba un tratamiento. Se coordinó con el sector de pre-egreso y con el Patronato de Liberados zonales. Se abordaron 200 casos comprometidos con el proyecto, y hay otros 250 casos en proceso de ser admitidos. La mayoría se encuentra en las unidades 25 y 26 de Olmos, en la Provincia de Buenos Aires. En relación con el tratamiento penitenciario, la mayoría no había realizado nunca un tratamiento en las unidades penitenciarias, y lograron un 55% de adherencia al tratamiento. Un 38% continúa con el tratamiento. La mayoría de la población es primaria y muy pocos son reincidentes. Lo

delitos son de característica intrafamiliar, y las víctimas se encuentran comprendidas entre los 6 y 15 años, mientras que los agresores tienen entre 31 y 50 años. Los lazos familiares se rompieron a partir de la detención. La mayoría viene de hogares familiares disgregados. A partir del año 2012, se empezó a realizar una experiencia grupal. El primer paso es que soporten el dispositivo: grupos de reflexión. El coordinador tiene una postura psicoanalítica, de perfil vincular (Berenstein & Puget), donde la alteridad se hace presente. La vinculación que se produce en el grupo es realmente importante. Hay muchas resistencias para hacer un tratamiento psicológico, pero no hay que olvidar la dificultad para realizarlo. Se trata de un dispositivo de dos años. En el primero se habla de "lo que pasa" y en el segundo de "lo que me pasa", que implica una mirada más psicodiagnóstica: TAT, Rorschach. Se trabaja con un cuaderno de ejercicios, el cuaderno instruye al interno y la escritura es muy terapéutica. En la actualidad la adherencia es de un 90%.

Seguidamente, el Lic. Luis Alberto Disanto. Psicólogo (UBA), Psicoanalista, Docente de la Facultad de Psicología (UBA y UNLP), experto en asesinatos seriales, especialista en investigaciones científicas del delito en el Instituto Universitario de la Policía Federal, comienza tomando "una palabra que ha tenido mala prensa: perversión". La perversión no sólo ha sido un diagnóstico de la psiquiatría, sino también un diagnóstico de posición subjetiva que ha marcado el psicoanálisis. No es sinónimo de maldad aunque, a veces, se le parece. Aclara que jamás ha tratado a un delincuente sexual, sí a víctimas, y que

"Parece probado que el tratamiento de los delincuentes sexuales reduce el riesgo de reincidencia y que los mejores abordajes incluyen contenidos dirigidos a modificar aspectos en la conducta y el pensamiento, tanto agresor como víctima, esto en función del déficit. Raras veces reciben la atención profesional sostenida, lo que conduce a la reincidencia para la mayoría de los delincuentes a la cronificación de las secuelas y esto es lo más importante: mientras más amplia sea la comprensión de la psicodinámica podemos decir que muchos tratamientos tienen una impronta conductista, sistémica o inclasificable, pero no podemos prescindir de la lectura analítica aunque no siempre se puede intervenir desde ese lugar. Es cierto que los profe-

sionales muchas veces somos refractarios a estos cambios. Por ejemplo, hasta hace treinta o cuarenta años atrás los toxicómanos no se atendían, eso fue cambiando, ¿quizás esto también cambie? posiblemente, parece que es un terreno más duro, por ciertas cosas que hay en juego, porque el goce no está solamente en el propio sujeto, sino que toma otra persona, un semejante —en el mejor de los términos— entonces cuanto más amplia sea la comprensión, tanto más apremiante será la necesidad de actuar terapéuticamente. La violación es un tema de poder y de dominio muy grande. Por ejemplo, en el ámbito penitenciario —según el informe del Observatorio Internacional de Prisiones de 2002— dentro de las prisiones se habla mucho de las violaciones pero siempre en los pasillos, es una cuestión de poder y de jerarquía en ciertos lugares, esto existe por más que no haya muchos informes al respecto. Otra pregunta que se puso sobre el tapete fue ¿existe un perfil o varios perfiles de agresores sexuales? En general predominan los rasgos perversos, que muchas veces no se evidencian nada más que en ese acto, puede haber otras cuestiones, pero lo que no hay que dejar de tener en cuenta es el concepto de singularidad y de caso por caso, que tiene que ser importante de ser considerado, porque por lo general cuando se arma un programa o cuando se hace un programa es cuando se tiene que formalizar o presentar al otro que lo va aprobar, se arma algo para un grupo general, algo ‘para todos’, pero el tema de la singularidad hay que sostenerlo como para seguir pensando este tema, porque hay una heterogeneidad aún dentro de una misma estructura, hay heterogeneidad en las formas, en las víctimas en todo lo que ustedes piensan y eso no se puede subsumir. Quizás el perverso va a seguir siendo perverso, el tema es si con eso puede hacer algo que no sea letal, me parece que es una de las apuestas posibles”.

A continuación, la Lic. Matilde de la Iglesia, psicóloga, mediadora, especialista en agresión familiar, profesora en la Facultad de Psicología de la UBA e investigadora, desarrolló su exposición en relación a proyectos vinculados con la temáticas de los delitos contra la integridad sexual. Una de las preguntas que guió su exposición fue ¿de qué manera los imaginarios

sociales que nosotros mismos construimos van obstaculizando nuestra práctica profesional? Entonces, comenta:

“A partir de un muestreo bibliográfico intenso se encontraron muchos abordajes con relación a las víctimas de los delitos sexuales y poco en relación al tratamiento de los ofensores sexuales. Todas las que se encontraron tienen las mismas características: priorizan un trabajo grupal y los marcos teóricos son cognitivo-conductuales. Mientras están cumpliendo su condena, los ofensores sexuales llegan a los hospitales públicos, vía Patronato de Liberados, una vez que salieron, que están en la calle por la vía que sea por el término de la condena, —por libertad asistida, condicional— y tienen que hacer tratamiento, en todos los casos aparece la necesidad del tratamiento individual. Los profesionales del hospital público manifiestan no estar preparados para llevar adelante el tratamiento con personas que tienen estas características: si alguien cometió un delito sexual es un perverso y si es un perverso no es susceptible de un tratamiento psicológico, por lo tanto ¿cómo tratar a alguien que no es susceptible de tratamiento psicológico? Existen muchas acepciones acerca de qué es la perversión: desde el punto de vista de Krafft-Ebing, el Tratado de Psicopatías sexuales describía conductas. Freud enuncia la perversión como condición de la sexualidad humana. Lacan fue complejizando el tema de la perversión, por lo tanto la primera respuesta es que no hay posibilidad de llevar adelante un tratamiento porque no tiene ninguna especialización. Entre atender a una víctima y un victimario, siempre se atiende a la víctima, porque además está el reconocimiento social de la atención a la víctima. Los imaginarios sociales inciden todo el tiempo en la práctica.

En los hospitales refieren que no tienen idea de la diferencia que puede existir entre los distintos tipos de delitos que implica un delito sexual, todo es violación porque sigue inscripto en el imaginario social, entonces no se pudo plantear la diferencia de alguien que se acerca y tiene un contacto con una característica en relación a otra que se acerca y tiene un acceso carnal. Cuando uno se sienta frente a alguien que llevó adelante un delito sexual, esta persona tiene que reflexionar acerca de aquello que

hizo y generar cierta empatía con la víctima; va a marcar diferencias un tipo de acercamiento u otro tipo de acercamiento y va a marcar diferencia también en relación a los otros, porque acá lo que estamos hablando todo el tiempo es del lugar que los otros le otorgan al delito sexual y entonces lo vamos a ir significando de diferentes maneras, pero siempre quedamos del lado del estigma o del lado del otro. Es muy difícil el trabajo, porque no hay capacitación al respecto en los hospitales públicos y tampoco hay obligación de que estén capacitados, tampoco existen lugares donde se puedan derivar a personas que cometieron este tipo de delito una vez que están fuera. Quizás hay que esperar un tiempo para ver la evolución y de qué manera estos tratamientos que son intramuros traducen efectos en el afuera”.

De acuerdo al relevamiento efectuado por la Comisión de Salud del CEEP durante el año 2013 en Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en la Provincia de Buenos Aires (siendo la provincia con mayor densidad poblacional y actividad económica del país), no existen o son muy escasos los dispositivos de salud pública donde derivar a los llamados “agresores sexuales” cuando recuperan su libertad, sea en forma anticipada o definitiva. Sólo en algunas unidades penitenciarias del país (Complejo I y II del Servicio Penitenciario Federal, Servicio Penitenciario de la Provincia de Buenos Aires y Penal “Almafuerte” del Servicio Penitenciario de Mendoza) se realizan tratamientos relativos a dicha problemática, experiencias que se encuentran en fases iniciales.

Finalmente, tomó la palabra el Lic. Adrián Trezza, del Grupo Olmo de Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires, junto con la Lic. Laura Capacete y la Dra. Laura Piedimonte. Relatan que la población con la que trabajan —desde la autogestión— tiene entre 12 y 18 años. Algunos de ellos son menores adultos punibles. En general fueron víctimas por su evolución desde la niñez a la adultez y es una población desafiliada (concepto de Robert Castell). Tratan de comprender la complejidad de esta problemática, y las controversias de diagnóstico y de tratamiento. En cuanto a las medidas alternativas hay dos grupos: los que van a estudiar afuera, juegan al fútbol afuera y los que están en sus casas que siguen el tratamiento desde allí. Trabajan con chicos que están imputados o condenados por delitos de abuso sexual, pero que están en libertad o en proceso de semilibertad. Refieren que quieren despejar el obstáculo de mantener el secreto y

que si son perversos, son incurables. La mayoría de los psicoanalistas que han trabajado en esta temática coinciden en que quienes cometen delitos sexuales, no son necesariamente perversos (por ejemplo: Serge André, Alicia Iacuzzi, etc.) sino que se trata de estructuras *borderline*, se trata de sujetos en construcción, en muchos casos están perplejos y se trata de que se responsabilicen, darle alguna significación simbólica, de reflexión de su actuar. Propusieron pensar en dispositivos institucionales de tratamiento y también en un dispositivo jurídico, donde el tránsito por la sanción jurídica también humanice el sujeto.

La segunda jornada destinada a los dispositivos electrónicos de control. El Dr. Garibaldi presentó la evolución de estos dispositivos y planteó que en 15 años de experiencia en la Provincia de Buenos Aires, los porcentajes de evasión nunca superaron el 4%. No obstante, analizó el impacto que se produce sobre la vida familiar del monitoreado y que debería tenerse en cuenta que una persona presa es un problema familiar, pero una persona encerrada todo el día en la casa, es un problema familiar también cuya estigmatización se realiza de otra forma, con efectos desconocidos en la salud a partir de la instalación de chips o de las pulseras. Reconoce cierta contradicción entre lo que significa la confianza que debe dispensar una persona que está en libertad condicional para la reinserción social y cierta paradoja de pretender que alguien readecue su conducta social pero vigilado y pensando que si da un paso en falso inmediatamente va a ser detectado. El estudio de estos temas “no son la panacea de nada, hay que tener cuidado con la regulación y en lo posible —antes de hacer las leyes— discutir cuáles son los problemas que generan las leyes que se hacen”.

El profesor Fernández Bustos, del sistema de monitoreo electrónico del Servicio Penitenciario de la Provincia de Buenos Aires, junto con el Lic. Amden, expusieron los equipos de monitoreo y abordaron las condiciones materiales y prácticas necesarias para la implementación de estos controles y su funcionamiento y organización dentro del Servicio.

Finalmente, la Lic. Alejandra López —Presidenta del Patronado de Liberados de la Provincia de Buenos Aires—, presentando las estadísticas, y el representante del ILANUD —Lic. Domínguez Lostaló— concluyeron con un análisis del papel del Estado en el cuidado de sus ciudadanos detenidos y condenados.

4 | Dispositivos de control electrónico

Como adelantáramos, al concluir las jornadas, nuevas preguntas nos hicimos y nuevos análisis en el plano teórico que llevábamos a su aplicación en el ámbito judicial ya que las modificaciones introducidas en la ley de ejecución en enero del corriente año prevén la implementación de dispositivos electrónicos de control para aquellos que se encuentren condenados por delitos contra la integridad sexual (arts. 119 —2° y 3° párrafo—, 120, 124 y 125 del Código Penal) al momento de incorporar al interno al régimen de semilibertad, salidas transitorias, prisión domiciliaria y libertad condicional. Argentina no es el primer país en implementar esta clase de controles, existen antecedentes en países como Inglaterra, Estados Unidos, Francia, Canadá y España, siendo ésta una herramienta pensada para disminuir la reincidencia.

Estos dispositivos son relativamente recientes: cuentan con no más de cincuenta años de aplicación, a nivel internacional, y menos de quince años en nuestro país; y fueron pensados desde sus inicios como una forma económica de control, funcional al momento de aplicar la pena privativa de la libertad. Sin embargo, la implementación de estos sistemas no ha tenido un impacto en la cantidad de población penal, tal como podría haberse esperado en sus comienzos. Lejos de esto, la población carcelaria se ha incrementado en las últimas décadas a pesar de implementar controles alternativos como a los que se hace referencia.

Existen diferentes tecnologías, pudiendo distinguirse dos clases de tobilleras. Por un lado se encuentran las que detectan el ingreso del sujeto a un lugar determinado. Estos dispositivos resultan adecuados para aquellos casos en los que el sujeto haya sido condenado y existan motivos para imponerle una restricción de acercamiento a lugares puntuales, como por ejemplo en los casos de violencia familiar —restricción de acercarse al hogar— o en los casos de pedófilos, para que no frecuenten lugares como escuelas. Por otro lado, existen las tobilleras que impiden alejarse de un lugar determinado, configurando el equipo en función de las dimensiones del domicilio. Estas últimas son implementadas actualmente en la Provincia de Buenos Aires. Pueden, en algunos casos, combinarse con un sistema de GPS que permite que el sujeto tenga mayor movilidad utilizando un celular; y de este modo salir de su domicilio para realizar actividades tales como recibir asistencia médica o desempeñar tareas laborales.

También se cuenta actualmente con la posibilidad de implantar los dispositivos debajo de la piel del sujeto. Esto ha despertado críticas, sin embargo, puede sostenerse en lugares de clima cálido, donde el uso de tobillera implicaría una identificación inmediata del condenado, con la posibilidad de ser segregado o estigmatizado por su condición. En este caso, cuentan con un GPS, que permite saber en todo momento dónde se encuentra el sujeto.

Los últimos avances tecnológicos han permitido que hoy día existan dispositivos que permiten registrar y enviar información sobre el sujeto, como por ejemplo, frecuencia cardíaca, nivel de alcohol o drogas, etc. Asimismo, tienen posibilidad de intervenir sobre el cuerpo del controlado, pudiendo enviar descargas eléctricas que impactan sobre el sistema nervioso central o provocando la apertura de una cápsula con tranquilizante, liberando la sustancia en el cuerpo del infractor. Se destaca que la aplicación de estos últimos dispositivos es muy limitada, sólo siendo utilizados en países centrales y para casos excepcionales, para individuos violentos o psicóticos.

Sea cual fuere el dispositivo de monitoreo que se elija para comenzar a dar cumplimiento de lo previsto por la ley, existen interrogantes que a la fecha no han podido ser respondidos en forma satisfactoria. Por un lado, los efectos sobre la subjetividad del condenado, la estigmatización y el estrés que el uso de una tobillera pudieran conllevar.

Por otro, los efectos secundarios sobre la salud: aún no se cuenta con estudios sobre el posible efecto dañoso que esta tecnología puede tener sobre el organismo, el cual se verá expuesto a mecanismos que envíen ondas en forma permanente por un período prolongado de tiempo.

Por último, y no menos importante, cabe hacer una consideración en relación al momento de la pena en el cual se pretende implementar el control electrónico. Está previsto que se aplique a personas que se encuentran incorporadas a la libertad condicional, semilibertad o que gozan de salidas transitorias. En todos los casos mencionados, la ley supone que quien accede a dichos beneficios haya sido evaluado previamente por profesionales idóneos, quienes darían cuenta de las adecuadas condiciones del sujeto para reinsertarse en la sociedad. Incorpora un nivel de supervisión que lejos de brindarle mayor autonomía al sujeto limita su capacidad para revincularse con su entorno y desenvolverse en su vida cotidiana. Es de público

conocimiento que muchos delitos de violación, estupro, incesto, abuso deshonesto engrosan buena parte de la cifra negra de la criminalidad. A pesar de la mayor visibilidad —sobre todo a partir de las políticas públicas vinculadas con la prevención de la violencia doméstica y el maltrato infanto-juvenil— es difícil que una mujer haga la denuncia de su violación, hecho que comúnmente queda sellado en el seno de su núcleo más íntimo de amigos y familiares.

El acoso, hostigamiento o asedio sexual es novísimo en su tratamiento legal; viejísimo, en cambio, desde el punto de vista de su ocurrencia. Cabe señalar que, aunque mínimos, se registran hombres víctimas de acoso sexual. El robustecimiento de los Derechos Humanos como doctrina social y política permitió una mayor toma de conciencia sobre el antiguo problema del acoso sexual que victimizó desde siempre a ingentes cantidades de individuos en todo el mundo.

En el imaginario colectivo circulan muy a menudo dos conceptos que se prestan a confusión: sexo y sexualidad, mientras que el primero se refiere al cuerpo biológico (del latín *sexus*, sexo viene del verbo *secare* que significa cortar, se refiere a la división del género humano en dos grupos: masculino y femenino; hasta el siglo XVII el verbo se acompañaba del adjetivo *virilis* o *mulieris*), el segundo involucra al cuerpo erógeno, al cuerpo del placer. El término erógeno alude a Eros, dios griego del amor, la vida, la construcción, la generación y la fecundidad. Basta remontarnos a cotidianidades de culturas antiguas para advertir que la sexualidad era una de las vías de comunicación con las distintas divinidades, tanto para hacer ofrendas cuanto para agradecer el fruto de las cosechas. No hay que olvidar que en el campo del comportamiento sexual humano en la actualidad continúan imbricados y fuertemente arraigados antiguos mitos, tabúes y creencias que muchas veces no se advierten y no se analizan.

¿A partir de qué momento la sexualidad comenzó a ser acusada de corromper la moral y las buenas costumbres? Desde que empezó a ser corrompida por los mecanismos de poder, sometimiento y dominación —sobre todo religiosos— la sexualidad devino represión, culpa y castigo. Paradójicamente, la erotización, la imagen y la publicidad devinieron profetas del único dios verdadero: el lucro. En la avidez por mostrar y mostrarse, muchas veces la mal entendida desinhibición provoca efectos adversos.

El acoso sexual se asocia con el poder y el modo de ejercerlo. La subordinación se suele adjetivar en los controles formales e informales del poder que incluyen la familia, la escuela, el trabajo, el aparato de propaganda y los medios masivos de comunicación. Estímulos incitantes y excitantes, intensos y extensos, promoviendo el uso y abuso de todo lo que puede —y debe— ser consumido, para luego castigar las conductas impropias. A este mecanismo se lo conoce como sexualidad represora, que nada tiene que ver con la moral, sino más bien con una doble moral; mientras la moral otorga lealtad a las normas sociales y hábitos de pensamiento, la doble moral se basa en el prejuicio, la discriminación y la desinformación que, potenciados por la ignorancia, puede ser letal.

Hay que considerar que la transgresión tiene, siempre, manifiesta vinculación con problemáticas familiares, siendo el agresor un emergente. En hogares disociados —independientemente del nivel económico-social— ocurren con mayor probabilidad casos de promiscuidad, abuso sexual e incesto. La literatura científica reporta que más de la mitad de los casos denunciados —no siempre judicializados— ocurren en el ámbito intrafamiliar y transgeneracional.

Resulta absurdo, sin embargo, pensar que una ley penal puede cambiar la realidad social y que la cárcel disuada el deseo y los condicionantes que lo impelen.

5 | Conclusiones

La convocatoria realizada permitió una amplia participación en las jornadas donde funcionarios, efectores de salud y del sistema judicial y del servicio penitenciario, así como estudiantes y profesionales de distintas disciplinas pudieron participar de los debates e interrogantes que se plantearon a lo largo de ambos días.

La organización y el desarrollo de las jornadas nos han dejado varias preguntas de las que partimos al principio sin poder responder, pero sin dudas, nos ha dejado una certeza: no existe un perfil de “agresor sexual” ni tiene validez dicho concepto para abarcar la población penitenciaria imputada o condenada por los delitos contra la libertad o integridad sexual previstos en el Código Penal de Argentina. Pero hubo algo que nos

hizo y nos hace pensar, y es que si bien hemos elegido el abordaje de una temática sumamente compleja, la participación, no solo de todos los expositores, sino del público en general, ha sido sorpresivamente muy alta. Entonces, es por ello, que la modificación de la ley 24.660 nos permite poder comenzar a visibilizar una problemática de la cual mucho no se habla, mucho no se investiga, pero sí convoca. Una de las preguntas con la que comenzamos este camino, es poder llegar a determinar si las personas que cometen delitos contra la integridad sexual son personas imputables o inimputables, sanas o bajo una patología, para poder luego definir los pasos a seguir. Y luego, de todos los relatos de las experiencias, de las estadísticas, hasta ahora, nadie nos ha podido responder eso. Por lo tanto, si no hay un perfil elaborado sobre dichos sujetos, ¿cómo es posible pensar en un tratamiento?, o, mejor dicho, ¿cómo es posible pensar en la efectividad de un tratamiento si desconocemos el lugar del cual partimos? Y esto nos lleva a pensar: ¿qué es lo que estamos “tratando”?, ¿a quién estamos “tratando”? Cada caso debe ser asumido conforme lo previsto por la recientemente reglamentada Ley Nacional de Salud Mental.⁽⁶⁾

Hasta ahora, por lo menos en Argentina, no contamos con una bibliografía que se encargue de estudiar al victimario, al que abusa, al que viola; los estudios en la mayoría de los casos, recaen sobre la víctima, en sus más variados estilos, pero nadie se ocupa o pre-ocupa por el sujeto que lleva adelante esta acción, ni desde la teoría, y mucho menos desde la práctica. A pesar de que, según el Patronato de Liberados de la Provincia de Buenos Aires, el porcentaje de personas condenadas por este tipo de delito es ínfima (menor al 10% de la población carcelaria), consideramos que cada vez que tiene lugar y se mediatiza un delito de este tipo, el efecto que causa en la población es muy alto y de fuerte impacto, y como no parece haber otra salida posible que el mantenerlos encerrados, al menos esa es la demanda social, se procede a la modificación de la ley.

Y nos preguntamos entonces, ¿cómo se implementa la modificación?, el texto de la ley plantea que es un equipo interdisciplinario, conformado por psicólogos, médicos, trabajadores sociales, quien debe realizar los

(6) “En el marco de la presente ley se reconoce a la salud mental como un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona” (art. 3, ley 26.657).

informes periódicos, pero ¿de quién va a depender ese equipo? Si observamos la situación actual de los dispositivos de asistencia y tratamiento que el personal del Servicio Penitenciario brinda a los internos, entonces podemos considerar posible que los equipos mencionados dependan de, por ejemplo, el Ministerio de Salud de la Nación. De esa manera, **el equipo va a poder asistir y tratar al interno en lugar de disciplinar y sancionar**, tal como plantea el art. 185, inc. I), de la ley 24.660, **con profesionales independientes al Servicio Penitenciario Federal; o bien reglamentar y poner en práctica programas dentro y fuera de la cárcel, supervisados por el Ministerio de Salud de la Nación**. Es prioritario que se creen programas interdisciplinarios, conforme lo previsto en la Ley Nacional de creación de la Cámara de Casación Penal para generar equipos de trabajo con el fin de capacitar, promover y conformar los equipos interdisciplinarios. Por otro lado, actualmente el Servicio Penitenciario Federal no cuenta con ningún tipo de dispositivo electrónico de control, a diferencia del Servicio Penitenciario de la Provincia de Buenos Aires, los cuales son utilizados en caso de detención domiciliaria.

Por último, consideramos que nuestra tarea es continuar con el desafío de instalar la problemática en cada vez más espacios, de generar conciencia sobre esta temática poco conocida que nos permita superar el discurso prejuicioso mediático, de generar doctrina en los diferentes espacios académicos que coadyuve al abordaje científico interdisciplinario, de poder comenzar a escuchar cada vez más voces, de convocar cada vez a más personas a participar del espacio que compartimos y en el que trabajamos, y por sobre todo a comprometernos cada día a luchar por los derechos de todas las personas que se encuentran privadas de la libertad.

Tratamiento psicológico grupal (de y entre) personas privadas de su libertad acusadas de abuso sexual

por JUAN PABLO SCARPINELLI⁽¹⁾

I | Introducción

A los fines de realizar una primera evaluación cualitativa del Programa implementado en una unidad penitenciaria bonaerense durante el año 2012 (fase piloto) y sustanciado concretamente desde enero 2013 con duración hasta 2015, se presentan seis escritos realizados por integrantes de un grupo que expresan su parecer sobre la experiencia.

Considerando en el encuadre del tratamiento la **asistencia voluntaria** y el resguardo del **secreto profesional** he solicitado que sean los propios integrantes quienes puedan evaluar informándoles que el objetivo era socializar a otros lo que pasa y les pasa en el espacio, pactando de esta manera la apertura del secreto profesional.

A modo de orientación, se plantearon algunos ejes de análisis: si habían tenido experiencias de tratamiento psicológico; qué opinaban de los te-

.....
(1) Lic. en Psicología. Integrante de la Subsecretaría de Política Criminal e Investigaciones Judiciales del Ministerio de Justicia y Seguridad de la provincia de Buenos Aires.

mas tratados; sus motivaciones para asistir; la vivencia grupal y el desenvolvimiento del coordinador.

Partir de la palabra del detenido permite visualizar realmente el sentido que los participantes le otorgan al espacio grupal más allá de los propósitos que sostienen al programa. De esta manera, sondear sobre la internalización del espacio terapéutico puede ser una forma alternativa a realizar desde la coordinación una interpretación de cada uno de ellos, herramienta psicoanalítica de uso frecuente en el espacio.

Considero oportuno este tipo de evaluación a los fines de integrar expectativas posibles, temas propuestas para que la asistencia continúe siendo por interés más que por compromiso. Los temas y los objetivos están planteados a lo largo de dos años pero se van realizando las improvisaciones o modificaciones adecuadas según movimientos y tiempos del grupo como también de la situación social que nos atraviesa.

A continuación se transcriben las notas resguardando la identidad.

2 | Desarrollo

2.1 | AM (47 años)

“La actividad me parece buena. Pablo —el coordinador que nos lleva— saca temas que a mí me hicieron recordar cosas y como uno nunca las dijo acá en el grupo al menos. Esto me pasó a mí de recordar cosas o de escuchar a otro y sabiendo yo como podía sentirse una persona en esta situación y teniendo yo la confianza de los muchachos o el mismo grupo todos los días más un apoyo el cual está hablando en serio como lo que nunca podría hacerse en una reunión con cualquier persona o bien con un grupo pero sin un profesional al frente el cual no dejaría risas o cargadas. Y eso me ayudó mucho a mí, no digo que mi vida cambio totalmente pero sí a tener menos vergüenza de mí mismo e ir para adelante. Sé que todos o bien pienso que todos no se sueltan del todo como yo lo hice. Será cuestión de tiempo. También me gustaría que nos lleve más a debates entre el grupo que cada uno pueda soltar más de todo”.

2.2 | PF (61 años)

"En la terapia psicológica de la cual yo participo encuentro una diversidad de opiniones sobre temas puntuales. En muchos temas que se han analizado el Lic. Pablo nos pregunta qué opinamos sobre tal o cual tema. Por ejemplo, la violencia de género o la niñez.

También tocamos el tema sobre nuestro pasado, cómo fue nuestra niñez, adolescencia, adultez. Yo en lo personal encontré sobre el relato de cada uno de los participantes que a mí me había pasado algo parecido.

Me ayuda mucho esta terapia porque aprendo a conocerme un poco a mí mismo y a ver y comprender y a entender un poco más a las personas.

Que todos cometemos errores en esta vida pero no tengo que olvidarme de mi pasado para poder tener una vida mejor.

Considero al Lic. Pablo como un buen profesional en cómo encara esta terapia psicológica".

2.3 | SEJ (39 años)

"Desde mi experiencia personal puedo decir que durante casi un año con el Lic. Pablo fue muy positiva, más bien diría altamente positiva. Logró armar un grupo estable, fortalecido, con ganas de avanzar. También se logró la confianza entre cada uno de nosotros ya que sin habernos conocido antes y teniendo una desconfianza se logró un ámbito de privacidad.

Puedo decir que cada día me siento más motivado a ser partícipe de este grupo, esperando los viernes a que llegue el licenciado para poder charlar, discutir, reflexionar los distintos temas ya sea de nuestra historia personal como así también temas de actualidad. También espero que esto siga por muchos años ya que hay muchas personas privadas de su libertad que realmente están necesitadas que quizás por una cuestión del 'qué dirán' no se animan a integrarse, concepto muy errado.

Bueno, esto es una pequeña reflexión que doy de mi parte. También hay que destacar la constancia de Pablo que agua, frío, enfermedad, los viernes viene como sea, él se debe a sus pacientes y yo a todos, y nosotros nos debemos a él.

2.4 | MR (63 años)

“Así como el hecho de haber perdido la libertad fue algo completamente inesperado y sorpresivo en una etapa avanzada de mi vida, esta terapia de grupo es también una experiencia totalmente novedosa para mí.

Hice terapia psicológica en otras oportunidades pero individual. La diferencia en esta es que al escuchar las opiniones de otros miembros del grupo me doy cuenta que muchas de las cosas que opinan o que han vivido cada uno de ellos, también me han ocurrido a mí.

A veces los puntos de vista son diferentes pero eso también ayuda a que podamos ver las mismas cosas desde ángulos distintos y ver que lo único que posiblemente teníamos en vista no es lo único que existe.

Quien coordina el grupo fue trayendo paulatinamente los temas, los cuales nos hizo volver a la infancia y recordar anécdotas de nuestros primeros años, ver nuestras semejanzas y nuestras diferencias desde los primeros años de vida. Observar cómo ello ha repercutido en nosotros para continuar luego con la adolescencia, donde a través de la experiencia que cada uno recordó de ella, pude ver que en esta etapa prácticamente se marca el carácter que va a tener en su vida adulta.

A este grupo invitado por otro interno que había realizado una experiencia previa o piloto con anterioridad y me sumé al grupo más que nada por curiosidad, es decir para ver de qué se trataba y por otro lado para pasar el tiempo, ya que a veces se hace largo cuando uno está detenido.

Pero a medida que fueron transcurriendo las reuniones me di cuenta de que esto era útil para mí.

Que me permitía desentrañar aspectos de mi vida que habían quedado olvidados. Podría decir que ayuda a conocerse a uno mismo.

Hemos visto películas que luego pasábamos a comentar y muchas veces determinadas situaciones hacían aflorar vivencias que yacían dormidas en la conciencia de uno. Debo confesar que una de las películas me hizo llorar porque en ella pude ver situaciones que he vivido personalmente y que en parte fueron las que llevaron a la situación en que me encuentro.

En mi caso particular, si bien no he cometido los delitos por los cuales llegué a estar preso, es evidente que 'algo' he hecho mal, que he cometido errores que no quisiera volver a cometerlos y lo que esperaría de esta terapia es poder darme cuenta de ello y no volver a cometer esos errores".

2.5 | PJ (65 años)

"Este tratamiento para mí ha sido muy positivo. Aprendí mucho y al escuchar tantas historias parecidas o no. Siento como que mi problema se hace cada vez más pequeño. También tengo que decir que el trato que tenemos con nuestro psicólogo Pablo es muy bueno, y es para mí un ser humano con todas las letras y lo que la palabra humana significa. ¡Te quiero mucho profesor! Todo lo que de usted aprendí me ha de servir por el resto de mi vida. Y lo que he de usar para ayudar a otras personas. ¡Muchas gracias!"

2.6 | BA (65 años)

"Aclaro que fue mi primera participación en un tratamiento grupal en mi vida.

Me pareció este curso una experiencia interesante. A pesar de que en el principio venía al curso por curiosidad, me di cuenta poco a poco que de acuerdo con los temas que se trataban yo podía opinar, recordar o hasta intercambiar opiniones con mis compañeros, sabiendo que mis ideas eran respetadas y a veces aceptadas. Entonces se me fue como corporizando la necesidad de venir los viernes y en esas horas opinar sobre un determinado tema sin que nadie me corrija o me obligue a pensar de otra forma.

Una parte muy importante fue la del coordinador que nos escuchó, nos guió sutilmente muchas veces hacia determinada manera de enfocar un tema y al mismo tiempo nos hacía respetar el espacio de opinión de otros compañeros del grupo.

Llegado a este punto puedo decir que me siento parte del grupo y pude observar que el coordinador Pablo no sé si fue casual o no pero en algún momento la mayoría de los integrantes del grupo 'por supuesto yo también' nos largamos a llorar. Cada cual se quebró por su propio problema o debilidad pero sucedió. ¿Habría sido la intención del coordinador? Pero en mi caso pienso que me hizo ver claramente un aspecto interno mío al que no le daba tanta importancia y es el apego que le tengo a mi barrio, a mi gente. Y saberlo me hace feliz.

Puedo considerarlo por mi parte un buen tratamiento grupal y me interesa seguir haciéndolo”.

3 | Conclusiones

A partir de algunas recurrencias podemos pensar que:

La experiencia de estar con otros permite volver a pensar sobre sí mismo.

Es satisfactoria la recuperación de la historia para entender el presente y pensar en el futuro, aunque los recuerdos acarreen angustia.

Es central la transferencia y confianza al coordinador como garante del espacio y del respeto de la diversidad.

Hay registro personal de que se expresaron pensamientos pero también sentimientos con otros.

La sensación de cumplir por ahora con el primer objetivo explícito desde la coordinación, hacer un grupo.

Cuándo planteo el título del trabajo —tratamiento de y entre—, remito al marco teórico del Psicoanálisis de las Configuraciones Vinculares donde la subjetividad es inherentemente alterada y posible de modificación al vincularse con otro/s.

El relato de la historia personal permite dar sentido a conductas actuales, suspender mecanismos inconscientes de repetición, recuperar el camino hacia personalidades dónde el registro del otro se ha empeñado, dónde la estrategia de vida terminó siendo la lógica narcisista.

Estar en grupo es convivir con múltiples lógicas de pensar y sentir, acotarse a un contexto dónde la violencia y la sexualidad están reguladas, permite vivenciar directamente la salud mental que se desprende de estar con otros y compartir parte de la vida.

La sublimación —como ese desvío necesario de las pulsiones más misteriosas del hombre— no siempre es satisfactorio, y el espacio grupal posibilita la emergencia del humor como mecanismo natural como así también confecciona una red de contención que des-dramatiza los problemas y aloja aquel que se siente olvidado o solitario.

En grupo, el coordinador observa e interpreta “el entre”, y no sólo conduce hacia un esperable o ideal de salud mental —como plantea el modelo médico— sino que lo que ocurre en el aquí y ahora tiene tanto valor como lo que se hizo o no se hizo en otro contexto. Es decir, una persona puede negar la comisión de un hecho delictivo de abuso sexual, pero si su desenvolvimiento en el espacio aparecen aspectos narcisistas que producen conflicto con otros, se puede señalar e interpretar esas acciones y de esta manera se trabaja sobre el hecho imputado. Por lo tanto la **asunción de la responsabilidad** de las acciones reprochadas por el dispositivo jurídico pasa a ser un objetivo de segundo plano, ya que es conocida inicialmente la estrategia utilizada por la defensa en el proceso penal, dónde se debe negar todo, no llegar a declarar o incluso asumir acciones no cometidas para una rápida condena mediante los juicios abreviados, herramientas que merecen revisarse a la luz del impacto subjetivo al administrar justicia.

Si el proceso continúa detenido, la presunción de la inocencia es una garantía constitucional que ningún profesional debe violentar. Por lo tanto el psicólogo que proponga un espacio clínico individual o grupal puede dejar en suspenso esta cuestión, ya que no va a resolver en una entrevista lo que el dispositivo judicial resuelve en años y que a veces continúa resolviéndose en instancias de apelación sin sentencia definitiva.

La **negación** continúa como forma de sobrevivir ante personas que replican el sentir social de que el abusador es un “perverso incorregible” y que

debe vivir lo mismo que ha hecho para que sepa lo que es. La realidad es que en algunos casos el acusado ya lo ha vivido lo que implica pensar en la re-victimización de la persona si el tratamiento de resocialización se convierte en una tortura. Por otro lado, la tortura no está contemplada en las actuales leyes, cuestión que desilusiona a muchos adherentes.

Agrego también que he encontrado indicadores de **vergüenza** al ser descubierto en la situación abusiva, lo que sumerge a la persona en el aislamiento familiar (generalmente por estar la víctima en ese grupo), social (por considerarlo un demonio a exterminar), institucional (por considerarlo alguien que debe sufrir), profesional (que sostiene que no existe cura para los degenerados) y vincular (alguien que no merece ser integrado, escuchado, tratado como persona).

De esta manera devolver la **singularidad y responsabilidad** mediante la asignación de su inherente condición humana es la puerta de inicio de este acercamiento a personas con diversos perfiles, con diferentes vidas, con múltiples variables socio-familiares intervinientes, y cuestiones personales sobre la forma de gozar que han precipitado en ser procesados y condenados por abuso sexual.

Es necesario continuar esta investigación iniciada hace dos años e ir socializando los humildes avances.

Algunas notas sobre las experiencias del abordaje psicológico a personas privadas de la libertad por delitos contra la integridad sexual⁽¹⁾

por **JUAN PABLO SCARPINELLI⁽²⁾** y **MARINA ALEJANDRA RETA⁽³⁾**

En esta ponencia nos interesa presentar algunas apreciaciones y resultados preliminares sobre la experiencia de tratamiento de personas privadas de la libertad por delitos contra la integridad sexual en la provincia de Buenos Aires, e introducir algunas reflexiones respecto a las posibilidades de inclusión de estas personas en un dispositivo terapéutico.

En primer término, pretendemos centrarnos en el relato de una modalidad de trabajo interdisciplinario e intersectorial que comenzamos en el año 2011, en distintas unidades del Servicio Penitenciario Bonaerense (SPB),

.....
(1) Ponencia presentada en las Jornadas sobre "Agresores Sexuales" organizada por el Centro de Estudios de Ejecución Penal, realizadas en la Facultad de Derecho (UBA) los días 18 y 25 de abril de 2013.

(2) Licenciado. Magister. Psicólogo perteneciente a la Subsecretaría de Política Criminal e Investigaciones Judiciales del Ministerio de Justicia y Seguridad de la Pcia. de Buenos Aires.

(3) Licenciada. Directora de Política Criminal. Ministerio de Justicia y Seguridad de la Provincia de Buenos Aires.

que plantea un tratamiento individual, y queremos poner de relevancia algunos resultados preliminares de la experiencia, así como sus límites, desafíos y posibilidades de continuidad.

Y en segundo término, presentamos algunos antecedentes de abordaje y perspectivas que conforman el estado del arte y el marco teórico para una propuesta de tratamiento grupal que estamos llevando a cabo desde hace algunos meses en la Unidad N° 25 de Olmos, así como también un análisis de las características, potencialidades y fortalezas de este enfoque.

Cuando comenzamos a trabajar con este segmento de población, en octubre de 2011, realizamos una investigación preliminar sobre experiencias existentes —propuestas, proyectos de ley, antecedentes de tratamiento en la provincia; y en el resto del país— encontrándonos con un vacío respecto de este tipo de intervenciones en las unidades de la provincia, sólo había existido una propuesta en Olmos en el año 2008, pero en la práctica el programa no se efectivizó y en la actualidad no existen datos sobre dicha propuesta de abordaje, estructuración, etc.

A su vez, desde el punto de vista del resto de las propuestas de intervención existentes, la mayoría de los proyectos de ley y políticas públicas diagramadas para el abordaje de esta problemática adolecían, a nuestro entender, de un sesgo reduccionista que limitaban la mirada sobre el tema —desde la idea de que **todas** las personas que cometen estos delitos son **perversas** y por ende no hay posibilidad de tratamiento, hasta los experimentos que no atacan el problema de raíz o que sólo proponen un control policial sobre los cuerpos— ya que no presentan una visión integral del fenómeno ni está orientada a analizar y abordar las raíces de la problemática a través de una propuesta de tratamiento y, mucho menos, parten de una perspectiva que tenga en cuenta al sujeto de la pena como sujeto de derecho. Por el contrario, en general, frente a la polémica que se instala sobre qué hacer con los abusadores, la mayoría de las propuestas tiene que ver con un tipo de disciplinamiento y control, tributarias de ciertas representaciones y sentidos estigmatizantes, o bien, con tratamientos que no tienen en cuenta al agresor sexual como sujeto, y mucho menos como sujeto de derechos, sino que apuntan, predominantemente, a la categoría generalizada del **delincuente** abusador sexual. Gran parte de la literatura especializada, así como los discursos circulantes, legales, penales, médicos y psicológicos replican esa mirada.

Atendiendo a esos antecedentes, así como a la normativa existente, consideramos que cualquier propuesta de intervención que se plantee desde la Subsecretaría de Política Criminal debe responder a una perspectiva “de derechos”, esto es, desde un marco dirigido a respetar, proteger y satisfacer los derechos humanos, de manera que la situación de encierro no los vulnere sino que, por el contrario, promueva la futura reinserción social de las personas privadas de libertad por delitos contra la integridad sexual.

A partir de estos supuestos comenzamos a trabajar. En ese momento, el total de internos detenidos por este tipo de delitos era de 2635, sobre una población total de 27.971, es decir, aproximadamente el 9% de la población. A su vez, de esa población total de 2635 internos por delitos sexuales, 850 revisten la condición de penados y 1.785 figuraban como procesados.

Se comenzó a trabajar sobre aquéllos que cumplían condena, considerando que quienes revestían la condición de procesados gozaban de la presunción de inocencia, y se fijó como prioridad de abordaje la fecha de cumplimiento de la condena y la proximidad del egreso, partiendo del supuesto de que probablemente muchas de las personas que han cometido estos delitos no suelen solicitar un tratamiento psicológico, además de que no contábamos con una iniciativa preexistente de este tipo en la provincia, con un abordaje sistemático, exhaustivo y específico. De manera que se tornaba imperativo que se pudiera abordar a estas personas antes de su egreso y poder articular formas de contención en el egreso.

De esa manera, la modalidad de trabajo se basó en coordinar acciones con tres sectores que se tornaron cruciales para la viabilización de la intervención; por un lado, con los profesionales psicólogos dependientes del área de Salud Mental, pertenecientes a la Dirección de Salud Penitenciaria, por otro lado, con los psicólogos y trabajadores sociales encargados del Pre-egreso, dependientes de Patronato de Liberados, y por último, con las Delegaciones de Patronato que pudieran mediar para la continuidad y el seguimiento del tratamiento en el medio libre.

A partir de estos ejes, pudimos abordar una población de 210 personas que estaban próximas a egresar, o bien que han sido incorporados *ad hoc* ya sea por propia demanda, por derivación de otras áreas —Grupos de Admisión y Seguimiento, Supervisores, Representantes del Ministerio, etc.— o de otros internos. A ellos se suman 247 casos que actualmente están siendo evaluados para determinar la voluntad y pertinencia de tratamiento.

Estos 210 casos conformaron nuestra muestra para la primera aproximación al fenómeno, no sólo en términos de una propuesta de ingresar a un dispositivo terapéutico, en base a la voluntariedad de las personas privadas de libertad, consistente en la asistencia y el tratamiento psicológico individual, a cargo de los profesionales de Salud, sino también para poder conocer y relevar características de la población con la que estamos trabajando.

De esta muestra, conformamos un *corpus* de información, en base a distintas fuentes: los informes psicológicos, los legajos técnico-criminológicos de los internos, los informes de pre-egreso y de las delegaciones de Patronato. Los datos que pudimos relevar son:

- Con respecto a la distribución de población en las diferentes unidades, aquellas que mayor porcentaje de “penados” alojan por este tipo de delito en relación a la población total que tienen, son: 25% y 26% (Olmos), 16% (Junín), 19% (Saavedra), 14% (Alvear).
- Hasta el momento, el 62% de la muestra ya egresó, y de ellos el 47% lo hizo con algún beneficio liberatorio, mientras que el 53% salió con la condena cumplida. De ese 47% que salió con algún tipo de **beneficio liberatorio**, la mayoría (55%) lo hizo tras haber accedido a la libertad condicional.

Estos datos llevaron a redefinir las prioridades del abordaje, ya que mientras que el objetivo de nuestra propuesta había sido intervenir, en un principio, en los casos cuyo vencimiento de pena era inminente, vislumbramos la necesidad de llegar a ampliar ese margen al menos a dos años anteriores a su vencimiento, lo cual da un plazo mucho más interesante para poder plantear cualquier tipo de tratamiento con buenos resultados. A su vez, comenzaron a incluirse aquellos sujetos que tenían condena en primera instancia, ya que veíamos que muchos egresaban habiendo atravesado todo el encierro como procesados, y por tal condición, no habían sido interpelados por ningún tipo de dispositivo terapéutico.

En lo que respecta al **tratamiento**, la mayoría (59%) de la muestra no había realizado nunca tratamiento psico-terapéutico durante el tiempo que llevaba detenido, mientras que el 41% hizo tratamiento en algún momento de su detención. De aquellos que no habían hecho tratamiento, así como quienes lo habían hecho alguna vez pero lo habían interrumpido, un 55% aceptó realizar, continuar o retomar un tratamiento. Sin embargo, un 45% rechazó hacer un tratamiento, generalmente por considerar no necesitarlo, por falta de conciencia de una problemática a tratar, por no presentar malestar subjetivo

o por no poseer los recursos simbólicos necesarios como para comprender una terapia psicológica.

En relación al **tratamiento penitenciario**, sabemos que existen otros espacios pensados para el tratamiento y la resocialización de los internos, por lo cual resulta útil tener en cuenta la participación de los mismos en actividades laborales, educativas, recreativas, así como la articulación con talleres, grupos de reflexión, etc. En tal sentido, podemos decir respecto a su adaptación institucional, que la mayoría de estos internos estudia (54%) o trabaja (81%), mientras que un 30% participa además de cursos talleres, etc. —ej. cursos de capacitación, talleres de alcohólicos anónimos, grupos del programa de prevención de violencia, actividades recreativas, o ligadas a la religión—.

Específicamente, en relación a las posibilidades de **tratamiento psicológico en el medio libre**, aparece un alto porcentaje (73%) que al ser abordados dentro de las unidades consignó su voluntad de realizar un tratamiento en el afuera o continuar con el que estaban haciendo una vez que egresaran.

Con respecto al **tratamiento postpenitenciario** surge, por un lado, la cuestión de sostener ese compromiso una vez en el medio libre y, por otro, la cuestión de haber aceptado un tratamiento cuando se estuvo privado de libertad por una cuestión utilitarista, por lo que no se muestra interés con su continuar el tratamiento una vez en libertad. En tal sentido, según los reportes de las delegaciones de Patronato, un 38% se encuentra realizando tratamiento psicológico en los centros de salud correspondientes a su domicilio, más allá de tener o no prescripción judicial de realizarlo, habiendo presentado los certificados correspondientes, y alrededor de un 15% que están teniendo entrevistas de evaluación psicológica para determinar la pertinencia de un tratamiento. El resto no se ha presentado o ha abandonado el tratamiento.

En cuanto al **nivel de reincidencia**, dentro de la muestra analizada podemos afirmar que la mayoría de la población es primario respecto al delito (55%), mientras que el 34% son reincidentes por otro delitos —sobre todo, robo— y un 11% son reincidentes por un delito de índole sexual.

Si desglosamos estos delitos en función del **grado de cercanía o de parentesco con la víctima**, podemos afirmar que hay una manifiesta mayoría de casos de abuso intrafamiliar (65%), frente a un 11% de abuso cometido en

el mismo barrio y 13% de abuso ocasional, en los cuales no había ningún tipo de vínculo o conocimiento preexistente entre víctima y agresor. Con respecto al **parentesco existente con la víctima** en los casos de abuso intrafamiliar, el 34% de los hechos se produjeron hacia hijas o hijos biológicos y el 30% hacia hijas o hijos de sus parejas (30%). El resto comprende otras relaciones familiares —sobrinos/as, cuñados/as, primos/as, hermanos/as—.

Estos datos nos parecen relevantes para pensar un tratamiento posible y para trabajar con el contexto de egreso, en principio porque la pena no tendría sentido si no se conoce el motivo por el cual se está allí, porque el objetivo de la pena debería ser el tratamiento, con vistas a su futura reinserción social y, asociado a ello, porque la privación de libertad por sí misma no provocará un cambio subjetivo, o eventualmente sólo en algunos casos podrá generar algún tipo de arrepentimiento si es que puede ser realmente significado por el sujeto.

Otro aspecto interesante que surge respecto a la relación agresor-víctima tiene que ver con los grupos etarios más afectados. En relación a la **edad de las víctimas**, la mayoría de los abusos se han cometido hacia menores, sobre todo en la franja comprendida entre los 6 y los 15 años —el 29% tenía entre 11 y 15 años y el 24% tenía entre 6 y 10 años— en el momento del hecho. Del **cruce de datos entre las edades de las víctimas y el grado de parentesco** se deduce que la mayoría de los casos fueron cometidos en el seno familiar y hacia menores de 16 años. Respecto a la **edad de los agresores**, la franja etaria más significativa corresponde a los rangos que van de los 31 a los 50 años.

Otro dato relevado es el **nivel de instrucción**, la mayor parte de la muestra, al ingresar al SPB, no superaba el nivel primario —40% con primario completo—, siendo también significativo el porcentaje de aquellos que no han completado ese nivel básico (25% con primario incompleto).

Por otro lado, respecto al **nivel laboral**, al quedar detenido, el 95% de la muestra se encontraba realizando alguna actividad laboral, si bien la mayoría (53%) había logrado una inserción precaria e informal en el mercado laboral, y un 42% tenía empleo estable, mientras que sólo un 4% estaba desocupado.

Estos datos nos permiten pensar en sujetos con una inserción educativa y laboral precaria, además de prematura, con una socialización deficiente, con escasos recursos simbólicos, etc.

Con respecto a sus **historias vinculares**, el 71% de los casos viene de **hogares primarios** disgregados, y dentro de este grupo, en el 51% los motivos de la desintegración son la separación o abandono del hogar de alguno de los padres

A su vez, respecto a sus **grupos secundarios**, hay un 21% que no tiene familia propia más allá de su grupo de origen, mientras que respecto a quienes han podido conformar sus propias familias, hay un alto porcentaje (53%) que muestra que esos vínculos se han disuelto.

El 74% de la muestra presenta alguno o varios indicadores de lo que hemos categorizado como **procesos de vulnerabilidad psicosocial**, dentro de los cuales se destaca el consumo de drogas y alcohol, así como las situaciones de abuso, violencia familiar, abandono y situación de calle.

Esto se traduce en un alto porcentaje de sujetos atravesados por situaciones de vulnerabilidad o marginalidad, ocurridos en la infancia y la adolescencia, que sumadas a una educación deficiente y a una inserción laboral precaria, hacen que estos sujetos queden alojados en una situación de marginalización social, no entendida como algo acabado sino como un proceso.

Desde esta perspectiva, parece pertinente reconocer al victimario como un sujeto vulnerable y vulnerado,⁽⁴⁾ es decir, como una persona susceptible, a quien "se le deben cosas", en tanto "cuando fue vulnerable, se dejó avanzar el proceso de vulnerabilidad".⁽⁵⁾ Ello implica también, el compromiso de intervenir, en términos de política pública, desde el

(4) En su sentido amplio la categoría de vulnerabilidad refleja dos condiciones: la de los "vulnerados", es decir, aquellos que ya padecen una carencia efectiva que implica la imposibilidad actual de sostenimiento y desarrollo, y una debilidad a futuro a partir de esta incapacidad; y la de los "vulnerables" para quienes "el deterioro de sus condiciones de vida no está ya materializado sino que aparece como una situación de alta probabilidad en un futuro cercano a partir de las condiciones de fragilidad que los afecte". PERONA, N. y ROCCHI, G. "Vulnerabilidad y Exclusión social. Una propuesta metodológica para el estudio de las condiciones de vida de los hogares", en *Kairos. Revista de Temas Sociales*, n° 8 [en línea] <http://www2.fices.unsl.edu.ar/~kairos/k08-08.htm>

(5) DOMÍNGUEZ LOSTALÓ, J., "Peligrosidad y vulnerabilidad: la corresponsabilidad social". Curso de Extensión Universitaria: "Alternativas al Control Social punitivo-institucionalizado". Nivel I. "Introducción a la Clínica de la Vulnerabilidad Psico-Social". Extractos de las reuniones 4° 5° 6° y 7° (del 9 al 30/11/9195), UNLP.

Estado, allí donde ese mismo Estado ha fallado de múltiples maneras en instancias previas (de socialización, de acceso a derechos básicos de educación, de alimentación, de atención sanitaria, de contención, de ayuda material, etc.).

En base a la detección de estas situaciones de vulnerabilidad y la imprevista de las historias personales, a partir de mediados del año 2012 comenzamos a pensar en una propuesta de abordaje grupal, que pudiera atender aquellas situaciones que no podían ser abordadas a través de los dispositivos con los que contábamos hasta ese momento, y que resultara disruptiva de las prácticas hasta ahora instaladas, enriquecedora. En ese sentido, este tipo de abordaje no pretende sustituir los espacios terapéuticos individuales, a cargo de otras áreas, sino ser un **complemento** de aquéllos.

Creemos que el abordaje psicológico grupal permite al sujeto involucrarse con un espacio social, humano y de respeto. A su vez, la posibilidad de pensar con otros, y estar con otros, garantiza a la persona su condición de ser social, de tener problemáticas en común, jerarquizando la palabra, la escucha, el disenso, como medios adecuados para relacionarse en cualquier entorno.

Además, el **abordaje en grupos** permite abordar a más personas simultáneamente, encontrar en las palabras de los compañeros puntos de identificación que permitan revisar los actos, ejercitar la competencia de participar de un espacio donde la lógica que lo domina no es la propia; ejercitar la tolerancia a la frustración cuando se encuentran pensamientos que no coinciden con los propios, aprender a **hablar con otros**, poder **pensar con otros** permite elaborar puntos de vistas no pensados hasta el momento, que superan lo que pueda proponer un análisis individual.

El dispositivo propuesto es producto de una investigación interdisciplinaria que venimos realizando hace dos años y del consecuente análisis de los dispositivos existentes en diversos países —España, Costa Rica, Uruguay, EEUU, Suecia y Argentina—. La característica que nos diferencia de otras propuestas es la concepción de sujeto —como sujeto de derecho—, la incorporación del inconsciente —el psicoanálisis tradicional— y la propuesta del vínculo como situación transformadora del mundo interno —psicoanálisis vincular—. El abordaje transcurre entre la tensión de ser

por momentos un grupo de reflexión y, por otros, un grupo terapéutico, propiciando la historización de los integrantes y la interpretación de lo que se dice y de lo que no se dice. En ningún momento se sugiere un modelo a arribar como persona pero sí es un eje clínico-ideológico no negociable el respeto por la diferencia y el ejercicio de convivir con ella.

La admisión al dispositivo de tratamiento psicológico grupal se realiza partiendo del conocimiento de la situación de la causa y de los informes psicológicos realizados por profesionales de salud penitenciaria, así como de otras dependencias de las unidades que transitó.

Luego se realiza una entrevista individual con el psicólogo a cargo del espacio para informar de qué se trata la propuesta, aclarar los alcances de la participación —no garantiza la obtención de beneficios libertarios, etc.— propiciando la confianza en el profesional, y se le garantiza el secreto profesional, incluyendo peticiones de los jueces a cargo. Se realizan las entrevistas necesarias para descartar inquietudes como para despejar el grado de **grupalidad** del interno, ya que existen personas que pueden **boicotear** el espacio o utilizar el saber del otro para molestarlo o dominarlo.

Cabe señalar que vencer la resistencia a estar con otros es el primer aspecto del tratamiento, ya que implica hacerse cargo de estar privado de la libertad y de acudir a un espacio clínico; es decir, es el momento de poner el cuerpo en situación y ser observado. Las ansiedades del estilo persecutorio son normales por lo que el coordinador requiere generar un despliegue lo más empático posible ya que gran parte de los internos asocian al psicólogo a una situación de evaluación.

Superado el prejuicio esperable, el psicólogo y el espacio son de ayuda, contención, reflexión para el interno; es decir, adviene la confianza mínima para empezar a hablar, todavía no de uno mismo, sólo hablar con otros.

Por esta razón decidimos revisar las modalidades de abordaje existentes en algunos países, las cuales, desde nuestro punto de vista, presentaban un alto grado de prescripción de conductas a seguir, mediante técnicas de condicionamiento de pensamientos y conductas, descuidando la etiología de la conducta transgresora, evitándose el tiempo que requiere la historización de una vida para pensar en el futuro como meta del tratamiento.

En varias propuestas españolas se parte de que el comienzo del tratamiento es la aceptación del delito cometido. La realidad es que la diversidad de abusadores sexuales es amplísima y que la posición exculpatoria es la más frecuente. Por lo tanto, no partimos de esa premisa, y lo pensamos como un posible objetivo de un largo proceso, pero que no es lo único a tratar.

De esta manera, existen personas que admiten su delito, otros que lo niegan, otros que dicen que están por otro delito, etc.

En este punto es donde relativizamos el discurso del interno sobre los cambios que dice haber experimentado desde que está privado de su libertad, incluyendo mostraciones de arrepentimiento, ya que no existen elementos eficaces para descartar algunas excelentes simulaciones. Pero lo que consideramos central en la propuesta grupal, es lo que ocurre en él: la modalidad de intercambios que se presentan entre los participantes ilustra aspectos psíquicos más allá de lo que se diga de sí mismo, uno no es el mismo **con otros** ya que los demás también provocan formas de comportarse y reaccionar.

Por ello, aunque la propuesta presenta un corte histórico, el grupo reactiva y genera nuevas conductas que no pueden ser negadas, desmentidas, disimulas, ya que ocurren en el presente del grupo. De esta manera se ve el comportamiento “en vivo” por parte del terapeuta, que puede contrastarlo con el discurso del interno sobre sí mismo, su historia y la existencia o no de cambios en su forma de actuar.

Por otro lado, cada participante colabora con el proceso individual de cada uno de los otros, al dar testimonio, compartir estrategias o pensamientos ante obstáculos propios de la revisión personal. No lo pensamos como un grupo de autoayuda, aunque el dispositivo, al tiempo que cambia a los participantes, también genera un espacio de escucha y contención donde se promueven los lazos horizontales, reeditando algo parecido a la vivencia de solidaridad entre vecinos.

Hemos pensado en sostener una frecuencia semanal, considerando la asistencia voluntaria y la confidencialidad como ejes de trabajo, con grupos de no menos de 6 personas (y un máximo de 12) a lo largo de dos años, pensando estratégicamente que el primer año es para la consoli-

ción del espacio grupal y el segundo para profundizar en áreas con mayor precisión clínica.

El primer módulo consiste en la presentación de diversos estímulos en una planificación anual de unidades temáticas como generadores de discusión. Contamos con un cuaderno para el registro de actividades, así como de apreciaciones personales. Cada encuentro requiere poner en ejercicio varias competencias para vivir en comunidad; al momento de la discusión, también se ejercita la demora al tomarse un tiempo para escribir, darle forma a los impulsos, encontrar las palabras. Este método provoca muchísimas dificultades, pero su adquisición es un indicador interesante en la evolución del paciente.

Es necesario señalar que existen integrantes muy comprometidos y expectantes con el espacio terapéutico mientras que otros comienzan a priorizar otras actividades dejando de asistir o pretendiendo ir cuando tienen ganas. Por ello se realizan entrevistas de reflexión individual para plantear estas resistencias y, en algunos casos, ha habido cambios; en otros es muy difícil determinar si existen problemas interpersonales de la convivencia del penal, ya que por regla general no se suele hablar de lo que pasa en él.

En el segundo módulo del tratamiento, nos apoyamos en técnicas psicológicas adaptándolas para administrarlas grupalmente, buscando emergentes en común para profundizar en la comprensión de la dinámica intrapsíquica. En esta etapa se presentan temáticas aún más específicas sobre el delito y el terapeuta busca una mayor implicación personal para su análisis.

En la transición de ambos módulos, está previsto realizar un devolución individual que acredite el pasaje de las etapas a partir de los siguientes criterios básicos: asistencia y compromiso, relación con el terapeuta y los compañeros, implicación personal en las temáticas trabajadas. A estos criterios también se suma un informe de la percepción del terapeuta sobre el desenvolvimiento del paciente a lo largo del año. De ser necesario, se realizará la derivación a un espacio individual, pero se buscará sostener que el espacio clínico recomendable es el grupal. Básicamente, en el espacio individual, el terapeuta se muestra en un rol de recepción más que de confrontación, lo que produce un despliegue de aspectos narcisistas no conflictivos que rápidamente son cuestionados en el espacio grupal.

De esta manera, se resta, "el peso" al terapeuta para ser un coordinador e interpretador de lo que ocurre los protagonistas los pacientes.

Con respecto a esta experiencia de tratamiento psicológico grupal en el Penal de Olmos, algunas consideraciones hasta el momento tienen que ver con la necesidad de continuar capacitando a profesionales comprometidos con una propuesta de este tipo y con las posibilidades y "bondades" de un tratamiento integral para las personas que transitan el encierro por este tipo de delitos. También creemos que es necesario continuar trabajando en la articulación con las demás áreas involucradas: Salud, Patronato, el Poder Judicial, etc.

Con respecto al trabajo de abordaje interdisciplinario, consideramos que son auspiciosos los resultados en términos de la población alcanzada con la propuesta, con una aceptación de la mitad de los internos entrevistados, teniendo en cuenta, además, que no son, de ninguna manera, procesos cerrados sino que el abordaje es continuo y reiterado, tanto dentro como fuera de la institución penitenciaria.

Más allá de esto, consideramos que es necesario profundizar el trabajo sobre estos ejes (capacitación y articulación) para poder lograr una intervención fructífera. Es necesario que los profesionales intervinientes puedan generar y encauzar una demanda de tratamiento u ofrecer otros espacios de reflexión, contención, etc., que se pueda dar continuidad en el medio libre a través de la atención efectiva en los centros de salud, es necesario sostener el compromiso y, en consecuencia, propiciar los medios de contención y de viabilización de esa demanda.

Ello deja abierta la necesidad de continuar trabajando para sistematizar y enmarcar formalmente las pautas de trabajo y lograr comprometer a los profesionales con las tareas emprendidas, además de favorecer la articulación con otras áreas y un abordaje integral, que pueda atender tanto a lo subjetivo como a lo intersubjetivo.

Aproximaciones a la problemática de la reincidencia sexual

Estadísticas, factores de riesgo y medidas de política criminal

por **VIVIANA SCHWEIZER⁽¹⁾** y **GUADALUPE BLANCO⁽²⁾**

I | Introducción

Los delitos de agresión sexual generan preocupación en la sociedad actual y en los poderes públicos. Es así que los legisladores suelen estar impulsados a tomar medidas preventivas tras graves casos aislados.⁽³⁾ De igual forma, la población estima que la prevalencia de reincidencia sexual es muy alta —por encima del 59%— apoyándose penas más largas, sanciones más graves, mayor tratamiento y supervisión para los agresores.⁽⁴⁾

.....
(1) Lic. en Psicología, UBA. Postgraduada en Perfilación Criminal y Psicología Investigativa, Universidad de Barcelona. Integrante del Cuerpo de Peritos y Consultores Técnicos de la Defensoría General de la Nación.

(2) Lic. en Criminología, Universidad de Barcelona. Postgraduada en Perfilación Criminal y Psicología Investigativa, Universidad de Barcelona.

(3) SCHMUCKER, M., & LÖSEL, F., "Does sexual offender treatment work? A systematic review of outcome evaluations", *Psicothema*, 20(1), 2008, pp. 10/19.

(4) OLVER, MARK & BARLOW, ASHLEY, "Public attitudes toward sex offenders and their relationship to personality traits and demographic characteristics", *Behavior Sciences & the Law*, 28(6), 2010, pp. 832/849.

En el presente artículo se describirán los principales estudios desarrollados en diversos países respecto de la reincidencia sexual en abusadores sexuales. Asimismo, se presentarán investigaciones que han permitido determinar factores de riesgo asociados a la reincidencia sexual, así como instrumentos clínicos de medición de riesgo. Por último, se relevarán las características centrales de las bases de datos existentes, con el objeto de realizar una revisión crítica y constructiva, desde un abordaje psicológico y criminológico, en relación a la sanción de las leyes 26.813 y 26.879.

En esta línea, la identificación de los factores de riesgo en agresores sexuales y los elementos asociados a su reincidencia son cruciales para aplicar las intervenciones más apropiadas y eficaces para la prevención.⁽⁵⁾

Existen tres evaluaciones que cubren todas las variables individuales: la funcional, el método estático o actuarial, y el clínico.

La primera es la base de toda valoración de riesgo, ya que se focaliza en los pensamientos, sentimientos, decisiones y comportamientos que pueden aumentar el riesgo en agresores.⁽⁶⁾

La segunda es una escala de riesgo estático o actuarial que consiste en una lista factores de riesgo —identificados como predictores de reincidencia sexual— y se agrupan en tres categorías: bajo, medio y alto, contemplando que a mayor riesgo, mayor probabilidad de reincidir en delito sexual.⁽⁷⁾

Se entienden como factores de riesgo estático aquéllos que componen la historia del sujeto y por tanto no modificables, como puede ser el número de ofensas sexuales cometidas, el historial de abusos —físicos, emocionales y sexuales— sufridos hasta el momento de detención, victimización en la infancia, víctimas de sexo masculino, edad al cometer el primer hecho, diagnóstico de trastorno de personalidad, conductas antisociales, proble-

(5) HARKINS, L., & BEECH, R., "A review of the factors that can influence the effectiveness of sexual offender treatment: Risk, need, responsivity, and process issues", *Aggression and Violent Behavior*, 12, 2007, pp. 615/ 627.

(6) GANNON, T.; BEECH, A. & WARD, T., "Does the polygraph lead to better risk prediction for sexual offenders?", *Aggression and Violent Behavior*, 13, 2008, pp. 29/44.

(7) CRAIG, LEAM; BROWNE, KEVIN; STRINGER, IAN & HOGUE, TODD E., "Sexual Reconviction Rates in the United Kingdom and Actuarial Risk Estimates", *Child Abuse & Neglect*, 32(1), 2008, pp.121/138.

mas de consumo de alcohol o drogas, el incumplimiento de las reglas de la libertad condicional, etc.⁽⁸⁾

Por último, los enfoques clínicos se basan principalmente en el juicio de los profesionales para evaluar el riesgo. No utilizan escalas actuariales, sino la experiencia clínica y el conocimiento del comportamiento ofensivo.⁽⁹⁾

Parten de la base de que cada individuo posee una estructura particular⁽¹⁰⁾ y hacen hincapié en los factores de riesgo dinámicos, los cuales son modificables, teniendo en cuenta que aumenta o disminuye la reincidencia.⁽¹¹⁾

Estas variables dinámicas sirven para planificar e identificar las metas del tratamiento, al igual que para medir las modificaciones en el riesgo. Se considera que pueden ser influenciadas o cambiables mediante fuentes externas —intervenciones de tratamiento psicológico, social o fisiológico—.⁽¹²⁾

(8) AMIRAULT, J., & LUSSIER, P., "Population heterogeneity, state dependence and sexual offender recidivism: The aging process and the lost predictive impact of prior criminal charges over time", *Journal of Criminal Justice*, n°39, 2011, pp. 344/354; CRAIG, L. & BEECH, A., "Towards a guide to best practice in conducting actuarial risk assessments with sex offenders", in *Aggression and Violent Behavior*, n°15, 2010, pp. 278/293; GANNON, T.; BEECH, A. & WARD, T., op. cit., 2008; HARKINS, L., & BEECH, R., op. cit., 2007; MANDEVILLE NORDEN, R., & BEECH, A., "Risk assessment of sex offenders: the current position in the UK", in *Child Abuse Review*, 15(4), 2006, pp. 257/272; STUDER, L., & AYLWIN, A., "Male victims and post treatment risk assessment among adult male sex offenders", in *International Journal of Law and Psychiatry*, 31(1), 2008, pp. 60/66.

(9) CRAIG, LEAM et al., op. cit., 2008; PÉREZ RAMÍREZ, MERITXEL; MARTÍNEZ GARCÍA, MARIAN, y REDONDO, SANTIAGO, *Evaluación y predicción del riesgo de reincidencia en agresores sexuales*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, Departamento de Justicia, 2007.

(10) GANNON, T.; BEECH, A. & WARD, T., op. cit., 2008; HANSON, KARL, & MORTON BOURGON, KELLI, "The accuracy of recidivism risk assessments for sexual offenders: A meta-analysis of 118 prediction studies" in *Psychological Assessment*, 21(1), 2009, pp. 1/21; HARKINS, L., & BEECH, R., op. cit., 2007; MILLS, J.; KRONER, D., & HEMMATI, "The validity of Violence Risk estimates: An issue of item performance", in *Psychological Services*, 4(1), 2007, pp. 1/12.

(11) HANSON, KARL & MORTON BOURGON, KELLI, op. cit.; CRAIG, L. BEECH, A., & op. cit.; OLIVER, M.; WONG, S.; NICHOLAICHUK, T. & GORDON, A., "The validity and reliability of the Violence Risk Scale-Sexual Offender version: Assessing sex offender risk and evaluating therapeutic change", *Psychological Assessment*, 19(3), 2007, pp. 318/329.

(12) MANDEVILLE NORDEN, R., & BEECH, A., op. cit.; OLIVER, M.; WONG, S.; NICHOLAICHUK, T. & GORDON, A. op. cit.

Entre ellas podemos encontrar la excitación sexual desviada, conflictos de pareja, identificación emocional con niños, insensibilidad al tratamiento, incumplimiento de tratamiento previo, falta de contención emocional, impulsividad, actitud negativa hacia el tratamiento, falta de *insight*, estrés hacia el entorno, etc. ⁽¹³⁾

2 | Instrumentos de medición de riesgo

A nivel mundial, se utilizan múltiples instrumentos validados científicamente para medir el riesgo de reincidencia sexual y violenta, siendo algunos: *Violence Risk Appraisal Guide* (VRAG), *Rapid Risk Assessment for Sexual Offence Recidivism* (RRASOR), *Sex Offender Risk Appraisal Guide* (SORAG), *Historical, Clinical, Risk Management* (HCR-20), *Static-99*, *Static-2002*, *Violence Risk Scale-Sexual Offender version* (VRS-SO), *Risk Matrix 2000* (RM2000), *Risk Matrix 2000/Sexual* (RM2000/S), *Risk Matrix 2000/Violent* (RM2000/V), *Sexual Violence Risk-20* (SVR-20), *Risk Matrix-Combined* (RM-C), *Structured Anchored Clinical Judgment scale* (SACJ), *Structured Anchored Clinical Judgment scale-Minimum* (SACJ-Min), *Minnesota Sex Offender Screening Tool-Revised* (MnSOST-R), *Psychopathy Checklist: Revised* (PCL-R), *Structured Risk Assessment* (SRA), *Sex Offender Need Assessment Rating* (SONAR), *Crime Scene Behavior Risk* (CBR), *Buss-Durkee Hostility Inventory* (BDHI), *The Denial and Minimization Checklist-III* (DM-CL-III), *Stable 2000*, *Stable 2007* y *Phallometric-testing*.

Sin embargo, son pocas las técnicas traducidas y adaptadas a nuestro idioma. Entre ellas se encuentra el HCR-20, el PCL-R y el SVR-20. A modo de ejemplificación, este último es un procedimiento de valoración del riesgo de violencia sexual, que intenta sistematizar la evaluación de los individuos.

La administración y codificación adecuada del SVR-20 requiere de ciertas habilidades profesionales y de formación. La codificación se basa en 2 tipos de juicios, en primer lugar se debe comprobar la presencia o ausencia de cada uno de los 20 factores de riesgo individuales.

(13) STUDER, L. & AYLWIN, A., *op. cit.*; WARD, T. & BEECH, A., "An integrated theory of sexual offending", *Aggression and Violent Behavior*, 11, 2006, pp. 44/63.

En caso de presencia, es necesario indicar si se ha convertido en un factor al que se tiene que prestar más o menos atención o si ha permanecido invariable. En segunda instancia, integrar la información a nivel de ítem para formular un juicio acerca del riesgo de violencia.

Los tópicos son: desviación sexual, víctima de abuso en la infancia, psicopatía, trastorno mental grave, problemas relacionados con el consumo de sustancias, ideación suicida/homicida, problemas en las relaciones sentimentales de pareja, problemas de empleo, antecedentes de delitos violentos no sexuales, antecedentes de delitos no violentos, fracaso en las medidas de supervisión previas, frecuencia elevada de delitos agresiones sexuales, tipo múltiple de delitos sexuales, daño físico a la(s) víctima(s) de delitos sexuales, uso de armas o amenazas de muerte en los delitos sexuales, progresión en la frecuencia y/o gravedad de los delitos sexuales, minimización extrema o negación de los delitos sexuales, actitudes que apoyan o consienten los delitos sexuales, carencia de planes de futuro realistas; y actitud negativa hacia la intervención.⁽¹⁴⁾

Cabe resaltar que la utilización de estas técnicas resulta imprescindible para una correcta evaluación sobre el riesgo de reincidencia. Si bien hasta el momento ninguno de estos instrumentos puede ser aplicado a nuestro país, ya que los cuestionarios no son automáticamente utilizables por la falta de adaptación de las escalas en función de las diferencias interculturales entre el idioma y/o cultura originario y aquel en el que se desea utilizar. Una solución posible es la realización de un estudio empírico que permita identificar las variables de riesgo en la población argentina y adaptar alguna de las técnicas según el contexto socio-cultural.

(14) BARBAREE, H.; LANGTON, C.; BLANCHARD, R. & CANTOR, J., "Aging versus stable enduring traits as explanatory constructs in sex offender recidivism. Partitioning actuarial prediction into conceptually meaningful components", in *Criminal Justice and Behavior*, 36(5), 2009, pp. 443/465; DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE CATALUÑA, *Delitos sexuales y reincidencia: Un estudio en las prisiones de Cataluña*, España, Generalitat de Catalunya, 2009; HANSON, KARL, & MORTON BOURGON, KELLI, op. cit.; LANGTON, C.; BARBAREE, H.; HANSEN, K.; HARKINS, L. & PEACOCK, E., "reliability and validity of the static-2002 among adult sexual offenders with reference to treatment status", in *Criminal Justice and Behavior*, 34(5), 2007a, pp. 616/640; PÉREZ RAMÍREZ, MERITXEL; MARTÍNEZ GARCÍA, MARIAN Y REDONDO, SANTIAGO, op. cit., 2007; PÉREZ RAMÍREZ, MERITXEL et al, "Predicción de riesgo de reincidencia en agresores sexuales", *Psicothema*, 20(2), 2008, pp. 205/210; RETTENBERGER, M., BOER, D., & EHER, R., "The Predictive Accuracy of Risk Factors in the Sexual Violence Risk-20 (SVR-20)", in *Criminal Justice and Behavior*, 38(10), 2011, pp. 1009/1027.

3 | Variables de riesgo

Según Hanson y Morton-Bourgon,⁽¹⁵⁾ los predictores más fuertes de reincidencia de abuso sexual son la desviación sexual, la personalidad antisocial y los problemas de auto-regulación (impulsividad, inestabilidad). Consideran que la tendencia antisocial es el principal predictor de reincidencia violenta no sexual y de reincidencia general. Por otra parte, Wakeling⁽¹⁶⁾ supone que los mejores predictores de riesgo de reincidencia sexual son tres variables estáticas, a saber: edad de ingreso/salida de la prisión, número de antecedentes sexuales y la cantidad de antecedentes generales,⁽¹⁷⁾ aunque tienen en cuenta que las variables dinámicas son importantes y pueden ayudar a mejorar las variables de riesgo.

En esta línea, Craissati y Beech⁽¹⁸⁾ consideran que las dificultades en la infancia de los abusadores sexuales son muy relevantes, pero no suficientes para explicar por sí mismas las vías a la delincuencia. Por tanto, la determinación del riesgo debe ser una sumatoria entre variables dinámicas y estáticas, es decir, los problemas del desarrollo deben ser una contribución significativa. La edad de liberación es un factor de riesgo importante y está incluida en la mayoría de los instrumentos. Suele relacionarse con los factores de riesgo de sexualidad desviada y rasgos antisociales; disminuyendo el nivel de riesgo con el incremento de edad del agresor. Se considera que el nivel de riesgo tiende a disminuir con el paso del tiempo, debido al envejecimiento, nivel de testosterona en sangre, disminución de excitación sexual, entre otros.⁽¹⁹⁾

(15) HANSON, KARL & MORTON BOURGON, KELLI, "The characteristics of persistent sexual offenders: A meta-analysis of recidivism studies", *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 73(6), 2005, pp. 1154/1163.

(16) WAKELING, H.; FREEMANTLE, N.; BEECH, A., & ELLIOTT, I., "Identifying predictors of recidivism in a large sample of United Kingdom sexual offenders: A prognostic model" *Psychological Services*, 8(4), 2011, pp. 301/318.

(17) DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE CATALUÑA, *Delitos sexuales y reincidencia: Un estudio en las prisiones de Cataluña*, Generalitat de Catalunya, 2009.

(18) CRAISSATI, J. & BEECH, A., "The role of key developmental variables in identifying sex offenders likely to fail in the community: An enhanced risk prediction model", in *Child Abuse & Neglect*, 30, 2006, pp.327/339; SEIFERT, D., MÖLLER-MUSSAVI, S., & WIRTZ, M., Risk assessment of sexual offenders in German forensic institutions, in *International Journal of Law and Psychiatry*, 28(6), 2005, pp. 650/660.

(19) BARBAREE, H.; LANGTON, C.; BLANCHARD, R. & CANTOR, J., *op. cit.*, 2009.

Por tanto, al cruzarse con otros factores de riesgo, se transforma en un fuerte predictor siendo los rasgos de personalidad antisocial buenos predictores de alto riesgo en jóvenes agresores.⁽²⁰⁾

En relación a los programas de tratamiento especializados para abusadores sexuales, se obtuvieron eficaces hallazgos para reducir los niveles de riesgo, resultando tasas de reincidencia significativamente más bajas en sujetos que han recibido tratamiento psicológico en comparación con aquellos que no.⁽²¹⁾

No obstante, no se ha encontrado relación entre el comportamiento durante el tratamiento y reincidencia grave.⁽²²⁾ Es así que Seto y Barbaree⁽²³⁾ consideran que un alto nivel de psicopatía es un predictor significativo de reincidencia, empero no hubo evidencia de que los agresores con alto puntaje en psicopatía y buen comportamiento en el tratamiento reincidan más que otros, ni que un mal desempeño durante el tratamiento incremente las tasas de reincidencia. Es decir, no se encontró relación estadísticamente significativa entre psicopatía y el comportamiento durante el tratamiento.

De todas formas, los tratamientos con enfoques cognitivos-conductuales que se centran en los intereses sexuales del agresor y contemplan los factores de riesgo relacionados con el interés sexual y delito cometidos, disminuyen las tasas de reincidencia sexual.⁽²⁴⁾

En resumen, los factores más fuertes en predicción de reincidencia por orden de importancia son: desviación sexual, tendencia antisocial, pro-

(20) BARBAREE, H.; LANGTON, C., BLANCHARD, R. & CANTOR, J., *Ibid*, 2009.

(21) HANSON, KARL, & MORTON BOURGON, KELLI, *op. cit.*, 2009; NUNES, K. *et al*, "Incarcelation and recidivism among sexual offenders", *Law and Human Behavior*, 31(3), 2007, pp. 305/318; SCHMUCKER, M., & LÖSEL, F., *op. cit.*; VALENCIA, OLGA *et al*, "Nivel de reincidencia en agresores sexuales bajo tratamiento en programas de control de la agresión sexual", *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, n° 8, 2008, pp.77/18.

(22) BARBAREE, H., "Psychopathy, treatment behavior, and recidivism: An extended follow-up of Seto and Barbaree", *Journal of Interpersonal Violence*, 20(9), 2005, pp.1115/1131.

(23) BARBAREE, H., *Ibid*, 2005.

(24) HANSON, KARL, & MORTON BOURGON, KELLI, *op. cit.*, 2009; NUNES, K. *et al*, *op. cit.*; PÉREZ RAMÍREZ, MERITXEL; MARTÍNEZ GARCÍA, MARIAN, Y REDONDO, SANTIAGO, *op. cit.*, 2007; SCHMUCKER, M., & LÖSEL, F. *op. cit*, 2008; VALENCIA, OLGA *et al*, *op. cit.*

blemas de autocontrol,⁽²⁵⁾ estabilidad en las relaciones, influencia social,⁽²⁶⁾ edad de ingreso/egreso de prisión y el número y tipo de antecedentes penales.⁽²⁷⁾ Las dificultades en la infancia resultan ser un factor determinante, pero no suficiente para explicar el camino a la delincuencia, dando lugar a las variables dinámicas, siendo la respuesta al tratamiento un factor predictor de reincidencia sexual.⁽²⁸⁾

Por último, a mayor edad, menor riesgo de reincidencia.⁽²⁹⁾ De esta manera, para una mejor evaluación de riesgo, se recomienda la sumatoria de variables estáticas y dinámicas, ya que las estáticas son mejores predictores⁽³⁰⁾ y las dinámicas contribuyen a disminuir las variables del riesgo.⁽³¹⁾

4 | Estudios sobre reincidencia

Desde hace años se vienen realizando estudios sobre las tasas de reincidencia⁽³²⁾ en sujetos condenados por delitos contra la integridad sexual, y a diferencia de las creencias del imaginario social, éstas no alcanzan el 20%.

(25) HANSON, KARL & MORTON BOURGON, KELLI, *op. cit.*; OLVER, M.; WONG, S.; NICHOLAICHUK, T. & GORDON, A., "The validity and reliability of the Violence Risk Scale-Sexual Offender version: Assessing sex offender risk and evaluating therapeutic change", *Psychological Assessment*, 19(3), 2007, pp. 318/329.

(26) HELMUS, LESLIE; BABCHISHIN, KELLI & BLAIS, JULIE, "Predictive accuracy of dynamic risk factors for aboriginal and non-aboriginal sex offenders: An exploratory comparison using STABLE-2007", in *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 56(6), 2011, pp. 856/876.

(27) DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE CATALUÑA, *Delitos sexuales...*, *op. cit.*, 2009; WAKELING, H.; FREEMANTLE, N.; BEECH, A., & ELLIOTT, I., *op. cit.*

(28) CRAIG, L. & BEECH, A., *op. cit.*, 2010; OLVER, M.; WONG, S.; NICHOLAICHUK, T. & GORDON, A., *op. cit.*

(29) AMIRALTY, J., & LUSSIER, P., *op. cit.*; BARBAREE, H.; LANGTON, C., BLANCHARD, R. & CANTOR, J., *op. cit.*; BARNETT, G., WAKELING, H., & HOWARD, P. "An examination of the predictive validity of the Risk Matrix 2000 in England and Wales"; *Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment*, 22(4), 2010, pp. 443/470; CRAIG, L. BEECH, A., *op. cit.*, 2010.; HANSON, KARL & MORTON BOURGON, KELLI, *op. cit.*, 2005; CRAIG, LEAM; BROWNE, KEVIN; STRINGER, IAN Y HOGUE, TODD, E.; *op. cit.*, 2008.

(30) WAKELING, H.; FREEMANTLE, N.; BEECH, A., & ELLIOTT, I., *op. cit.*

(31) CRAISSATI, J. & BEECH, A., *op. cit.*; HANSON, KARL & MORTON BOURGON, KELLI, *op. cit.*, 2005.

(32) En el presente trabajo, deberá entenderse el término "reincidencia", no en el sentido jurídico estricto del art. 50 CP, sino como la comisión de un nuevo delito contra la integridad

A continuación, se presentarán algunas de las investigaciones realizadas. Cabe aclarar que el término "violador" hace referencia a agresores con víctimas mayores a 14 años, Abusador Sexual Infantil (ASI) a víctimas menores de 14 años, siendo el agresor al menos 5 años mayor que el/la menor pudiendo ser intrafamiliar o extrafamiliar y mixto para aquellos sujetos que han tenido víctimas adultas e infantes.

Barnett⁽³³⁾ tomó una muestra de hombres adultos sentenciados por agresión sexual en Inglaterra y Gales, que habían finalizado su condena o estaban realizando trabajos comunitarios, a finales de marzo de 2007 y de quienes los datos de reincidencia estaban disponibles —OASys, NOMS (*National Offender Management Service*) y ISMG (*Intervention and Substance Misuse Group*)—. Realizaron un seguimiento de 2 años en 4946 sujetos y de 4 años en 578. El promedio de edad fue de 40 años. En dos años de seguimiento, el 2,2% (n=110) reincidió sexualmente y el 9% (n=446) cometió un nuevo delito violento no-sexual. Asimismo, de un total de 756 abusadores que han tenido víctimas adultas, el 1,7% reincidió y de 1557 sujetos que han tenido víctimas niños el 1,5% reincidió sexualmente. Los resultados variaron en 4 años de seguimiento, siendo la tasa de reincidencia sexual del 5,5% (n=32) y violenta no-sexual del 10,2% (n=59). Comparativamente, las tasas de reincidencia sexual aumentaron más que las de otros delitos violentos. Hanson y Morton-Bourgon⁽³⁴⁾ efectuaron un meta-análisis de 147 documentos en 16 países entre los años 1972 y 2008, del que obtuvieron una muestra de 45.398 condenados por el delito de abuso sexual. Con un promedio de seguimiento de 70 meses, el porcentaje de reincidencia sexual fue de 11,5% en 100 muestras (n=28.757); 19,5% de reincidencia sexual o violenta en 50 muestras (n=17.421); y 33,2% de reincidencia general en 65 muestras (n=23.343).

Janka y su equipo examinaron 682 agresores sexuales condenados entre el año 1994 y 1999 en Alemania.⁽³⁵⁾ Los datos los obtuvieron de la Ofici-

sexual en sujetos que han sido liberados tras haber cumplido una pena privativa de la libertad por un delito contra la integridad sexual.

(33) BARNETT, G., WAKELING, H., & HOWARD, P., *op. cit.*

(34) HANSON, KARL, & MORTON BOURGON, KELLI, *op. cit.*

(35) JANKA, C., GALLASCH-NEMITZ, F., BIEDERMANN, J., & DAHLE, K, "The significance of offending behavior for predicting sexual recidivism among sex offenders of various age group", en *International Journal of Law and Psychiatry*, 2012, 35(3), pp.159/164.

na Estatal de Investigación Criminal de Berlín, del Registro Policial y del Registro Central Oficial. Desde el momento de su libertad se realizó un período de seguimiento de 5 años. La muestra estaba compuesta por agresores entre 14 y 77 años. El 47% fue condenado por violación y el 45% por ASI. Los resultados mostraron una tasa de reincidencia sexual del 13%, violenta (incluye sexual) del 18% y de reincidencia en general del 57%.

También Kingston y su equipo estudiaron a 586 hombres adultos condenados por delitos de abuso sexual entre los años 1982 y 1992 en Canadá.⁽³⁶⁾ Los sujetos tenían entre 18 y 78 años, el 67% estaba casado o mantenía una relación de convivencia, el 23% tenía antecedentes por abuso sexual, el 37% antecedentes por delitos violentos (incluye sexual) y el 53% condenas anteriores por otros delitos. De los 586 sujetos, 295 fueron condenados por ASI intrafamiliar, 205 por ASI extrafamiliar y 86 por violación. Tras un período de seguimiento de 20 años, la tasa de reincidencia sexual fue de 16,7%, violenta (incluye sexual) de 27,5% y en general de 37,4%.

Rettenberger y otros examinaron 493 abusadores sexuales liberados del Sistema de Prisión Austríaca entre el año 2001 y 2007.⁽³⁷⁾ La edad promedio de liberación fue de 40, 41 años, habiendo 221 sujetos condenados por violación, 249 por ASI y 23 por otros delitos sexuales. Realizaron el seguimiento de 424 abusadores en 3 años, de los cuales el 5,2% (n=22) cometió un nuevo delito, el 3,1% (n=13) reincidió violentamente, el 0,7% (n=3) cometió un nuevo delito sexual y el 0,7% (n=3) un delito sexual sin contacto. De entre los 194 violadores, 13 (6,7%) reincidió en general, 9 (4,6%) violentamente, 1 (0,5%) sexualmente y 1 (0,5%) en un delito sexual sin contacto; y de los 207 condenados por ASI, 8 (3,9%) cometió un nuevo delito en general, 4 (1,9%) reincidió violentamente, 2 (1%) sexualmente y 2 (1%) sexual sin-contacto.

En una submuestra de 271 realizaron un seguimiento de 5 años, siendo la tasa de reincidencia general del 30,3% (n=82), violenta del 18,1% (n=49), sexual del 7% (n=19) y sexual sin contacto del 4,8% (n=13). De la sub-

(36) KINGSTON, D., SETO, M., FIRESTONE, P., & BRADFORD, J. "Comparing indicators of sexual sadism as predictors of recidivism among adult male sexual offenders", en *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 2010, 78(4), pp.574/584.

(37) RETTENBERGER, M., BOER, D., & EHER, R., "The Predictive Accuracy of Risk Factors in the Sexual Violence Risk-20 (SVR-20)", in *Criminal Justice and Behavior*, 38(10), 2011, pp. 1009/1027.

muestra, 138 fueron violadores y 44 (31,9%) cometió un nuevo delito en general, 29 (21%) violento, 7 (5,1%) sexual y 6 (4,3%) sexual sin contacto; y en cuanto a los 117 de ASI, 35 (29,9%) cometieron un nuevo delito en general, 18 (15,4%) violento, 12 (10,4%) sexual y 7 (6%) sexual sin contacto.

En 2009, el Departamento de Justicia de Cataluña realizó un estudio con 315 abusadores sexuales que han salido en libertad entre 1998 y 2003. La edad promedio en la que delinquieron fue de 32,6 años, el 6,3% tenía antecedentes penal y 3,4% sexuales. El 52,5% fue condenado por violación, el 21,5% por ASI intrafamiliar y el 26% por ASI extrafamiliar.

En base al promedio de seguimiento de 3 años y 8 meses, la tasa de reincidencia fue del 19%, 5,8% sexual, 6,5% violenta-no sexual y 6,2% ni violento ni sexual, siendo la tasa de reincidencia violenta (sexual y no sexual) del 12,9%. Los sujetos condenados por ASI extrafamiliar fueron los que presentaron mayor tasa de reincidencia (30,4%) y sexual (25,3%). En el caso de los violadores, reincidieron un 23,5% y en delitos sexuales un 6,9% y los ASI intrafamiliar en un 7,1% no cometieron nuevos delitos sexuales (Departamento de Justicia de Cataluña, 2009).

Finalmente, Pérez y su equipo estudiaron 163 abusadores sexuales que habían cumplido condena en el Centro Penitenciario Brians de Barcelona durante 1991 y 2002.⁽³⁸⁾ El promedio de edad fue de 44,4 años, con 95 sujetos condenados por violación y 58 por ASI. En un período de seguimiento de 3 años y 8 meses, el 14,7% reincidió sexualmente y el 6,7% cometió un nuevo delito no sexual.

A lo largo de los estudios mencionados puede observarse que las tasas de reincidencia sexual en abusadores sexuales resultan más bajas en comparación a la reincidencia en otros delitos. De todas formas, no puede dejar de mencionarse que las mismas aumentan en proporción a los años de seguimiento desde el momento de su liberación.⁽³⁹⁾

(38) PÉREZ RAMÍREZ, MERITXEL; MARTÍNEZ GARCÍA, MARIAN, y REDONDO, SANTIAGO, *Evaluación y predicción del riesgo de reincidencia en agresores sexuales*, op. cit., 2007; PÉREZ RAMÍREZ, MERITXEL et al "Predicción de riesgo de reincidencia en agresores sexuales", op. cit., 2008.

(39) BARNETT, G.; WAKELING, H., & HOWARD, P., op. cit; CRAIG, LEAM et al, "Sexual Reconviction rates in the United Kingdom and actuarial risk estimates", op. cit. 2008; HELMUS, LESLIE; BABCHISHIN, KELLI & BLAIS, JULIE, op. cit.;

5 | Respuestas políticas

Como respuesta frente a esta problemática, el Poder Ejecutivo Nacional argentino promulgó el 10 enero de 2013 la modificación de la ley de ejecución de la pena privativa de libertad, mediante la ley 26.813 en donde hace referencia a los condenados por los delitos previstos en los arts. 119, 2° y 3° párrafo, 120 y 125 CP. En ella establece que para la concesión de las salidas transitorias, incorporación al régimen de semilibertad, libertad condicional, detención domiciliaria, prisión discontinua, semidetención, libertad asistida y derecho a visita en caso de enfermedad o accidente grave o fallecimiento de familiares o allegados, el juez deberá tomar conocimiento directo del condenado y escucharlo si desea hacer alguna manifestación. También, requerirá un informe del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución donde deberá constar la evolución del interno y el efecto de la concesión del beneficio para el futuro personal y familiar del interno, además, de la notificación a la víctima o su representante legal. Al implementar la concesión, se exigirá el acompañamiento de un empleado o un dispositivo electrónico de control —dependiendo del beneficio otorgado—, el cual sólo podrá ser dispensado por decisión judicial, previo informe de los órganos de control y del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución.

Sin embargo, no se ha contemplado que al momento actual no existe metodología alguna que permita distinguir con certeza qué sujetos producirán conductas violentas futuras, lo que quiere decir, que no es posible predecir con certeza conductas humanas, ni determinar una posible peligrosidad, ya que se trata de una valoración jurídica ajena al quehacer psiquiátrico o psicológico. Por tanto, no se podrá determinar con certeza el efecto que tendrá la concesión de alguno de los beneficios previstos en la ley 24.660.

En este punto se debe ser extremadamente cauteloso a la luz de la nueva Ley Nacional de Salud (ley 26.657), que en su art. 5°, señala que:

“La existencia de diagnóstico en el campo de la salud mental no autoriza en ningún caso a presumir riesgo o daño o incapacidad, lo que sólo puede deducirse a partir de una evaluación interdisciplinario de cada situación particular en un momento determinado”.

De igual forma, es necesario señalar la contradicción que existe en torno a la personalidad del agresor sexual, ya que esta no se contempla durante el proceso penal en su contra y sí durante la ejecución de su pena.

El art. 19 de la Constitución de la Nación Argentina separa el derecho de la moral, al establecer que:

“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

A su vez, el sistema jurídico de nuestro país se basa en un derecho penal del hecho y no de autor. Según Roxin:

“Por Derecho penal del hecho se entiende una regulación legal, en virtud de la cual la punibilidad se vincula a una acción concreta descrita típicamente (a lo sumo a varias acciones de ese tipo) y la sanción representa sólo la respuesta al hecho individual, y no a toda la conducción de la vida del autor o a los peligros que en el futuro se esperan del mismo. Frente a esto, se tratará de un Derecho penal de autor cuando la pena se vincule con la personalidad del autor y sea su asociabilidad y el grado de la misma lo que decida sobre la sanción. Lo que hace culpable aquí al autor no es ya que haya cometido un hecho, sino que sólo el que el autor sea ‘tal’ se convierte en objeto de la censura legal (...) allí donde entre los presupuestos de la conminación penal se incluye algo distinto y más que el sí y el cómo de una acción individual, y donde ese algo más debe buscarse en la peculiaridad humana del autor, estamos ante un sistema en que la pena se dirige al autor como tal”.⁽⁴⁰⁾

Siguiendo esta línea, a la hora de establecer una pena se contempla que la acción sea típica, antijurídica y culpable, y que el imputado sea o no

(40) ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal: Parte General*, trad. de Diego Luzón Peña, Miguel Díaz García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997, t.1, pp. 176/177.

imputable, no importa la personalidad del autor, por lo cual resulta inconsistente que a la hora de contar con los beneficios dispuestos en la ley 24.660, los jueces nacionales de ejecución penal requieran la realización de informe interdisciplinario tendiente a determinar si el condenado se encuentra preparado a insertarse en el medio libre, teniendo en cuenta, especialmente, la naturaleza de los hechos que generaron la condena y los aspectos de la personalidad del condenado vinculados al control de sus impulsos, al igual que cuando solicitan que se determine si subsisten elementos que permitan inferir si puede reiterarse la conducta antisocial por la que fue condenado.

En cuanto a los dictámenes relativos a la peligrosidad en abstracto y hacia el futuro, no hacen más que generar un cuadro de probabilidad que puede o no cumplirse. Por ello, resulta imposible en un Estado de derecho fundar un reproche de manera exclusiva en las probabilidades negativas.

El condenado no ha sido considerado un alienado, sino que encuadra dentro de la normalidad psicojurídica, es decir, se consideró que es un sujeto normal con capacidad para autodeterminarse y ejercer su libre albedrío.

Del mismo modo, con relación a la capacidad para comprender y dirigir su accionar, el penado no tuvo que haber presentado ningún elemento desde el punto de vista psicopatológico que implique lo contrario, sino no se lo hubiera podido condenar, ya que la incomprensión e incapacidad de dirigir el accionar es causal de inimputabilidad psiquiátrica, e implicaría tener un trastorno psiquiátrico.

En consecuencia, tanto para el derecho penal como para la psicología y psiquiatría actual, el diagnóstico de personalidad con rasgos perversos y psicopáticos, como las conductas antisociales, no presentarían ninguna alteración psicopatológica que le restrinja al imputado su autonomía psíquica, por lo tanto es imputable y puede ser sometido a juicio.

He aquí la cuestión, ya que a la hora de conceder el beneficio de una salida, los magistrados solicitan que su equipo interdisciplinario se expida sobre la capacidad de control de impulsos y probabilidad de reiteración de la conducta antisocial en aquellos penados por delitos contra la integridad sexual. Preguntas que ninguna ciencia puede responder con certeza.

Por otra parte, el 24 de julio de 2013 se promulgó la ley 26.879 que crea el Registro Nacional de Delitos contra la Integridad Sexual. En ella se tiene como fin exclusivo facilitar el esclarecimiento de los hechos que sean objeto de una investigación judicial en materia penal vinculada a delitos contra la integridad sexual previstos en el Libro Segundo, Título III, Capítulo II del Código Penal, y así proceder a la individualización de las personas responsables. El Registro almacenará y sistematizará la información genética asociada a una muestra o evidencia biológica, que hubiere sido obtenida en el curso de una investigación criminal y de toda persona condenada con sentencia firme. Asimismo, respecto de la persona condenada se consignará: a) nombres y apellidos, apodos, seudónimos o sobrenombres en caso de poseerlos; b) fotografía actualizada; c) fecha y lugar de nacimiento; d) nacionalidad; e) número de documento de identidad y autoridad que lo expidió; f) domicilio actual, debiendo informar a la autoridad de los cambios de domicilio que efectúe. La eliminación de la información obrante se realizará transcurridos cien (100) años desde la iniciación de la causa en la que se hubiera dispuesto su incorporación o por orden judicial.

6 | Registros de ADN

La creación de esta base de datos de ADN, al igual que la del resto de países, tiene como fin ayudar en la investigación criminal y prevenir una reincidencia mayor, existiendo un acceso estricto.

Es necesario distinguir entre muestra de ADN, siendo aquélla que puede ser obtenida del agresor, víctima, terceros (testigos) y/o de la escena del crimen, y perfil de ADN que es el perfil que se obtiene a partir de la muestra. Con respecto a estos dos conceptos, en diversas legislaciones se les otorga un tratamiento diferenciado en cuestión de conservación y eliminación, ya que una vez obtenido el perfil no codificante a partir de la muestra, ésta se destruye con el fin de evitar una extracción del perfil codificante en la cual se encuentra la información genética del individuo y así proteger su privacidad. Aunque este criterio es muy importante a la hora de crear una base de datos ADN, no ha sido legislado en ley 26.879.

En Canadá, se crearon dos registros de agresores sexuales —SORs: *Ontario Sex Offenders Registry* (OSOR, 2001) y *National Sex Offender Registry* (NSOR, 2004)— que comprenden datos de sujetos imputados, condena-

dos e inimputables por delitos contra la integridad sexual. Los registrados están obligados a dar una muestra de ADN e informar cada vez que salen del país, así los encargados del OSOR y NSOR informan a autoridades internacionales cada vez que uno de sus registrados abandona su país. El tiempo mínimo de permanencia en el registro es de 10 años y aumenta según la gravedad del delito cometido y tiempo de condena. En cuanto a los imputados que resultan absueltos, son eliminados automáticamente del registro. En caso de facilitar una información falsa, los registrados reciben una multa pudiendo llegar a una pena de prisión.⁽⁴¹⁾ Asimismo, Canadá instauró una base de datos que contiene información sobre todos los agresores sexuales examinados en prisión y en la comunidad, denominada *Offender Assessment System* (OASyS). La base permite evaluar estructuradamente los factores de riesgo estáticos y dinámicos para colaborar con el seguimiento del agresor. Contiene información demográfica y de riesgo e incluye un análisis de las ofensas, lugar de residencia, educación, formación y empleo, gestión financiera e ingresos, estilos de vida, consumo de drogas y alcohol, bienestar emocional, pensamiento y comportamientos, y actitudes.⁽⁴²⁾

A nivel europeo, en mayo de 2005, algunos miembros de la Unión Europea firmaron el Tratado de Prüm, que surge con el fin de cooperar transfronterizamente en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia y la migración ilegal, utilizándose hoy en día también para combatir agresiones sexuales, entre otros. Con el tratado se establece la consulta automatizada de ADN, junto a otra información para la prevención de amenazas contra la seguridad y el orden público en relación con grandes eventos, así como la prevención de atentados terroristas. De esta manera, permite a las fuerzas del orden utilizar las bases dentro del tratado en busca de una coincidencia con el ADN dubitado.⁽⁴³⁾

(41) MURPHY, L. FEDEROFF, J., & MARTINEAU, M., "Canada's sex offender registries: Background, implementation, and social policy considerations", *The Canadian Journal of Human Sexuality*, 18 (1-2), 2009, pp. 61/72.

(42) BARNETT, G., WAKELING, H., & HOWARD, P. *op. cit.*; MANDEVILLE NORDEN, R., & BEECH, A., "Risk assessment of sex offenders: the current position in the UK", in *Child Abuse Review*, 15(4), 2006, pp. 257/272.

(43) MARTÍNEZ, VICENTE J., "La base de datos del ADN y su eficacia en el proceso", en *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, n° 28, 2012, pp. 91/103.

En caso de resultar un perfil positivo, se solicita información nominal sobre la muestra indubitada, que requiere, en algunos casos, un reanálisis para reducir las posibilidades error.⁽⁴⁴⁾ En 2011, las bases de datos de ADN de los países pertenecientes al tratado de Prüm se componía de 9,2 millones de perfiles de referencia y más de un millón de muestras de ADN (ENFSI 2011).⁽⁴⁵⁾

Dentro de los Estados miembros que ratificaron el tratado se encuentra Reino Unido, que fue el primero en crear una base de ADN en 1995. Comenzó recopilando perfiles de ADN de delitos graves aunque terminó extendiéndola a delitos menores. Tiene el poder de recolectar muestras de ADN de cualquier sitio convirtiéndose en un paso rutinario dentro de la investigación criminal.⁽⁴⁶⁾

La muestra de ADN se conservaba de por vida, aunque no correspondiera a un culpable, circunstancia que cambió tras la sentencia de 2008 de la Corte Europea de los Derechos Humanos en el caso “S y Marper vs. Reino Unido” (2008), que falló en favor de la eliminación de los datos de aquéllos a los que se les hayan retirado los cargos o sean considerados inocentes. Motivo por el cual, en 2012 el gobierno aprobó el *Protection of Freedom Act* donde estipula que la muestra debe ser destruida una vez obtenido el perfil o después de los 6 meses desde que ha/n sido obtenida/s.⁽⁴⁷⁾

Austria creó la base de datos en 1997,⁽⁴⁸⁾ recopilando perfiles de ADN de condenados, sospechosos de cargos de delitos graves y aquellos obtenidos en escenas del crimen.⁽⁴⁹⁾ La destrucción de la muestra se realiza cuan-

(44) PRAINSACK, BARBARA & TOOM, VICTOR, “Performing the Union: The Prüm Decision and the European dream. Studies”, in *History and Philosophy of Biological and Biomedical Sciences*, 44(1), 2013, pp. 71/79.

(45) PRAINSACK, BARBARA & TOOM, VICTOR, *Ibid.*

(46) MARTIN, PAULINE, “National DNA databases-practice and practicability. A forum for discussion”, *International Congress Series*, 2004, 12161, pp.1/8; SARKAR, S., & ADSHEAD, G., “Whose DNA is it anyway? European court, junk DNA, and the Problem with prediction”, *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, 38(2), 2010, pp. 247/250.

(47) TSO (*The Stationary Office*), *Protection of Freedom Act*, Inglaterra, Reino Unido, 2012, chapter 9.

(48) PRAINSACK, BARBARA & TOOM, VICTOR, *op. cit.*

(49) THIBEDEAU, ANDREW, “National forensic DNA databases. Council for Responsible Genetics”, 2011 [en línea], www.councilforresponsiblegenetics.org/dnadata/fullreport.pdf

do el condenado cumple los 80 años y en menores condenados, después de tres años de su recolección. En cambio, en el caso de un sospechoso se mantiene a pesar de la exoneración salvo petición escrita de destrucción, y las muestras obtenidas de la escena del crimen hasta que el crimen es resuelto.⁽⁵⁰⁾

En cuanto a los perfiles de ADN de personas condenadas se conservan indefinidamente y en los sospechosos una vez son exonerados y bajo petición escrita.⁽⁵¹⁾

Por otra parte, en la base de datos de ADN de Alemania se encuentran sujetos condenados con sentencia firme por delitos graves, aquellos que han reincidido en delitos menores, imputados por delitos graves considerados peligrosos y muestras de la escena del crimen de cualquier agresión. La muestra se destruye una vez obtenido el perfil y el tiempo de conservación del mismo depende de la gravedad del crimen. Así, la legislación alemana exige que se trate de un hecho delictivo trascendental y que exista una alta probabilidad de reincidencia.⁽⁵²⁾

La recopilación de muestras siempre requiere de autorización judicial y del consentimiento de las personas a las que se les extraerá una muestra. Solo se puede ordenar obtener una muestra coercitivamente en sujetos considerados peligrosos con alto riesgo de reincidencia, imputados por delitos sexuales y graves (incluidos reiterados delitos menores) y en los casos en que un sospechoso y/o testigo sea considerado indispensable para la investigación.⁽⁵³⁾

Por último, en España, la base de datos ADN para investigaciones criminales tiene dos finalidades principales: identificar desaparecidos y criminales. En desaparecidos, los parientes aportan muestras voluntariamente

(50) THIBEDEAU, ANDREW, *Ibid.*; VOULTSOS, POLYCHRONIS *et al.*; "Launching the Greek forensic DNA database. The legal framework and arising ethical issues", en *Forensic Sciences International: Genetics*, n°5, 2011, pp. 407/410.

(51) THIBEDEAU, ANDREW, *ibid.*; VOULTSOS, POLYCHRONIS *et al.*, *op. cit.*

(52) CARUSO, VIVIANA, "Base de datos policiales sobre identificadores obtenidos a partir del ADN y derecho a la intimidad genética" en *Foro, Nueva Época*, n° 1, 2012, vol. 15, pp. 135/167; VOULTSOS, POLYCHRONIS *et al.*, *op. cit.*

(53) THIBEDEAU, ANDREW, *op. cit.*

para ser incluidos en la comparación. En cuanto a la identificación de criminales, se encuentran los datos procedentes de personas implicadas en algún hecho criminal o perfiles procedentes de la escena del crimen.⁽⁵⁴⁾ Se conservan hasta que prescriba el delito, se cancelen los antecedentes penales, o cuando haya un sobreseimiento libre o sentencia absolutoria.⁽⁵⁵⁾ La obtención es obligatoria cuando se trate de delitos graves (penas superiores a 5 años) y en todo caso, cuando afecten a la vida, libertad, indemnidad o libertad sexual, la integridad de las personas o el patrimonio, con violencia o intimidación, y delincuencia organizada.⁽⁵⁶⁾

En resumen, a pesar de que en Europa existan algunas directrices para la formación de las bases de datos, cada legislación tiene sus límites temporales de conservación de muestras y perfiles. Pese a ello, existe el objetivo de homogeneizarlas, tal como muestra la resolución del Consejo de la Unión Europea en 2009, al recomendar estipular en 12 los marcadores necesarios para discriminar perfiles de ADN.⁽⁵⁷⁾

7 | Situación actual en Argentina

En la Argentina, mediante la ley 26.879 que regula el Registro Nacional de Delitos contra la Integridad Sexual, el Congreso Nacional creó un registro de agresores sexuales como respuesta política a las preocupaciones de la población sobre el presunto riesgo de reincidencia, sin contemplar la falta de estudios y estadísticas al respecto en nuestro país. Tal es así, que las investigaciones científicas antes mencionadas, concluyen que cuanto mayor sea la edad del agresor, menor posibilidad de reincidencia tendrá.

Por otra parte, nuestros legisladores consideraron que el conocimiento del paradero de las personas que se encuentran registradas proporciona

(54) GUERRERO MORENO, ÁLVARO, "La regulación de los datos genéticos y las bases de datos de ADN", en *Criterio Jurídico*, 8(2), 2008, pp. 223/244.

(55) MARTÍNEZ, VICENTE J., *op. cit.*

(56) GUERRERO MORENO, ÁLVARO, *op. cit.*; MARTÍNEZ, VICENTE J., *op. cit.*

(57) CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Resolución del consejo del 30 de noviembre de 2009 referente al intercambio de los resultados de los análisis de ADN (2009/C 296/01), en *Diario Oficial de la Unión Europea*, 2009.

información útil para ayudar a detener a agresores sexuales en delitos aún no resueltos y prevenir la comisión de futuros delitos. El problema es que la ley no establece los mecanismos apropiados para llevar a cabo esta medida, ni prevé sanciones ante el incumplimiento de la medida de fijar paradero, por tanto la obligatoriedad es relativa, ya que nuestro sistema penal carece de medidas postpena.

Asimismo, en la ley 26.879 se ponderó que la muestra de ADN se eliminará transcurridos 100 años desde el inicio de la causa en la que se hubiera dispuesto la incorporación de la información genética, medida que resulta inconsistente al ser comparada con otros modelos ya existentes. Tanto el enfoque alemán como el canadiense presentan controles muy estrictos sobre los agresores, empero contemplan el riesgo de reincidencia y el tipo de delito cometido para incluir y excluir a un agresor en la base de datos de ADN. De esta manera, conservan el perfil genético en base a la historia criminal y edad del agresor, contemplan la singularidad de cada caso y posibilitan una reinserción social más eficaz y productiva.

8 | Conclusión

Al abordar la temática sobre el abuso sexual se deben tener presentes dos aspectos fundamentales: en primer lugar, que se desconoce el número real de delitos sexuales y, por otra parte que no existe un perfil de personalidad típico o característico de ningún agresor sexual.⁽⁵⁸⁾ Empero, la correcta detección y evaluación de las variables de riesgo resulta ser beneficiosa para sustentar la toma de medidas preventivas.

En la Argentina, el tópico del abuso sexual recién comienza a explorarse, por lo que resta realizar investigaciones empíricas y así poder comparar resultados con estudios internacionales, al igual que plantear la posibilidad de adaptar instrumentos de medición de riesgo a las variables socio-culturales de nuestro país. De igual forma, pese a exigir la promulgación de la modificación de la ley 24.660, profesionales especializados en la asistencia de personas condenadas por los delitos previstos en los arts. 119, párrs. 2 y 3, 120, 124 y 125, no contempla la necesidad de contar con herramientas

(58) CRAIG, LEAM; BROWNE, KEVIN; STRINGER, IAN Y HOGUE, TODD E., *op. cit.*; OLIVER, MARK & BARLOW, ASHLEY, *op. cit.*; VALENCIA, OLGA *et al.*, *op. cit.*

idóneas para aplicar tratamientos especializados para abusadores sexuales, tales como: *Sexual Offender Treatment Programa (STOPS)*, *Selapse Prevention Model (RP)*, *Self-Regulation Model (SRM)*, *Warkworth Sexual Behaviour Clinic (WSBC)*, *Risk Need Responsivity (RNR)* o el *Desviancy construct in the STEP test battery*, ya que se desconocen cuáles son los factores de riesgo.

Igualmente, pese a no contar con estadísticas en nuestro país, la reincidencia de abusadores sexuales existe y los casos son difundidos en los medios de comunicación. Empero, en estos casos, la pregunta que debería plantearse es si la reiteración de la conducta antisocial se debe o no a alguna alteración o disfunción psicopatológica que no ha podido ser revertida por el tratamiento penitenciario actual. Por tanto, se observan cambios estructurales en la personalidad del condenado, suponiendo así que la estructura de personalidad limitaría el grado de autonomía para producir conductas diferentes, encontrándose cercada su capacidad para dirigir su accionar y el ejercicio de su libre albedrío.

Las personas condenadas por delitos contra la integridad sexual no son consideradas enfermas a la hora de ser condenadas, pero sí alteradas, ya que se entiende como normalidad psíquica a la exclusión de patología alienatoria, tal como establece el art. 34 CP.

Por lo expuesto, la modificación de la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad presenta graves fallas estructurales entre las que se resalta que se continúe dando trascendencia al tipo de personalidad del autor, personalidad que no ha sido contemplada durante el proceso penal en su contra. También es una falla que el equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución se expida sobre peligrosidad, capacidad de controlar impulsos y probabilidad de reiteración de la conducta antisocial por la que fuera penado, sin ser posible que una "persona de ciencia" pueda responder a estos interrogantes y sin contar al menos con algún instrumento de medición aprobado por la comunidad científica que le permita realizar alguna aproximación más certera sobre la posible peligrosidad de un sujeto o riesgo de violencia sexual.

Por otra parte, la aplicación de las reglas de conductas establecidas en la creación del Registro Nacional de Datos Genéticos parecería difícil ya que la ley no establece los mecanismos apropiados para llevarlas a cabo.

Igualmente resulta una exageración que la información del Registro tenga una permanencia de 100 años desde el inicio de la causa, más aún al contemplarse que el art. 51 CP establece que el registro de sentencias condenatorias perdurará durante diez años y será borrado cuando quién cometió el delito no reincida, como una forma de asegurar su reinserción social. Medida que evidencia la gran condena social que presentan los sujetos condenados por delitos contra la integridad sexual, estimándose un porcentaje de reincidencia mucho mayor al real.

En esta línea, nuestros legisladores tomaron medidas basadas en la estigmatización social de los abusadores sexuales y la difusión de los medios de comunicación, desconociendo la real problemática. Tal es así, que la ley 26.879 no especifica lo que se considera por actualización de los datos, qué hacer en caso de incumplimiento ni con la muestra obtenida en caso que no resulte positiva con el perfil dubitado, delegando toda responsabilidad en el Poder Ejecutivo Nacional.

De esta manera, la creación de leyes en función de acontecimientos sociales hace que la legislación sea poco clara y quede obsoleta ante situaciones no contempladas. Por ello, y porque cada país tiene una cultura y población diferente, es necesario realizar un examen exhaustivo sobre las características locales del fenómeno considerado, lo cual permitirá obtener procedimientos concretos, más específicos y posiblemente más eficaces. Asimismo, se deben evitar las estigmatizaciones sociales y cualquier vulneración a los derechos fundamentales de las personas.

La ley de los sin ley⁽¹⁾

por **ALEJANDRO W. SLOKAR**⁽²⁾

I | Introducción

Mi disertación va a tematizar la problemática de la ejecución de la pena privativa de la libertad, de acuerdo con un plan expositivo que tendrá por base su reconstrucción conceptual y genealógica, el necesario anclaje en el sistema de fuentes jerarquizado de la legalidad constitucional e internacional, seguirá con una somera descripción del *status questionis* a través de las principales contribuciones en el proceso evolutivo de la doctrina, para analizar aquellas implicancias centrales en la dosimetría punitiva, fijando —en definitiva— posición conforme a un modelo explicativo propio.

Mi opción en favor de esta intervención se funda en el reconocimiento que la dogmática jurídico-penal concentró su atención en la construcción de las categorías conceptuales integrantes del sistema de filtros de la punición arbitraria que compone la teoría del delito con un alto grado de complejidad y abstracción, pero prácticamente ignoró el segmento correspondiente a sus consecuencias jurídicas. Este esfuerzo teórico —directamente proporcional a la crisis de legitimación de la pena—, viene acompañado de un olvido injusto, que puede bien obedecer a la complejidad del tema o a un refugio cómodo en el idealismo.

(1) Síntesis de la disertación pronunciada en el curso de postgrado “Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad en Argentina” de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, ciclo 2010. En el texto se omiten las palabras iniciales de cortesía y se han agregado referencias de autores junto con algunos títulos explicativos.

(2) Profesor titular de la Universidad de Buenos Aires y de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de La Plata.

Efectivamente: en verdad existe una fractura teórica que desconoce el encuentro entre una teoría del delito y la de sus consecuencias, siendo que ambas producciones emergen de una misma matriz y en un momento histórico particular. No se asume la unidad ideológica y lógica de los dos momentos, lo que durante muchos años caracterizó a la doctrina latinoamericana, embarcada en una teoría del delito neokantiana y en una teoría de la pena peligrosista.

Más aún: autorizadas voces explican hoy el valor relativo de la conceptualización de la pena, señalando que cualquier sistemática es posible con prescindencia de la posición que soporte una fundamentación del castigo estatal. Más allá de las inconsistencias en las que deriva, el planteo revela la vigencia de la tradición de glosadores y prácticos, que algunos siglos más tarde —tras la reacción ilustrada— Carrara bautizó como “ciencia asquerosa”: desarrollaron el método —el cómo—, sin indagar el fin —el para qué—. En definitiva, parece claro que desde siempre existieron en nuestro saber dos modelos rivales: un derecho penal “bartolista” *versus* un derecho penal ilustrado.

Esta hipertrofia discursiva del injusto culpable choca contra el raquitismo teórico en el ámbito ejecutivo penal, sobre todo en el encierro institucionalizado en prisión, en donde sucumbe cualquier ficción idealista (propias autosuficiencias charlatanas de neovanguardias) como la portación de un rol o la pretensión de la pena como una respuesta contra fáctica simbólica, y en donde el derecho penal liberal o de garantías termina enfrentándose con el último refugio de la *gesinnung*. La ejecución de la pena es la región más oscura, pero a la vez más transparente, del poder punitivo, en donde la tensión entre el estado de policía y estado de derecho —que encapsula todo estado real—, evidencia la puja entre el poder político y el poder jurídico.

Desde luego que el derecho de ejecución penal y el derecho penitenciario hacen a la extensión del derecho penal y sus garantías, en donde la sentencia penal ejecutable que pone fin al proceso constituye el punto de partida de un nuevo segmento. Esta lógica prolongación del derecho penal material y adjetivo en el ámbito de las consecuencias jurídicas es la llamada “teoría de las tres columnas de la justicia” de la doctrina alemana, las que muchas veces en tensión guarda una relación atormentada al decir de Hassemer, que se revela fundamentalmente en la llamada antinomia de los fines de la pena.

Pero así como el bizantinismo de la sofisticación del rizo dogmático —con su capacidad de partir un pelo por la mitad— poco contribuye al desarrollo del ámbito, la crítica política a través de una poética panfletaria tampoco es proveedora de seguridad jurídica. De poco sirven los lugares comunes en la evocación de Miguel Hernández, que no exageraba cuando denunciaba poco antes de morir a las prisiones franquistas como fábricas de dolor y llanto.

2 | La enajenación espacio-temporal de los cuerpos

En razón de ello creo obligada, en primer término, una reconceptualización de la pena detentiva, sea en la variante de anticipación como la prisión preventiva —que, desde luego, afecta la presunción de inocencia y el derecho de defensa—, o en la situación tipo de la directamente ejecutada. Si el interés por definir los elementos del delito reconoce un fin práctico —limitar la arbitrariedad del poder— lo mismo cabe predicar para la pena privativa de la libertad. Para ello, una opción constructiva básica es trasladar a Welzel y la naturaleza de las cosas al plano de las consecuencias jurídicas del delito, o sea, una empresa general conforme a ontología.

En ese terreno no voy a ser portavoz de lo obvio: la pena de encierro no se edifica exclusivamente sobre el dato normativo que informa la relativa restricción a la libertad de circulación, ya que comprende una amplísima —y en la mayor de las veces ilegítima— limitación de derechos. Y esto constituye un elemento clave a proyectar sobre la tasación punitiva.

Porque la pena privativa de la libertad es una pena corporal en cuanto el tiempo no limita su transcurrir a una mera percepción intelectual, sino que se encarna en el cuerpo del condenado. Las llamadas por Ferrajoli aflicciones accesorias, en oposición a su modelo normativo y teórico, sólo difieren de las antiguas penas corporales porque no están concentradas en el tiempo, sino que se dilatan a lo largo de la duración de la pena. No obstante, aunque se considere que la pena de prisión es una pena corporal y no temporal, no puede omitirse que se enuncia en tiempo y que la persona es esencialmente un ser temporal.

La propia dinámica histórica de la pena privativa de la libertad así lo informa: hasta fines del siglo XVIII, la privación de libertad no era una pena autónoma y ordinaria, porque la pena-retribución como cambio medido sobre el valor no puede encontrar en la privación del tiempo la equivalencia del delito, ya que no existe la idea del trabajo humano medido en tiempo. La idea de privación de un *quantum* de libertad, determinado de modo abstracto, solo puede realizarse en un sistema capitalista. Porque en este modelo de producción la deportación desapareció rápidamente (por la independencia de las colonias o por las dificultades que acarreaba), las penas humillantes no tenían mayor eficacia, y el trabajo forzado tuvo carácter más bien simbólico (especialmente a partir de la tecnificación de los ejércitos y de la aparición de la máquina de vapor), de modo que la prisión era la única posibilidad punitiva que subsistía.

Lo curioso es que cuando el poder punitivo se limitaba a las penas físicas, la ejecución de la pena ofrecía pocos problemas; apenas la obsesión por la igualdad de dolor que llevó a Bentham a proyectar su máquina de azotar y a los franceses revolucionarios a la invención de la guillotina. Es conveniente recordar el parámetro de proporción o de prohibición de exceso reivindicado hasta por el primer Robespierre, a cuyo abandono Pagano atribuyó la decadencia de Roma. Este modelo sinalagmático de matriz iluminista que demanda simetría entre castigo y delito, aparece claro en el *Discurso*, de Lardizabal, y en *Dei delitti e delle pene*, de Beccaria, que emplea la metáfora de la escala o la referencia a la geometría, lo que revela la aspiración a la exactitud, siendo que su posterior obra, a propósito del sistema decimal francés en Italia, versa sobre pesos y medidas.

Pero una vez que comenzaron a dominar las penas institucionales la situación se modifica, porque la ejecución de la sentencia altera la naturaleza del objeto: la sentencia impone una pena que se pronuncia en tiempo físico o lineal mensurable (asimilable al espacio) y que puede dimensionarse en un único acto, pero se ejecuta en un plano distinto, el del tiempo existencial y vivenciado, que no puede expropiarse sino en una larga sucesión de actos.

3 | Geografías de la crueldad

Durante todo este tiempo descripto, todos los principios básicos de un derecho penal supuestamente transparente y armónico (que informan las primeras páginas de toda la manualística) abandonan furtivamente las ba-

ses sobre las que se ha construido a la hora de proyectarse sobre aquel elemento que constituye precisamente su señal de identidad y a quien le debe su nombre: la pena.

Legalidad, judicialidad, necesidad, proporcionalidad, individualidad, humanidad y otros subprincipios como el de la mínima trascendencia e impedimento de doble punición, se enfrentan con la prisión, que —como siempre se nos recuerda a través de Foucault— no es hija de las leyes, los códigos, ni la justicia.

No obstante, una empresa que esté orientada teleológicamente a minimizar el ámbito de ejercicio del poder punitivo y preservar el estado constitucional de derecho, debe ser guiada por los postulados constitucionales e internacionales; no sólo por el vínculo formal que en tanto rama del derecho le demanda el principio jerárquico (sea norma fundamental kelseniana o regla de reconocimiento hartiana), sino por la inextricable dinámica histórica de ambos saberes, cuando las cartas de derechos y el penalismo liberal signaron la lucha de los límites contra el poder estatal. Desde esta perspectiva, el derecho penal (también el de su ejecución) es un apéndice del derecho constitucional.

Así, y fundamentalmente, el principio de humanidad importa la imposibilidad de supresión de un derecho (como la vida con la pena capital o la libertad en un encierro de por vida), en primer término, y en segundo lugar la exclusión de toda crueldad inusitada. Y puede existir una crueldad en abstracto, cada vez más extraña en el mundo occidental (tormentos o azotes), pero también crueldad en concreto, como cuando se convierte la prisión en una pena de muerte cierta o probable, o cuando las condiciones de cumplimiento real de la pena pongan en peligro la vida o la integridad corporal (la prisión aumenta el riesgo de muerte violenta entre diez o veinte veces respecto de la vida libre).

Esta prohibición de penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes constituye un nuevo *jus commune* que responde a la superlegalidad constitucional e internacional, y que puede dar lugar a la configuración de un injusto *jushumanista* por la acción u omisión estatal lesiva de Derechos Humanos. Desde hace muchas décadas, la Corte Suprema estadounidense desarrolló antecedentes jurisprudenciales a partir de la 8ª enmienda que constituyen el presupuesto de las normas y sentencias internacionales

(standards del Comité contra la tortura; fallos del TEDH en los casos Tyrer v. Reino Unido o Ciorap v. Moldova) y sobre las que no sin dificultades se procura una conceptualización doctrinaria.

4 | El naufragio de la babélica teórica

La pena privativa de la libertad encontró legitimidad convencionalmente en el interior del saber penal desde el planteamiento de la prevención especial, fórmula que invocando una pretendida función de control y reforma psicológica y moral de los individuos, expresa su máxima teorización en el peligrosismo positivista italiano con su imagen tipológica del *homo criminalis* y la pena medicinal como una suerte de fármaco, que tiene sus antecedentes remotos de biologización en el *Malleus Maleficorum* y su defensa social ilimitada.

También, como es sabido, Franz von Liszt constituía los tres fines de la pena en términos preventivo-especiales: la intimidación individual se dirigía al delincuente ocasional; la resocialización al delincuente reiterado corregible; y la inocuización al delincuente en estado incorregible, que Jakobs recrea en su actual *Derecho penal del enemigo*.

Lleva razón Muñoz Conde cuando sostiene que la lucha de escuelas entre von Liszt y Binding era sólo nominal, porque ambos sostuvieron la inocuización de los incorregibles: uno a través de las medidas y el otro a través de la pena retributiva, sea la prisión perpetua o la muerte, todo lo que sumado a la culpabilidad por la conducción de vida de Mezger, derivará en el nacionalsocialismo y en la culminación en acto de la ideología antiliberal histórica alemana en el genocidio perpetrado por el nazismo.

Pero no puede omitirse que la prevención especial es propia de la vertiente humanista como lo fue el correccionalismo español, fruto de la influencia senequista y cristiana, reactualizada secularmente por el krausismo a fines del siglo XIX que expresaron Röder o Giner de Los Ríos. En su seno presentó una diversidad considerable: los correccionalistas constructivos como Concepción Arenal o Dorado Montero, los críticos formales como Salillas, y hasta los oficialistas reformadores como Cadalso.

Lo cierto es que, desde después de la segunda guerra mundial, se consagró la reeducación en las cartas internacionales y constitucionales como fundamento primario de las penas, que luego se desarrolló en Europa la normativa infraconstitucional penitenciaria en la segunda mitad de los años 70 —en Italia, Alemania y España—, cuando paradójicamente comienza el eclipse del discurso *re* y empieza a proyectarse una finalidad custodial que retorna a la inocuización. La prisionización masiva se potencia en la década de los 90, cuando el énfasis se pone en la idea de protección de la sociedad por cumplimiento íntegro de las penas o incapacitación selectiva. El fuerte incremento de la población penitenciaria con nivel que supera al de la población mundial en términos relativos viene acompañado discursivamente de un actuarialismo administrativista que procura neutralizar, ya no comunicativamente sino fácticamente, al delincuente.

También en Escandinavia —otro paradigma del preventivismo especial— se postula embrionariamente una vuelta al retribucionismo (neo-clasicismo) que se propaga en el ámbito anglosajón en la teoría de los justos merecedores de von Hirsch, que con casi doscientos años de atraso descubre el idealismo alemán de Kant y Hegel (o sea el viejo retribucionismo o talión), aunque considerablemente empobrecido —como dice Mathiesen—, porque no parte de todo el armazón filosófico.

Es cierto que el mito de la resocialización, que cumple una función ideológica, no soporta el peso de las críticas conceptuales y empiristas, renovadas en un documentadísimo y contemporáneo manual alemán de Michael Walter. Y que, por lo demás, es incapaz de cumplir su función instrumental, inclusive la inocuizadora, si se tiene en cuenta la alta cifra negra. Pero el derecho penal de la resocialización, y no porque sea verdadero, constituye la única opción a la política demagógica de "guantanamoización" norteamericana o de exterminio en nuestro contexto.

Ello exige una hermenéutica progresiva del principio de resocialización, vigente por mandato constitucional, para lo que resulta necesario alterar el contenido del discurso del tratamiento, reinterpretándolo como una exigencia de trato que significa, en primer lugar y por sobre todo, garantizar la supervivencia y seguridad del recluso, tanto como su integridad física y psíquica y, en segundo lugar, el ofrecimiento de un tratamiento de la vulnerabi-

lidad, para que tenga la posibilidad de egresar sin responder al estereotipo criminal y con una autopercepción que le permita asumir roles diferentes de los que se le reclamaban. En suma, no ofrecerse a la selección criminalizante que desde el *labelling* se informa ya hace más de medio siglo.

5 | Contra la razón de Estado penitenciaria

Desde la perspectiva señalada, un derecho penal mínimo en el orden ejecutivo demanda la mínima intervención sobre los derechos del preso y, fundamentalmente, el reconocimiento de su *status libertatis*. Habitualmente, las normas establecen que el preso podrá ejercer todos los derechos no afectados por la sentencia de condena o la ley. Desde luego que se trata de derechos generales o derivados de la Constitución, y también derechos penitenciarios o de configuración legal vinculados al régimen o al tratamiento.

El instrumento o título ejecutivo es la sentencia. Freudenthal, en 1909, toma posesión del cargo de rector en la Universidad de Frankfurt —y en 1911 en su contribución en el homenaje a von Liszt— dice que la sentencia es la carta magna del preso, y todo lo que esté más allá de ella no puede formar parte de ninguna restricción.

Aunque, desde el plano legal, es fácil advertir que en cualquier conformación reglamentaria de derechos en el ámbito penitenciario se desdibuja —cuando no se invierte— el principio de reserva o clausura constitucional del artículo 19: en la cárcel todo lo que no está permitido está prohibido.

Creo que no es posible apreciar el valor de los derechos fundamentales si se desconoce la amplitud de la facultad de limitarlos. Las restricciones extrínsecas —suspensión o límites— habitualmente responden en la cárcel a criterios paternalistas o utilitarios. Desde luego que los límites para el ejercicio de derechos deben seguir determinadas pautas constitucionales conforme lo desarrollan autores como Alexy o Gomes Canotilho, a saber: a) habilitación constitucional; b) reserva de ley; c) respeto del contenido esencial; d) generalidad o abstracción; e) irretroactividad; f) causalización; g) adecuación; h) necesidad; i) proporcionalidad; j) compatibilidad con el orden democrático; k) reserva jurisdiccional.

Y desde algunos planteamientos del derecho de ejecución, se opone al ejercicio de derechos la conceptualización de la relación de sujeción especial, originada en la órbita administrativa alemana durante la época de la Monarquía constitucional en la segunda mitad del siglo XIX. Su mayor teórico fue Otto Mayer, y lo hizo acompañado de Jellinek y Laband.

Por afectar el principio de legalidad, restringir derechos fundamentales y desproteger judicialmente, el Tribunal Constitucional Federal en 1972 firmó su defunción, porque no se ajustaba a las exigencias constitucionales. La doctrina de la relación de sujeción especial es rechazada jurisprudencialmente en España por el Tribunal Constitucional en sentencias de 1996 y 1998. Aún con el beneplácito de la retardataria jurisprudencia casatoria, nuestra Corte Suprema la descalificó expresamente en 2005. Doctrinariamente es considerada la espina dorsal dentro del régimen de ejecución de pena privativa de la libertad y es rechazada por Mapelli, Díez Ripolles y Tamarit, e incluso criticada por un visitante privilegiado de la cárcel por crímenes de economía, otrora célebre banquero, en un libor titulado *Derecho penitenciario vivido*.

Desde luego, la doctrina de la relación de sujeción especial consagra un criterio de preferencia a favor de los intereses de la administración (orden/seguridad) por sobre el ejercicio de otros derechos, lo que excluye todo juicio de ponderación o *balancing*. Así, se establece un criterio delimitador diferenciado que legitima un orden excluyente. En ese sentido, desde el plano jurídico, la doctrina de la relación de sujeción especial consagra la función segregadora de la cárcel, de manera que entre ella y la prevención especial negativa se establece una relación recíproca y dialéctica.

6 | (Des)medura y judicialización

Ahora bien, la privación de otros derechos no contenidos en la sentencia ni en la ley por condiciones materiales del encierro —como la vida o la salud— produce un cambio cualitativo de la pena, por lo que una pena lícita en origen puede devenir ilícita en ejercicio. Todo ello tiene especial implicancia en la mensuración punitiva, con consecuencias para la coronación de todo un sistema que tiene lugar en el denominado, a partir de Bruns o de Dolcini, derecho de cuantificación penal.

Una de las dificultades más importantes que aquí se plantea es la decisión acerca de cómo deben influir los llamados fines de la pena en la privación de libertad y en la determinación del modo de ejecución. En ese sentido, con frecuencia se referencia a la individualización de la pena desde una visión bucólica que se remonta a Salleilles, que la presenta una tarea llevada a cabo por etapas: legal, judicial y administrativa. Más allá de las tensiones entre agencias, la individualización —si quiere afirmarse en estándares constitucionales— no concluye con la sentencia o pronunciamiento punitivo, sino con la ejecución de la pena, esto es, con el agotamiento mismo del ejercicio punitivo. Luego, el *locus* es el judicial.

Suele decirse que el legislador fija el marco abstracto, que Figueiredo Días denomina moldura penal, que el juez concretiza partiendo de la culpabilidad como medida de pena. Todas las teorías que reconocen fines preventivos a la pena encaran la fórmula del § 46 alemán —a culpabilidad del autor es fundamento para la cuantificación de la pena— tratando de combinar de alguna manera estos fines con la culpabilidad.

Por cierto, esto se compadece con el planteamiento teórico de la categoría: desde una suerte de retribucionismo funcional, Jakobs ve en la culpabilidad un derivado de la prevención general, y Roxin pretende vincular culpabilidad y prevención, en sus aspectos preventivos generales y especiales, como elementos contrapuestos que se delimitan mutuamente. En suma, visiones de un funcionalismo sistémico o estratégico y un funcionalismo estructural o teleológico.

Pero la falta de acuerdo sobre la trilogía culpabilidad, prevención general y especial en la determinación ha merecido la calificación de triángulo mágico por Zipf. Las diferentes formas de compatibilizar los componentes de este mentado triángulo suelen resumirse mencionando tres teorías: la de la pena exacta, según la cual los criterios preventivos juegan sobre la indicación básica de la culpabilidad; la teoría del valor de reemplazo, en que la culpabilidad proporciona la medida de la pena y los criterios preventivos juegan para la aplicación de los sustitutivos penales; y la teoría del ámbito (o espacio) del juego (o de libertad), para la cual la culpabilidad proporciona el límite máximo de la pena, dentro del que juega la prevención especial y general. Pocas dudas caben acerca de que esta multiplicidad de versiones teóricas son expresión de la crisis de las teorías

preventivistas, que alcanza su más clara manifestación en la cúpula de la construcción teórica que sintetiza la cuantificación. La pena no puede proyectar luces, sino sombras.

7 | Las llaves para el candado

Ya en términos de concreción y propositivos: en la incidencia sobre la cuantificación de la pena, la culpabilidad importa un proceso valorativo dialéctico. Si el *status* de criminal no se aplica por igual a todos los sujetos —*labelling approach*— la selectividad del sistema penal pasa a conformar el esquema de la vulnerabilidad (o riesgo de selección), lo que permite deducir la posición o estado de vulnerabilidad y sólo computar el esfuerzo personal por la vulnerabilidad, que nunca podrá ser superior a la culpabilidad por el acto. Desde luego que también cabe postular consecuencias reformistas en el orden procesal, reclamando el *schuldinterlokut* de la doctrina alemana, cesura que distingue entre el veredicto de culpabilidad y el pronunciamiento de la pena.

Pero todo ello no se agota en la culpabilidad, aún desde el modelo reductor zaffaroniano. La ejecución de la pena privativa de la libertad, desde una determinación constitucional, exige los cinco minutos de filosofía que reclamaba Radbruch, toda vez que el derecho penal es filosofía, al decir de Betiol.

Como decíamos, se conoce que —por lo menos— hay dos ideas bien diferentes del tiempo: una es el tiempo lineal —el del calendario y del reloj—, y otra el tiempo existencial —el de cada uno y sus particulares circunstancias y necesidades—. La condena se expresa en tiempo formal y mensurable en abstracto, que es diferente al tiempo existencial vivenciado por el preso.

Y así ganan posición Aristóteles y Heráclito: es imposible evitar que la privación de libertad se calcule en tiempo lineal y se cumpla en tiempo existencial. La ejecución de la sentencia penal altera totalmente su materia, porque fija una pena en tiempo lineal que se cumple en el tiempo existencial del penado que, además, es dinámico, pues se va modificando al compás de las circunstancias. No es posible que la sentencia prevea el grado de sufrimiento de cada uno de esos momentos.

De ello se deriva un programa sistemático de separación de la pena entre aquella impuesta y la efectivamente cumplida, por cuanto la cuantificación primaria sufre los desfases que generan las innumerables contingencias que rodean la ejecución de una pena restrictiva de libertad, que no son más que incertidumbres al momento del dictado del fallo, ello con el propósito de evitar alteraciones a la proporcionalidad o impedir una doble punición, por consiguiente incompatible con los límites constitucionales de su ejecución.

De este modo y como aproximación conclusiva, en la compañía de Zaffaroni, planteé una empresa general conforme a ontología, fundado en un imperativo ético: los encierros se transforman en nuevos holocaustos de la modernidad tardía. Así, se formuló una refundación conceptual de la privación de libertad —pena corporal, tiempo existencial—, destacándose la imposibilidad de configurar la ejecución de la pena privativa de la libertad conforme a la dignidad de la persona que es el fundamento de sus derechos, sumando en el álgebra del castigo las funciones integrativas de la culpabilidad por la vulnerabilidad y compensatorias de la ejecución.

En fin, y por fin, no es todo esto una revelación copernicana, sino una evitación de la decadencia, fundada a partir del legado de los momentos de más alto contenido pensante del derecho penal, cuyo deber no puede ser otro que garantizar los espacios de libertad y de igualdad en una sociedad democrática.

La determinación punitiva en la fase ejecutiva de la condena

por **PABLO ANDRÉS VACANI**⁽¹⁾

I | Introducción

Este trabajo presenta a la racionalidad política de la pena moderna como un sistema que, en su vigencia actual, no resulta plenamente compatible con el marco constitucional del saber penal que debe abordar el derecho de ejecución penal. Creemos que persiste una antinomia entre la regulación constitucional de penas prohibidas, cuya principal característica es el trato punitivo que se aplica durante la condena, y aquello que presenta a la medida de castigo como inmutable en un solo acto que es la sentencia. A partir de aquí, el objetivo de este trabajo es definir algunos lineamientos en la pretensión de procurar una reconstrucción conceptual y sistemática de la ejecución de la pena, cuya principal proyección se define en las mutaciones que la medida de castigo fijada en la sentencia tiene ante tratos punitivos arbitrarios que la distorsionan durante su ejecución.

.....

(1) Abogado. Becario del CONICET (Beca Postgrado Tipo II). Doctorando de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Investigador abscripto del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Gioja. Coordinado del Grupo de Estudios e Investigaciones en Criminología del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales. Profesor titular del seminario "Criminología, sus discursos y las dinámicas de violencias en el campo punitivo", del Departamento de Ciencias Antropológicas, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires.

2 |

Es sabido que una de las principales manifestaciones del principio de proporcionalidad mínima de la respuesta punitiva es que la pena guarde cierta proporción con la magnitud del delito,⁽²⁾ y es una de las principales luchas que se dicen ganadas por la escuela liberal en la reforma de mediados de siglo XVIII, cuando esta había sido abandonada por los regímenes absolutos. La proporcionalidad fue corolario de los principios de legalidad y retributividad, concibiéndose predeterminada en todos los casos y regulada, en forma abstracta y de manera igual, de acuerdo a la gravedad del delito. Se expresó así toda idea de lo justo que enuncia la medida del castigo.⁽³⁾ Sin dudas, la escala fue el modelo más contundente de la racionalidad moderna, y fue de esa forma que esa racionalidad se manifestó en el tiempo.⁽⁴⁾ Es desde ya conocida la referencia de Beccaria a la matemática y a la geometría cuando señalaba “es necesario en la aritmética política sustituir el cálculo de probabilidad a la exactitud matemática(...) si la geometría fuese adaptable a las infinitas y oscuras combinaciones de las acciones humanas, debería haber una escala correspondiente de penas en que se graduasen hasta la menos dura”.⁽⁵⁾ El castigo se representó en una igualdad cuantitativa de dolor entre la magnitud de la ofensa del delito y la pena correspondiente mediante la creencia racionalista de que entre ambas existe una relación necesaria. Esta relación se ha determinado mediante la concepción del tiempo como valor sujeto a ponderar lesiones comparables, del mismo modo que se unificaron las medidas lineales y de superficie, los sistemas monetarios o decimales.

(2) ZAFFARONI, RAÚL, E.; ALAGIA, ALEJANDRO; SLOKAR, ALEJANDRO, W.; *Derecho Penal. Parte General*, 2da. ed., Bs. As., Ediar, 2002, p. 944.

(3) “Como lo proporcionado es siempre, en cualquier clase de relaciones, lo adecuado, lo conveniente, lo justo y exacto, también sucede lo mismo tratándose de penas”. DORADO MONTERO, P., “Sobre la proporción penal”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1916, p. 5.

(4) IGNATIEFF, M., *A just measure of pain. The Penitentiary in the industrial revolution 1750-1850*, New York, Pantheon, 1978. Particularmente desarrollado por MESSUTI, A., *El tiempo como pena*, Bs. As., Ediar, 2008.

(5) BECCARIA, C., *De los Delitos y de las Penas*, Madrid, Alianza 2000, p. 39. Aunque para Carrara la idea aritmética de proporcionalidad era calificada como “nebulosa”. Ver CARRARA, F., *Programa de Derecho Criminal*, Bogotá, Temis, 1972 (1888), t. II, p. 696.

El sistema moderno ha creído en la regulación legal contra los castigos físicos con el objetivo de garantizar que la pena posibilitara un “mal idóneo”, tomando como elemento más relevante a la certeza punitiva. En este sentido, el propio Beccaria sentenciaba “no es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos, sino la infabilidad de ellas”.⁽⁶⁾ También Carrara puso atención a una pena no corruptora que no “pervierta al reo”,⁽⁷⁾ e incluso Bentham se refería a una pena económica con el objeto de evitar que se desvirtuase como “costosa”.⁽⁸⁾

Lo que este modelo sostiene es que tanto la ofensa como la pena son un mal, ya que la pena es un dolor y, por su naturaleza, todo dolor es un mal, el cual necesariamente está relacionado a los fines preventivos de la pena, aunque cualquier exceso desnaturalizaría su objeto en relación a su propia justificación. De hecho, esto derivó no sólo a la tipificación de los delitos sino a la consiguiente prohibición de penas crueles, tal como lo prescribió el art. 9 de la Declaración de Virginia de 1776, y el art. 8 de la Declaración de 1789.

Pero tales expresiones del castigo, como particular contenido de lo proporcionado, sólo queda en **la escala y su individualización**, y en esa expresión se cuantifica el castigo, pero lo cierto es que éste no se valora dentro de los términos de la proporción, existiendo sólo la relación delito-escala, sin que el castigo sea valorado en su relación de proporcionalidad conforme al modo en que es ejecutado.⁽⁹⁾

Esto lleva a la primera hipótesis: si el castigo supera la medida que le dio origen como pauta de la deseada proporción, el derecho no se haría cargo de

(6) BECCARIA, C., *op. cit.*, p. 79.

(7) CARRARA, F., *op. cit.*, p. 88.

(8) “Llamaremos pues a una pena económica cuando produce el efecto deseado con el menor sufrimiento posible; y diremos que es demasiado costosa cuando causa un mal mayor que el correspondiente al bien o cuando se podría obtener éste con una pena inferior y eso es un acto de prodigalidad”. BENTHAM, J., *Teoría de las penas y las recompensas*, París, Masson e hijos, 1826, t. I, p. 21.

(9) Como lo denunciara Giavonni Bovio, esa proporcionalidad resultaría falsa si una de sus proporciones no estuviera sujeta a la calidad del castigo aplicado, pues de ser la gravedad del delito lo que determina el castigo, no habrá proporción posible al no valorarse uno de los términos. Véase BOVIO, G., *Saggio critico del diritto penale*, Milán, 1902; MESSUTI, A., “Delito, pena, tiempo: una proporción imposible”, en *Revista Ultima Ratio*, San Pablo, Lumen Juris Editora, 2006.

ello, pese a prohibirse tratos crueles, al no preverse ninguna consecuencia durante la etapa posterior a la determinación de la pena. Un sistema dogmático que se transfirió a la universalidad de una práctica jurídica excluye el contenido del castigo a la redefinición cuantitativa por más que éste no se ejecute conforme a la medida de valor por el cual se habilitó legítimamente.

Conforme a este modelo, la medida de castigo sólo se terminó dimensionando en forma abstracta en un único acto que es la sentencia, desdibujando toda vinculación entre la identidad que esa cantidad demostrara con la calidad del castigo aplicado durante ese transcurso temporal.

3 |

Entendemos que esta negación ha sido una de las máximas expresiones de la racionalidad definida en la conservación que el propio derecho define en violencia legítima, cuyo origen no es otro que la venganza.⁽¹⁰⁾ El orden del derecho fue la condición de su posibilidad al permitir la legitimidad de la violencia física, cuando a la vez se define contra los castigos crueles.

Benjamin fue quien en 1921 problematizó en su texto "Zur Kritik der Gewalt" la relación del derecho como límite del poder violento o punitivo, como algo más que la violencia que funda el derecho, lo que puede significar también la dominación o la soberanía del poder legal, la autoridad autorizadora o autorizada, o fuerza de ley, como lo llamara luego Derrida, quien advirtió "la violencia no es exterior al orden del derecho; amenaza al derecho en el interior del derecho".⁽¹¹⁾

En ese interior, la formación cuantitativa del sistema represivo ha tenido la particularidad de traducir la cantidad de castigo en tiempo lineal de privación de libertad, a la vez que llevó a anular toda expresión del castigo

(10) *Strafe y Rache*, pena y venganza, son una misma cosa frente al tiempo y a su fue, que ya la voluntad no puede hacer que no haya sido, explica Zaffaroni. En este sentido, refiere: "nuestra modernidad buscó la racionalidad de la pena con el tiempo, traduciéndola en tiempo. *Strafe*, *Rache* y *Zeit*, la misma cosa: pena, venganza y tiempo, palabras enredadas en una misma idea oculta en varias máscaras semánticas que explotan en casi idéntico sonido: *geracht* y *gerecht* vengado y justo", ZAFFARONI, E. R., "¡Qué pena!", en *Fascículos de Ciências Penais*, año 5, v. 5, n° 3, Porto Alegre, Sergio Ernesto Fabris, 1992, p. 128.

(11) DERRIDA, J., *Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad*, Madrid, Tecnos, 2002, p. 16.

arbitrario, lo que permitió hasta la actualidad que esta mensura deje de ser inteligible en la ejecución punitiva.

Sin dudas, esta crítica remite en su máxima expresión a la obra de Foucault, más específicamente, a lo que él denominara “benignidad de las penas”. Foucault consideró que dicho sistema no ha resultado menos violento, pues de lo que se trataba era de no castigar menos, sino mejor; castigar con severidad atenuada, quizá, pero para castigar con más universalidad y necesidad, se debía introducir el poder de castigar más profundamente en el cuerpo social.⁽¹²⁾ La severidad se muestra más atenuada no necesariamente en relación a la cantidad de castigo aplicado sino a su regulación en la previsión, en la exactitud del tiempo. Esta penalidad suavizada se articula a través de la relación que la **medida** tiene respecto de la **humanidad**, aunque una y otra tienen una relación dudosa, lo que Foucault denominara como una **enigmática benignidad**.⁽¹³⁾

Confirma la primera hipótesis que la certidumbre y la previsión, más que la exclusión de tratos crueles, ha sido lo que definió esta racionalidad punitiva.⁽¹⁴⁾ Se añade a ella una segunda hipótesis: desde la inauguración de este proceso, la prisión se ha convertido en la expresión legítima de la privación de libertad, y el castigo se representa como la cantidad **en tiempo** de esa privación y no de aquellas otras que exceden lo legítimo cuando se castiga arbitrariamente.

Esto no es sólo una expresión de nuestro tiempo ante la evidente pérdida de toda pretensión correccionalista y ante la definición de los sistemas punitivos mediante estrategias de control y gestión de los riesgos,⁽¹⁵⁾ sino que ya las indagaciones de John Howard, en 1777, en su etnografía sobre las prisiones inglesas, galesas, escocesas e irlandesas,⁽¹⁶⁾ y luego Alexis

(12) FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*, Bs. As., Siglo XXI editores, 2008 [1975], p. 95.

(13) *Ibid.*, p. 87.

(14) COSTA, P., *Il progetto giuridico*, Giuffrè, 1974, p. 223.

(15) DELEUZE, G., *Conversaciones*, Valencia, Pre-textos, 1995; GARLAND, D., *Las sociedades de control*, Barcelona, Gedisa, 2012 [2001].

(16) HOWARD, J., *El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales*, México DF, Fondo de Cultura Económica, 2003 (1777).

de Tocqueville, en su estudio acerca de las prisiones estadounidenses,⁽¹⁷⁾ explicaban que las penas en la prisión perdían todo signo de proporcionalidad. Luego, el anarquista Piotr Kropotkin —en 1887— explicaba en su famoso texto “Las Prisiones” en qué consistían los tenebrosos regímenes carcelarios en Rusia y Francia tras padecer entre 1873 y 1876 su propia prisionización en las cárceles de Fortaleza San Pedro y San Pablo y San Petersburgo y luego, en 1886, en la prisión de Clairvaux en Lyon, Francia. En nuestro país, inclusive, el propio Pietro Gori quedó horrorizado percibiendo las condiciones del penal de Sierra Chica a fines del siglo XIX,⁽¹⁸⁾ aunque también bastantes estudios permitieron aseverar ya en esos tiempos la crisis penitenciaria como aspecto natural de la prisión.⁽¹⁹⁾

Rusche y Kirchheimer explicaron que las teorías jurídico penales producto del derecho penal ilustrado “no sólo han contribuido escasamente a dilucidar la problemática socio-histórica de los métodos punitivos, sino que han ejercido una influencia negativa sobre aquella, en tanto han considerado la pena como una entidad eterna e inmutable”.⁽²⁰⁾ En este sentido es que proponían “despojar a las instituciones sociales dedicadas a la ejecución de las penas de su velos ideológicos y apariencias jurídicas y descubrirlas en sus relaciones reales”.⁽²¹⁾

En esta línea, no fue menor el trabajo que luego realizara Gresham Sykes en su libro *The Society of Cautives*, en el que encaró una descripción y un análisis de los “padecimientos” del encarcelamiento como algo más gra-

(17) DE TOCQUEVILLE, A.; DE BEAUMONT, G., *On the Penitentiary System in the United States and its Application in France*, Chicago, Vail-Ballou Press, 1964 (1833).

(18) GORI, P., “Visita al penal de Sierra Chica en 1899”, en *Revista La Antorcha*, Bs. As., 1925.

(19) ASPELL DE YANZI FERREIRA, M., “La visita de cárcel en Córdoba del Tucumán. Siglo XVIII”, en *Revista del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Actas y estudios IV, Bs. As., 1996, pp. 323/334; BERNAL GÓMEZ, B., “Un aspecto más del régimen carcelario novohispano: la visita de cárcel”, en *Poder y presión fiscal en la América Española (siglos XVI, XVII y XVIII)*, Universidad de Valladolid, 1986; FRAILE, P., *Un espacio para castigar: la cárcel y la ciencia penitenciaria en España (siglos XVIII-XIX)*, Barcelona, del Serbal, 1987; GARCÍA RAMÍREZ, S., “El sistema penitenciario. Siglos XIX y XX”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XXXII, 95, México DF, 1999; GARCÍA BASALO, C., “La situación carcelaria de la Provincia de Santa Fe en 1877”, en *Revista Penal Penitenciaria*, 1965, pp. 77/95.

(20) RUSCHE, G. y KIRCHHEIMER, O., *Pena y Estructura Social*, 2ª ed., Bogotá, Temis, 2004 [1939].

(21) *Ibid.*

ve que la forma obvia de privación de libertad,⁽²²⁾ pero lo cierto es que no tenemos en la actualidad una sistemática jurídico penal que esté dirigida a regular estas variables relacionadas entre la cantidad de castigo que se mide y se fija y aquel finalmente aplicado por la institución penitenciaria.

Sin embargo, aún no se ha trabajado suficientemente en los resultados prácticos que el sistema de límites que imponen los tratados internacionales de derechos humanos debería tener en el derecho interno cuando se ejecuta el castigo en forma más gravosa que la medida impuesta. Principalmente, una de las principales limitaciones de la doctrina ha sido vincularse exclusivamente con las manifestaciones formales de la ley, sin advertir que la violencia de la punición la excede en todo sentido. Nuevamente, la conservación de la violencia legítima, el orden del derecho mismo.

Resulta irrefutable por genealogía histórica que toda contención limitada al aspecto formal de la legislación es insuficiente. En la ejecución de la pena, esta reducción asume características más elocuentes ante la disparidad abismal entre el ejercicio de poder programado del legislador y la capacidad operativa de la agencia penitenciaria. La complementación de la interpretación de la ley formal con frontera de contenido (materiales) debe ser ensayable asumiendo el dato de realidad de las características estructurales del ejercicio del poder punitivo penitenciario para que desde allí adquieran toda su dimensión los límites derivados de la legalidad constitucional.

Esto no sería otra cosa que una contraofensiva teórica si tenemos en cuenta que los saberes relativos a la cuantificación punitiva de principios del siglo XX, y aquellos que iniciaron el derecho de ejecución penal —o más bien, del llamado derecho penitenciario o ciencia penitenciaria—,⁽²³⁾ fueron producto de saberes autónomos no sólo entre sí, sino también con

(22) Este trabajo fue retomado recientemente por Megan Confort para develar los alcances de la prisionización secundaria que experimentan las mujeres familiares de presos en la cárcel de San Quintín, California. CONFORT, M., "En el tubo de San Quintín: 'prisionización secundaria' de las mujeres que visitan a los reclusos", en *Cuadernos de Estudios sobre el Sistema Penal y los Derechos Humanos*, año 1, n° 1, Bs. As., 2010, pp. 23/38.

(23) Se destaca, en América Latina, el trabajo pionero de CHAVES, J. *Sciencia Penitenciária*, Clássica, Lisboa, 1912.

relación a la manifestación real que la prisión adquiere sobre los derechos de la persona durante el tiempo de la condena.⁽²⁴⁾

Saileilles, en 1898, sostuvo la idea original de “individualización” de la pena —*sentencing*, para el derecho anglosajón—, como proceso que se desarrolla compartidamente entre la agencia legislativa, la judicial y penitenciaria, concibiendo a ésta como aquella institución administrativa cuyo encargo exclusivo es la ejecución.⁽²⁵⁾ Desde Dolcini y von Hirsch a Demetrio Crespo, el saber relativo a la cuantificación punitiva no se extendió de una regulación que ampliara su objeto a la ejecución penal, sino que la regulación estricta de la medida de pena fue siempre percibida independientemente de lo carcelario.

Por otro lado, la autonomía científica del derecho penitenciario, ya sostenida por Montesinos entre 1835 y 1850, afianzada luego en el siglo XX⁽²⁶⁾ y seguida en nuestro país por Marcó del Pont y García Basalo, tuvo total afinidad con la criminología positivista sujeta en la terapéutica correccional del delincuente como principal objetivo del sistema penitenciario.⁽²⁷⁾ Sin embargo, Manuel de Rivacoba fue uno de los primeros en criticar esta autonomía,⁽²⁸⁾ lo que sobre todo permitiera que la ordenación administra-

(24) LUDER, I., *La reforma penitenciaria en la reforma constitucional*, La Plata, 1952; BERNARDI, H. y PESAGNO, R., *Temas de penología y de ciencia penitenciaria*, Perrot, Bs. As., 1955; NEUMAN, E., *Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes carcelarios*, Bs. As., Pannedille, 1971; MARCÓ DEL PONT, L., *Penología y sistemas carcelarios*, Bs. As., Depalma, 1974; GARCÍA BASALO, J. C., *Algunas tendencias actuales de la ciencia penitenciaria*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1970; y *El régimen penitenciario argentino*, Bs. As., Librería del Jurista, 1975.

(25) SAILELLES, R., *L'individualisation de la peine*, Paris, 1898.

(26) KRIEGSMANN, N., *Preceptiva penitenciaria*, (trad. Bances, R.), Imprenta de Alrededor del Mundo, Madrid, 1917; NOVELLI, G., “L'autonomía del Diritto penitenziario”, en *Revista di Diritto Penitenziario*, año IV, 1933; PLAWSKY, S., *Droit pénitentiaire* Lille, Université de Lille III, 1977. En nuestro país, véase particularmente GAMBIER, B., y ROSSI, A., *Derecho administrativo penitenciario*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2000.

(27) MARCHIORI, H., *El estudio del delincuente. Tratamiento penitenciario*, México, Porrúa, 1981. Actualmente, véase DOMÍNGUEZ, D. A., *La fuerza de la libertad. Pasado, actualidad y futuro de las cárceles para una política criminal preventiva*, La Plata, Universidad Católica de La Plata, 2004, entre otros.

(28) “Como el delito reclama la pena y ésta lo supone y es ininteligible sin él, de modo que ambos se complementan y se constituyen en los dos objetos esenciales de una normatividad única y de la ciencia que la estudie, la ejecución no puede pertenecer a ninguna rama que no sea la de la pena, que es la misma que la del delito, el Derecho criminal o penal (...) en resumen, que en un examen atento y detenido de la cuestión no se justifica ni un Derecho de

tiva de la institución penitenciaria se confundiera como saber penal que completara todo el horizonte de comprensión de la ejecución de la pena, situación que colaboró con que todas aquellas categorías conceptuales integrantes del sistema de filtros de la punición arbitraria a través de la teoría del delito, quedara sin contenido en la etapa donde con mayor crueldad se manifiesta el poder punitivo.

El llamado derecho de ejecución penal sólo fue objeto de análisis relacionado a la programación normativa que únicamente revelara las consecuencias relativas a una manifestación formal del castigo.⁽²⁹⁾ Ello tuvo principal hábito con la idea de progresividad del régimen carcelario al definir en la primera parte del siglo XIX un proceso cognitivo que racionaliza el tiempo de prisión de **modo independiente** a las condiciones reales que tienen los presos y presas de poder acceder a la realización plena de sus derechos, mientras que también ha definido un sistema de premios encaminado a provocar comportamientos conformes, actualizando los estados de docilidad de los condenados durante la condenada, cuando dependerán de los guarismos de clasificación que la autoridad penitenciaria realiza al analizar su comportamiento.⁽³⁰⁾

Si bien dicho régimen, luego del fracaso del sistema filadélfico y de Auburn, inaugurará para los presos australianos (en el caso de Maconochie), irlandeses (para Crofton) y españoles (Montesinos) la perspectiva de buscar la docilidad en el trabajo cuyo rendimiento les permitiera avanzar en un sistema de etapas hacia su reintegración al medio social,

.....
ejecución penal, o de las penas, ni, menos, un Derecho penitenciario". RIVACOBIA y RIVACOBIA, M., "El derecho de ejecución de las penas y su enseñanza", en *Revista Penal-Penitenciaria de Santa Fe*, 3-4, 1965, p. 123.

(29) MAPPELLI CAFFARENA, B., "Sistema progresivo y tratamiento", en *Lecciones de Derecho Penitenciario*, Universidad de Alcalá de Henares, 1985; GONZÁLEZ CANO, M., *La ejecución de la pena privativa de libertad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994; SALT, M., "Los derechos fundamentales de los reclusos en Argentina", en Rivera Beiras y Salt (eds.) *Los derechos fundamentales de los reclusos en Argentina y España*, Bs. As., Del Puerto 1999; CESANO, J. L., *Derecho penitenciario: aproximaciones a sus fundamentos*, Córdoba, Alveroni Ediciones, 2007, entre otros.

(30) PAVARINI, M., "La negociabilidad de la pena. Entre la parsimonia y el despilfarro represivo", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, n° 1, Bs. As., Ad-Hoc, 2002.

a partir de la ley 11.883 en nuestro país,⁽³¹⁾ la matriz normativa programó todo el sistema desde la base de un tratamiento personal tan inexistente como de dudosa calidad para aquellos pocos que logran obtenerlo como **beneficios** en la prisión.

Las condiciones de aminoración punitiva de la pena vienen a estar representadas por el saber penitenciario, tanto en sus condiciones sancionatorias como criminológicas, representando al castigo en una línea temporal evolutiva que, de acuerdo al guarismo alcanzado y el dictamen favorable obtenido por parte de la administración, le permitirá al condenado avanzar hacia otros regímenes que importan una menor restricción de su libertad personal.

El tiempo tras la sentencia ya no sólo es privación temporal de libertad, sino la expresión de utilidad del encierro, de todo lo aprovechable para obtener puntaje de acuerdo a los guarismos de clasificación. Es la meta resocializadora lo que se juzga en la práctica jurídica como aquello alcanzado o no por parte del sujeto sin discurrir sobre la función de lo carcelario sobre él.

De esta forma, en el orden legítimo de la violencia que conserva el derecho, el tiempo de prisión como valor principal del contenido de la pena se escinde de las condiciones del espacio y representa en la realidad otras condiciones que no se asemejan incluso a lo prescripto en la ley. Por ejemplo, y siguiendo con el sistema progresivo, el nivel de conflictos en una unidad penitenciaria nunca permitirá a la persona privada de libertad alcanzar determinado guarismo de conducta o mantenerla. Lo cierto es que, entonces, en términos de atenuación o reducción temporal de la privación de libertad, **sólo tiene consecuencias jurídicas aquel proceso temporal sujeto a la realización de derechos, de acuerdo al acceso que la persona condenada tenga sobre dichos medios, pero no las privaciones de los mismos.**

El tiempo es, para la ley, una noción ajena de aquel trato punitivo que genera la afectación de derechos y dicho sistema está expresado en la idea de progresividad como manifestación legítima del poder punitivo carce-

(31) En nuestro país, el 21 de agosto de 1917 al fundar Rodolfo Moreno (h.) el despacho de la comisión acerca del código penal, expresaba "Es necesario que se dicte la ley carcelaria, una ley en la que se establezca el régimen de la penalidad en primer término, pero el régimen de la penalidad en toda la República y bajo el sistema progresivo". Cámara de Diputados de la Nación, Legislación penal y carcelaria, Proyectos presentados por el Sr. Diputado Rodolfo Moreno (h.), Bs. As., 1922, p. 16.

lario, la que regula todos los casos, exponiéndose como una especie de meritocracia a cargo del condenado, dependiendo de su propia voluntad el logro de ciertos **beneficios**.

4 |

Durante los últimos cincuenta años la individualización de la pena en la etapa de ejecución permaneció sujeta a un desvirtuado modelo progresivo de castigo en tanto perdiera su carácter objetivo definido en la terapia del trabajo, la instrucción y la disciplina,⁽³²⁾ para estar condicionado y convertirse en una técnica de control de las poblaciones carcelarias mediante las estrategias de sujeción que se definen en la determinación de los guarismos de clasificación y la definición de pronósticos sobre la personalidad del condenado y su reinserción social.

No vamos a obviar que este sistema actualmente goza de una cobertura formal que define su constitucionalidad en el art. 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, pese a que la mayoría de los presos liberados no experimentan reinserción sino circulación continua entre la cárcel y los barrios desposeídos de los que provienen, siempre administrados por el campo burocrático penal y la selectividad policial.

Pero hay que reconocer que el intento de un concepto crítico de reinserción social del condenado, tal como proponía Baratta hace veinte años,⁽³³⁾ no ha tenido ningún tipo de asidero en la práctica jurídica, cuando ésta se define a través del saber criminológico oficial de la institución penitenciaria, en la que el entrenamiento del personal continúa basado en la idea de peligrosidad.⁽³⁴⁾ Tampoco es posible alzarse con pretensiones teóricas definidas en las intervenciones de los condenados que el sistema penitencia-

.....

(32) PETTINATO, R., *Acción penitenciaria*, Bs. As., 1947, p. 62.

(33) BARATTA, A., "Reinserción o control social. Por un concepto crítico de 'reintegración social' del condenado", ponencia presentada en el Seminario de "Criminología crítica y sistema penal", Lima, 17 al 21 de septiembre de 1990.

(34) SLOKAR, A., "Pasado y futuro del penitenciarismo en la Argentina", en *Abogados*, n° 71, 2003, p. 23.

rio no alcanza a la generalidad de la población, abandonándose cualquier concepción resocializadora.⁽³⁵⁾

La estrategia metodológica debe ser otra, no apegada a las directivas de trato que en lo formal regulan las legislaciones, sino dirigida en la **comprensión de todas las variantes cualitativas del trato punitivo** que se define por las particularidades del funcionamiento de cada prisión, empoderando allí todo el sistema de prohibición de tratos crueles, inhumanos y/o degradantes, obligando a compatibilizar las disposiciones legales y la medida de pena expresada en la sentencia como privación de libertad con este general enunciado constitucional que prohíbe sufrimientos más gravosos.

Ante el muy limitado espacio de las agencias jurídicas dentro del marco general del poder punitivo penitenciario, sumado a la característica general de homologación de toda aquella producción de conocimiento ejercida por la autoridad penitenciaria en el interior de los muros, se impone revertir estas relaciones proyectando un sistema que posibilite la realización progresiva y amplia de los principios limitadores del poder punitivo, aumentando el sistema de filtros sobre la pena arbitraria que hasta ahora sólo resultan sofisticados hasta la condena.

Como punto de partida debe comprenderse que el análisis legal de las manifestaciones cualitativas de la condena, expresada en la ley bajo los requisitos de guarismos de clasificación y dictámenes del servicio penitenciario, es sólo una parte del objeto del saber de la ejecución penal, que es la interpretación constitucional de la ley de ejecución penal,

(35) Sin hacer referencia a una actividad terapéutica sobre los condenados, según la SNEEP 2010, el 80% de los presos tuvo un trabajo de tiempo parcial o estaba desocupado antes de su detención, mientras que el 47% no tenía oficio ni profesión. Como contra parte resocializadora, en la cárcel sólo el 19% participó de algún programa de capacitación laboral y el 59% no tienen trabajo remunerado, el resto tienen trabajos parciales y mal remunerados, similares a las formas más precarizadas del mercado de trabajo. En cuanto al nivel de instrucción alcanzado antes de la detención, el 33% no tenía ningún estudio o tenía el primario incompleto, o sea que estamos ante analfabetos estructurales. El 40% sólo había completado el primario y un 16% no había completado el secundario. Estas cuatro categorías hacen un 89% de personas que están por debajo de lo que exige la ley en cuanto a educación formal. Como contra parte resocializadora en la cárcel, sólo el 34% participa en algún programa de educación formal, programas que además suelen tener una carga horaria disminuida y ser de aplicación irregular dadas las variadas restricciones de seguridad para acceder a los espacios de educación.

pero en modo alguno esto puede agotar todo el conocimiento sobre la materia.

Este abordaje debe ser ampliado y **su principal objeto debe estar ligado a un saber bifuncional entre la forma y cantidad de pena que habilitó la sentencia sobre cada condenado y aquel que se encuentra ejecutando**, siendo uno de los objetivos principales de la construcción sistemática la reducción del poder punitivo arbitrario en términos de tiempo mensurable atendiendo a la cantidad de excesos que la ejecución del castigo expresa sobre la medida en que fuera definida la pena legal objeto de la sentencia.

El punto de partida es que la pena definida en una cantidad de privación temporal de libertad sufre diferentes condiciones de maltrato físico y psicológico, el cual no puede ser excluido como cantidad de castigo, debiendo redefinirse un proceso de individualización y cuantificación de ese castigo durante la ejecución penal.⁽³⁶⁾ Hacemos posible así un saber penal relativo a la ejecución de la pena que no esté exclusivamente vinculado con la fracción del poder punitivo que se evidencia como reacción en el plano formal y legítimo de la violencia.

Es necesario un sistema donde sus componentes teóricos tengan la flexibilidad de disponerse al análisis de la estructuración de la política punitiva de cada prisión donde se desarrolla cada proceso temporal de la condena, sujeto a la distribución y administración de la población como de toda aquella materialidad escasa de medios disponibles en que se activan las complejas relaciones del espacio-prisión, lo que no sólo define el alcance de los derechos humanos de cada condenado sino también toda su trayectoria temporal, por lo que el tiempo de prisión resulta ser una categoría central en el sistema que proponemos.

Desde la comprensión de esta dinámica en el tiempo de condena es necesario un vínculo entre el castigo mensurable definido en abstracto en la sentencia y aquel que existencialmente se ejecuta, para extender el pro-

(36) Se destaca, entre nosotros, como uno de los pioneros trabajos al respecto SLOKAR, A., "Culpabilidad y pena: Trazos críticos sobre la cuantificación punitiva (por una indeterminación judicial relativa)", en *La ley*, año LXI, n° 224, 1997. Luego, ZAFFARONI, E. R., "Cronos y la aporía de la pena institucional", en AA.VV, *Liber ad honores Sergio García Ramírez*, México, UNAM, 1998, t. II, p. 1524.

ceso de la determinación de la pena en la etapa de la ejecución a través de la permanente redefinición cuantitativa del castigo en la duración de la condena. Es que así se define un sistema de filtros que sólo traducen como mensurable de aplicación aquel tiempo físico que sea el resultado de un tiempo de privación de libertad, resultando compensable a éste todo el exceso que depara los distintos trayectos de aplicación de tratos arbitrarios prohibidos constitucionalmente.

Sobre este horizonte de proyección cabe determinar el alcance de los principios que enarbolará el derecho penal moderno.

Este sistema no puede obviar el principal indicador del principio de legalidad ejecutiva **derivado en la prohibición que a quién cometa un delito se le aplique una pena más gravosa que la legalmente prevista en el acto de sentencia.**

La completividad del sistema debe abarcar, como originariamente sostendría Feuerbach,⁽³⁷⁾ la fórmula de legalidad constitucional expresada en *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege, nullum crimen sine poena legale*, pues es sobre estas premisas que permite adquirir funcionalidad la aplicación de los principios de proporcionalidad y doble punición, producto de una pena que se ejecuta en forma más gravosa de lo previsto, y de culpabilidad, producto de la falta de exigibilidad de todo contenido terapéutico de la condena ante las condiciones carcelarias impuestas, los cuales no pueden dejar de manifestar sus consecuencias sobre el régimen progresivo de la pena.

Se muestra de esta forma que una verdadera sistemática de la ejecución de la pena fundada en los principios de humanidad, mínima irracionalidad, proporcionalidad y prohibición de doble punición, excede en mucho el ámbito de la mera limitación cuantitativa definida en la sentencia.

5 |

Si lo mínimo que podemos exigir al Estado es la responsabilidad por un trato digno, tanto en el marco de las prestaciones positivas —trabajo, edu-

(37) FEUERBACH, A. V., *Tratado de derecho penal*, Bs. As., Hammurabi, 1989 [1801], p. 63.

cación, recreación, inserción en actividades culturales— como negativas —prevención de conflictos, seguridad personal—,⁽³⁸⁾ esto debe definir la punta del iceberg metodológico que permita atravesar una de los principales dispositivos de legitimidad que representa la racionalidad de la pena con el tiempo abstracto y lineal.

Es el trato digno que se representa en estándares objetivos que señala tanto las Reglas Mínimas como los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. La pena impuesta en la condena no puede superar este estándar objetivo que fija el derecho internacional de los derechos humanos.

Siendo así, **es necesario buscar en la noción de tiempo de prisión la indagación de si el trato punitivo ha superado o no esta medida.** Es decir, utilizamos el tiempo físico, una línea de duración para indagar las condiciones de trato opuesta a aquella que se definen formalmente, con el objeto de proceder a un sistema de individualización del exceso con relación a la medida de pena definida en abstracto o formalmente.

El tiempo físico de condena no es el tiempo de prisión precisamente. En nuestro sistema la noción de tiempo de prisión se distingue de la duración cronológica de la condena. Mientras que la primera se articula definiendo el trato punitivo aplicado durante un período, la duración es la identidad lineal que se independiza de las cualidades del trato. El tiempo cronológico está habitado por otros tiempos que hacen al trato punitivo. Nos referimos al tiempo propio de las privaciones causadas por un trato indigno: el tiempo sin alimentación adecuada, el tiempo en una celda hacinada, el tiempo privado de ver a su familia, el tiempo de lesiones a su integridad física, el tiempo de traslados. El tiempo de prisión comprende plazos temporales complejos, variaciones que son dinámicas en la intensidad del trato, que viene a definirse en la subjetividad de la vivencia como duración real atribuida a cada experiencia particular.⁽³⁹⁾

(38) Esta posición de garante que el Estado tiene durante la estancia en prisión de un ciudadano ha sido reiterada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay", 02/11/2004, párr. 152; "Caso los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú", 08/07/2004, párr. 98; "Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras", 07/06/2003, párr. 111; "Caso Bulacio vs. Argentina", 18/11/2003, párr. 138; "Caso Castillo Petruzzi vs. Perú", 30/05/1999, párr. 195, entre otros.

(39) MINKOWSKI, E., *El tiempo vivido*, México, Fondo de Cultura Económica, 1973, p. 130.

El fenómeno temporal en prisión se constituye en las relaciones de trato aplicadas durante la trayectoria cronológica. La característica principal de la prisión es que **el tiempo de prisión muta constantemente**; la mutación, que determina la pérdida de un derecho (alejamiento del vínculo familiar), la afectación gravosa (lesiones a la integridad física), la intensidad de una acción de fuerza (requisa, golpiza), la prolongación angustiante (falta de atención médica), entre otros ejemplos, es la expresión que adquiere el trato arbitrario durante el desarrollo del tiempo cronológico.

Por lo tanto, el tiempo de prisión es un modo de nombrar las características del trato aplicado, hace a la experiencia punitiva y, por ende, es la expresión de sus consecuencias ante diversas modulaciones como ritmos propios de los acontecimientos.⁽⁴⁰⁾ Así como el detenido no ejerce plenamente sus derechos sin un poder punitivo que actúe conforme la ley, tampoco vive en el tiempo sino temporalmente, en el marco de una experiencia que define las probabilidades del ejercicio de sus derechos.

La noción de tiempo de prisión es mucho más amplia que la noción abstracta que remite al tiempo cronológico.⁽⁴¹⁾ No es sólo en este tiempo que se fija un límite al poder punitivo, sino que cualitativamente la modificación de la condena por restricciones arbitrarias, también debe regularse como factor de contención y filtro mensurable.

Este proceso tiene como principal sentido implicar al saber jurídico penal la multiplicidad y contingencia de las prácticas punitivas con la intención de provocar un doble nivel de penetración. Por un lado, tomar la voz de los encarcelados como relato válido para develar las prácticas del sistema carcelario, aunque siempre posibilitando un corrimiento de posición a través de las nociones teóricas aplicadas, con respecto a las naturalizaciones

(40) TAYLOR, L. y COHEN, S., *Psychological survival. The experience of long term imprisonment*, Nueva York, Vintage Books, 1974; GOIFMAN, K., "Killing time in the Brazilian slammer", en *Ethnography*, vol. 3, n° 4, London, Sage Publications, 2002; CHANTRAINE, G., "La mécanique du temps vide. Structure sécuritaire et réactions individuelles au temps carcéral", en Kaminski D., y Kokoreff M. (eds.), *Sociologie pénale: système et expérience*, París, Erès, 2004, p. 257/271; СУХА, М., *El tiempo que no cesa. La erosión de la frontera carcelaria*, París, Rhuthmos, 2011.

(41) A diferencia del tiempo social, señala Giuseppe Mosconi "la prisión tiende a anular el espacio en el que los sujetos en el exterior pueden manipular a su favor las tensiones que caracterizan la relación entre tiempo social y tiempo subjetivo". MOSCONI, G., "Tiempo social y tiempo de cárcel", en Dobón y Rivera Beiras (coords.), *Secuestros Institucionales y Derechos Humanos: la cárcel y el manicomio como laberintos de obediencias fingidas*, Barcelona, M. J. Bosch, 1997, p. 93.

de los regímenes de vida y de violencia que naturalizan los propios presos. Por otro, irrumpir la colusión básica del discurso jurídico tradicional que oculta los diferentes procesos de violencia durante el encarcelamiento, permitiendo explicar las razones por las cuales su conocimiento es necesario para enfrentar la cosmovisión jurídica tradicional que atraviesa la noción lineal de tiempo de prisión.

Partiendo entonces del relevamiento de los tratos arbitrarios se constituye el dato fáctico del trato punitivo que, inevitablemente, se sitúa en el tiempo, en tanto que acontecen en algún momento fechado durante la coerción material. Es posible individualizar tantos tiempos susceptibles de tratos arbitrarios como puntos geográficos posibles puede tener la prisión en su topología, dando sentido al sistema de relaciones e intereses que están en juego en dicho campo.

El análisis de estos distintos acontecimientos acaecidos en la duración cronológica resulta ser el elemento principal para definir **en tiempo** la cantidad de poder punitivo aplicado sobre la hipótesis de que cada restricción más gravosa que la libertad ambulatoria supone una medida mayor valorable. Esta comprensión del registro corporal del tiempo permite dar sentido a múltiples acontecimientos que, en la actualidad, no tienen significación ni representación alguna en el proceso de cuantificación. No se trata de contar los días de encierro, sino comprender la implicancia que en éstos ha tenido el trato punitivo.

6 |

Desde lo antes descripto, **el tiempo de prisión deja de ser una noción externa y estática para la cuantificación y comienza a redefinirse en la ejecución de la pena mediante su individualización con el trato punitivo.**

Una vez identificado la calidad del trato punitivo en cada incidente de duración que sea objeto de evaluación, es necesario **traducir esos tratos arbitrarios a una cantidad de pena ilícita que fuera compensable a la pena formal** como resultado de la sentencia. Es decir, para trascender a la racionalidad moderna es necesario considerar posible la mensuración de todo castigo arbitrario que opera sobre aquel legítimo fijado en abstracto al momento de la sentencia y de este modo lograr variaciones en el siste-

ma progresivo que no esté únicamente otorgado a la legitimidad del saber penitenciario sino, por el contrario, a todo aquello que haya excedido esa cobertura simbólica de su discurso.

Partiendo de la comprensión de una medida cualitativa que expresa la cantidad de castigo sujeto al trato punitivo, se busca justamente tomar la regla constitucional de prohibición de penas crueles para sentar un sistema que permita definirse en la prohibición de igualar condenas que, en términos reales, resultan arbitrarias por la forma de su cumplimiento de otras que se expresan en un *quantum* de privación de libertad.

El sistema de ejecución de la pena toma de este modo un viraje conceptual al concebir que el tiempo mensurable de la sentencia varía en su ejecución punitiva y debe ser su individualización la característica principal con el objeto de determinar la compensación de todo exceso y su manifestación en el sistema —paradójicamente— progresivo.

Adquiere gran relevancia en este proceso dar un contenido real a los principios de proporcionalidad y prohibición de doble punición cuya aplicación se manifestará en el sistema progresivo que regula la ejecución penal. Se inaugura así un proceso de determinación de la pena durante su ejecución permitiendo redefinir la mensura del castigo fijado en la sentencia cuando la forma de cumplimiento ha superado el *quantum* de privación de libertad y la pena se ha manifestado ilícita.

Para ello, debe tomarse como indicador una unidad de respuesta punitiva ilícita, es decir, la comprensión de uno o varios hechos, que pueden caracterizarse por su intensidad (apuñalamiento), reiteración (traslados constantes) o prolongación (ausencia de atención médica), lo que viene a caracterizar el trato punitivo dentro de los incidentes de duración y forma que adquiere la condena.

Lo mensurable es una cantidad de poder punitivo arbitrario en sus diversas manifestaciones y por lo tanto, de acuerdo a cada suceso, tiene una variada influencia cuantitativa sobre la medida de privación de libertad. Para ello, el indicador que debe utilizarse resulta de la magnitud de los bienes jurídicos afectados por el trato punitivo. La manifestación ilícita será más compensable cuanto más importante sean los derechos afectados, y un derecho será más importante cuanto más insustituible sea. Pero también

será más punible cuando se haya dirigido a mayores números de lesiones jurídicas en el tiempo de prisión o cuanto mayor sea el número de derechos que con la misma se haya lesionado efectivamente.

La cualidad afflictiva es la categoría que este sistema diseña para ponderar esta cantidad arbitraria de castigo. Comprende toda la variabilidad de los hechos lesivos en el tiempo de prisión, permitiendo dar una unidad de respuesta sobre qué cantidad de pena deberá ser compensable. La ofensividad o severidad del trato (picana eléctrica o golpiza por varios penitenciarios), la reiteración de tratos inhumanos (encierro excesivo, ausencia de actividades productivas en el tiempo) y la trascendencia del castigo a los derechos de sus familiares (trascendencia punitiva), son tres criterios de determinación que permiten abarcar las diferentes prácticas punitivas del gobierno de la prisión.

De este modo, la cualidad afflictiva engloba en el tiempo de prisión diferentes lesiones que se traducen en afectaciones concretas de bienes jurídicos protegidos por la constitución. Desde aquí es que el marco compensatorio debe tener como punto de partida el marco penal aplicable al bien jurídico más afectado por el trato punitivo, aplicando el principio de absorción, y en caso de múltiples lesiones, deberá valorarse la incidencia aumentativa debiendo ser aplicable la escala de gravedad continua.

El principio de proporcionalidad, definido en la prohibición de un sufrimiento excesivo con la magnitud del hecho y la culpabilidad, como la prohibición de doble punición, encuentran entonces principal aplicación en el régimen progresivo cuando la determinación mensurable del castigo tenga en su finalidad una aminoración del tiempo físico de condena y, por lo tanto, un adelantamiento en la progresividad del régimen con independencia de los guarismos de clasificación y cualquier pronóstico de reinserción social.

7 |

Los lineamientos del sistema que este trabajo proyecta permita valorar la cantidad de castigo defina en la sentencia con relación a **cómo se manifiesta la medida de pena concretamente en el tiempo de prisión durante su ejecución**, con el particular cometido de trabajar con herramientas ju-

rídicas que tengan la capacidad cognitiva de vincularse al funcionamiento de las prácticas de encierro y así modificar las limitaciones que sólo remiten a las manifestaciones formales del poder punitivo mediante el régimen progresivo y la ilusión resocializadora.

Este trabajo es sólo un esbozo del proyecto de tesis posdoctoral. Luego de haber abordado en mi tesis doctoral el encarcelamiento y su cuantificación abstracta como pena al computarse el tiempo de prisión preventiva, se pretende ahora proyectar la continuidad de esa perspectiva lineal y abstracta del tiempo de prisión luego de la sentencia. Una y otra son tesis en permanente construcción que operan en una sistemática cuyo horizonte está proyectado sobre la práctica jurídica, procurando una interpretación constitucional de aquellas incidencias cualitativas que caracterizan la pena que se ejecuta en prisión, resultando de improbable rigidez un *quantum* de privación de libertad por ser la prisión su principal refutación.

Los sufrimientos prohibidos, muchos de éstos desproporcionados por respecto de la magnitud de lesión del hecho objeto de condena, y asimismo no equivalentes a la cantidad definida de castigo, caracterizan una pena lícita en origen que luego deviene ilícita en su ejercicio. Estas modificaciones alteran la medida legal y típica del castigo representado en tiempo de privación de libertad. El sistema propuesto da significado a estos excesos cuando no son otra cosa que la pena misma, pero en su vertiente ilícita.

Insistimos en que la coerción pública debe seguir teniendo un límite que no puede ser establecido de antemano en la sentencia, cuando ésta es sólo una proyección del sufrimiento pautado y es su ejecución que lo define en su contenido.⁽⁴²⁾ Si esto es lo que regula los principios de debido trato, reinserción social y prohibición de crueldad por parte del derecho internacional, es el saber de la ejecución penal que debe definirse sobre el trato concreto y su correspondencia con aquella medida determinada.

Lo que resta debatir está dado por las connotaciones que las variaciones mensurables de la condena puedan tener sobre el régimen progresivo, invirtiendo así los dispositivos de legitimidad que hasta hoy vienen representando a la prisión aislada de sus prácticas punitivas. Será éste nuestro objetivo en futuras presentaciones.

.....

(42) ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, *op. cit.*, p. 172.

Consecuencias de la videoconferencia en las políticas penitenciarias locales

por **CARMEN BEATRIZ VIALE**⁽¹⁾

En este trabajo trataré las experiencias obtenidas en el Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 4 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires —en adelante, CABA— en cuanto a la implementación de la videoconferencia en el ámbito de la ejecución penal y sus consecuencias en las políticas penitenciarias locales como herramienta en pos de la humanización de la ejecución de la pena privativa de la libertad.

Un somero análisis de la situación del fuero permite notar que los juzgados de ejecución penal mantienen su jurisdicción en la Capital Federal y es su función el control de los establecimientos penitenciarios, los cuales dependen del Servicio Penitenciario Federal — en adelante, SPF— y están distribuidos por toda la geografía continental. Obviamente, la distancia existente dificulta la labor de los mismos.

Los detenidos a disposición de la justicia de ejecución lo son en virtud de delitos cometidos dentro de CABA y suelen integrar las franjas más vulnerables de la población y desde su institucionalización se justifica su desarraigo y su alojamiento en cárceles lejanas al domicilio de origen.

.....

(1) Abogada. Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 4 (ex 2), CABA.

En efecto, las unidades penales cercanas a la CABA son de tránsito y resultan susceptibles de sufrir las consecuencias de la superpoblación penitenciaria.

Por ende, es fácil imaginar las dificultades que padecen tanto el interno como su círculo familiar para poder ver al primero. En este contexto, para la mayoría de la población carcelaria, la visita es una utopía debido a las grandes distancias entre el lugar de residencia del detenido y el de su alojamiento. Esto dificulta el mantenimiento de los vínculos preexistentes del interno y constituye un riesgo para su posterior reinserción social, pues la familia es un factor fundamental e indispensable para lograrla.

Bajo esos parámetros, el SPF funciona con costosas erogaciones y hace frente a innumerables inconvenientes, mientras el Poder Judicial y los ministerios públicos sacrifican inmediatez y celeridad.

En este contexto, la videoconferencia —en adelante, VC— ayuda a superar las problemáticas crónicas del fuero y su aplicación es el resultado de la inversión previa realizada a partir del año 2007 por la CSJN en pos de la incorporación de nuevas tecnologías y criterios de gestión de las causas, lo que actualmente está permitiendo la instauración del expediente electrónico.⁽²⁾

I | Videoconferencia: aproximación a los resultados obtenidos

I.1 | Mejorías en las relaciones vinculares del interno

Retomando el tema de los problemas del aislamiento que padecen los internos, debemos tener presente que la situación de detención acarrea las secuelas del encierro, afectando sus relaciones interpersonales.

(2) Asimismo, fue necesario instalar un software de base de datos, es decir, un programa que almacena, recupera y modifica información a petición de los usuarios. Obviamente, todo ello implicó la incorporación de nuevas tecnologías, que a la postre también han permitido, en mi ámbito laboral, la mencionada incorporación de la videoconferencia en la gestión judicial, lo cual está permitiendo el control dinámico desde el año 2011 de los legajos con personas detenidas.

Pero, ¿qué son las relaciones interpersonales? La definición más simple, y quizás también la más generalizada y común es la de referirnos a las relaciones interpersonales como la interacción recíproca entre dos o más personas⁽³⁾ y son esenciales en el ser humano que nace biológicamente incapacitado para valerse por sí mismo, requiriendo de las atenciones de los adultos hasta la propia adultez.

Son precisamente las relaciones interpersonales las que nos permiten crecer como individuos, respetando la forma de ser de los demás sin dejar de ser uno mismo. Las primeras relaciones interpersonales tienen lugar en el contexto familiar y gracias a ellas la persona va construyendo su idioma, su identidad, su sociabilidad y su comportamiento, ya que va adquiriendo creencias y hábitos conductuales que posteriormente son difícilmente sustituibles.

Resulta evidente que, si en un ámbito de libertad estas son un aspecto imprescindible y preocupante de los seres humanos porque necesitamos del contacto con los otros para aprender a ser personas y a convivir en sociedad, justamente su ausencia pondrá en crisis la futura resocialización, motivo por el cual el sistema político criminal debe proteger este aspecto.

Desde este punto de vista, es ampliamente conocido que la pena privativa de la libertad afecta la salud del detenido, salud entendida como el "estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de enfermedad o dolencia..." (OMS), y bajo ese concepto es que los juzgados de ejecución penal velan por la salud de los internos.⁽⁴⁾

Empero, la detención prolongada de las personas provoca, tal como enseña Julio B. J. Maier "... el llamado proceso de 'prisionización', que no solo incapacita en mayor o menor medida al condenado para su vida posterior en libertad, sino que también le provoca cierto deterioro físico, mental y social que puede provenir de la internación excesiva en un establecimien-

(3) GARCÍA CORONADO, NAYALI, "Las TICS como sustituto de las relaciones personales", Facultad de Psicología, Benemérita Universidad de Puebla, Materia DHTIC [en línea], <http://nayelidhtics.blogspot.com.ar/2013/04/las-tics-como-sustituto-de-las.html#!/2013/04/las-tics-como-sustituto-de-las.html>, consultado el 27/04/2013.

(4) Obviamente, esta filosofía humanitaria concuerda con las directivas del art. 18 CN y los tratados internacionales en función de la reforma instaurada en el año 1994.

to carcelario (...), y en cierta medida sus consecuencias se trasladan a las personas cercanas al condenado".⁽⁵⁾

De este tema se han ocupado diversos autores, entre ellos Hilde Kaufmann,⁽⁶⁾ quien menciona que "a la humanización se adscribe también la estructuración del contacto con la familia, estimulando la correspondencia, las visitas, etc.". Actualmente, la videoconferencia presenta nuevas soluciones y aunque no es integral es una ayuda para preservar sus vínculos y su salud el contexto del encierro, beneficiando también a sus allegados.

La experiencia obtenida permite observar que, aun dentro de las limitaciones del contacto virtual, se salvaguardan los vínculos, y según los datos brindados por la Dirección de Asistencia Social del Servicio Penitenciario Federal, se ha notado el cambio beneficioso de carácter que experimentan los internos, pues al poder mantener un contacto más fluido con sus familiares se sienten más contenidos, calmos y sufren menos el stress producido por el aislamiento social que implica cumplir la pena de prisión.

Es así cómo esto incide favorablemente en el tratamiento penitenciario que recibe, experimentándose en algunos casos la beneficiosa mejoría de su conducta habitual.

Además, les ahorra a los familiares los onerosos viajes al interior del país y fundamentalmente favorece y consolida el acercamiento familiar. Tanto es así que, según lo informado, existe la intención de ampliar los puestos de videoconferencias instaladas al presente,⁽⁷⁾ como así también extender los ubicados en las Unidades 6, 7, 9 y 15. También se encuentra en estudio la posibilidad de establecer este tipo de contacto interpenal entre internos familiares.

.....

(5) MAIER, JULIO B. J., "I - Fundamentos", en *Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., Bs. As., Editores del Puerto, 2004, p. 372.

(6) Ver KAUFMANN, HILDE, "Principios para la reforma de la ejecución penal" en EDWARDS, CARLOS E. "Ejecución de la pena privativa de la libertad. Comentario exegético de la ley 24.660", 1ª ed., Bs. As., Astrea, 2007, p. 3.

(7) Cubículos cerrados ubicados en un edificio del SPF sito en esta ciudad, y tienen la tecnología y la infraestructura necesaria para asegurar al interno y su visita el derecho a la privacidad.

Ciertamente, la aplicación de la videoconferencia es un recurso informático que alivia la ejecución de la pena de prisión, humanizándola y haciéndola más funcional a la anhelada reinserción social del interno, mientras que, por otra parte, muestra que también coadyuva al mantenimiento del orden y, por ende, de la seguridad estatal dentro del establecimiento.

En este contexto, se observa cómo la ejecución de la sanción se está adaptando a los avances tecnológicos, produciéndose cambios en la ejecución de la pena de prisión, pues aquellos atenúan la mortificación inherente a la misma, preservando la salud de los internos —bien jurídico protegido por el art. 18 de nuestra Carta Magna—.

Así las cosas, y para obtener la anhelada humanización de la pena de prisión, su ejecución debe adecuarse a los beneficios que brinda, en cada época, el avance de los recursos tecnológicos que produce nuestra cultura.

Desde el punto de vista jurídico, la VC le asegura al interno el derecho a ser oído inmediatamente por su juez natural y también por su defensor. El juez cuenta durante la audiencia con la asistencia permanente del Actuario. Las videoconferencias son realizadas a solicitud del interno, salvo cuestiones de emergencia, caso en el que se lo traslada inmediatamente.

Desde el punto de vista de la garantía de defensa en juicio, le permite al Defensor estar anoticiado de las circunstancias que atraviesa su defendido y pedir las medidas correspondientes, velando por su efectiva defensa material.⁽⁸⁾

En este contexto, la videoconferencia no solo soluciona el problema de las distancias, sino que también implica la materialización del principio de economía procesal, que le permite tanto al juez como al defensor instrumentar directivas y peticiones propias de sus roles.

(8) A modo de ejemplo, cabe mencionar que en el ámbito del Juzgado donde presto servicios, el Dr. Peluzzi le ha facilitado a la Defensoría Oficial su despacho para que, con la privacidad necesaria, pueda cumplir adecuadamente su misión.

También ha resultado ser una medida ágil y económica, que aprovecha la infraestructura existente, superando la dificultad que implica la ausencia de una alcaidía y los costosos traslados.

De frente al futuro, se estima que las ventajas brindadas por la VC serán aprovechadas por los otros operadores del sistema político criminal, permitiendo agilizar y resolver cuestiones que son propias de la ejecución de la pena. Incluso, facilitará la interposición de los recursos y acciones a que hubiere lugar en tiempo real y *online*, cuestiones operativas que han sido implementadas en otras regiones del globo.

1.2 | Observaciones finales

En definitiva, se observa que:

- Permitió a los alojados en las Unidades Penitenciarias 6, 7, 9 y 15, incrementar el contacto familiar.
- También brindó la posibilidad de afianzar la resocialización perseguida y disminuir la conflictividad social de las cárceles.
- Mejoró la calidad de la administración de justicia, pues brinda la celeridad procesal y asegura la inmediatez, la defensa en juicio y el debido proceso penal.

El empleo de la videoconferencia mejoró las condiciones de trabajo en el fuero de ejecución penal, pues coadyuva al régimen de visitas funcionales ante las Unidades Penitenciarias —semestral—.

En la actualidad se desarrollan, aproximadamente, 10 videoconferencias semanales con el juez, lo cual permite agilizar la gestión de las causas con detenidos (1200 legajos), dinamizando el control de las unidades penitenciarias (12 de las cuales se encuentran a más de 1000 km del asiento del Juzgado).

Quizás este dato parezca aún exiguo, empero ello no es así, pues anualmente se realizan en promedio unos 18 viajes y visitas funcionales a las unidades penitenciarias.

Si bien el sistema de gestión de la videoconferencia esta en evolución y se han implementado algunas medidas para asegurar la intimidad necesaria de los interlocutores, resta perfeccionar estos extremos.

IMAGEN 1:



Videoconferencia: El Dr. Marcelo A. Peluzzi, magistrado a cargo del Juzgado de Ejecución Penal N° 2, le toma audiencia a un interno con la asistencia del Sr. Actuario, Dr. Martín Francisco Aberasturi.

Reflexiones sobre el tratamiento penitenciario

por **JULIO VIRGOLINI**⁽¹⁾

La "archi invocada" noción de tratamiento penitenciario es un concepto estrechamente dependiente de la idea de resocialización que constituyó el paradigma de actuación de los operadores penitenciarios durante el siglo XX y que, además, abastece el discurso legitimante de los sistemas penales, particularmente en lo que se refiere a las penas privativas de libertad.

El discurso decía y dice aún que la finalidad esencial de la ejecución de las penas privativas de libertad consiste en el propósito de reforma y readaptación social del condenado. Está claro que este objetivo trasciende la esfera de la cárcel propiamente dicha y constituye un objetivo más adecuado a ser perseguido en sede de otras penas no privativas de libertad.

De todas maneras, limitado el análisis a la pena carcelaria, y vigentes las determinaciones constitucional y legales que imponen la finalidad resocializadora a su ejecución, cabe preguntarse si, en la actualidad, semejante pretensión tiene asidero fáctico.

No voy a hacer el análisis minucioso del tema, ni me voy a referir a la evolución histórica, vastamente desarrollada en bibliografía al alcance de todos. Me limitaré a señalar algunos parámetros —por otra parte, bien

(1) Abogado, UBA (1970) y Doctor de la Universidad de Buenos Aires (2004). Profesor titular de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y profesor de Criminología en la carrera de Especialización en Ciencias Penales de esa misma Universidad. Autor de numerosos artículos sobre Derecho Penal y Criminología en Argentina, Uruguay, Italia, España, Venezuela, Costa Rica y Brasil.

conocidos— sobre la condición de posibilidad de una pretensión tal y la viabilidad de algún enfoque alternativo.

Si se quiere confrontar el discurso legitimador sustentado en la perspectiva de la resocialización de los condenados con la realidad de las estructuras y condiciones de actuación de la institución cárcel, queda poco lugar para las ilusiones: es mejor despojarse de ellas para poder emprender un enfoque más realista.

Y la razón es clara: ¿cómo se puede mejorar (porque es ése el corazón de la resocialización) a un hombre en medio del dolor y en el marco de una institución carcelaria diseñada y preparada sólo para avergonzar y degradar?

Ese es el efecto material de la cárcel, y a la vez el efecto simbólico del derecho penal cuya función es la de producir censura. Acá hay que distinguir entre el llamado derecho penal simbólico, denominación que equivocadamente se asigna al derecho penal de la economía en tanto sus sanciones son generalmente de baja intensidad y no se cumplen—sea por razones de hecho o de derecho—, y el simbolismo real del derecho penal, que es el que genera la presencia de la cárcel y sin la cual el resto del universo sancionatorio pierde firmeza; prefiero llamar derecho penal inefectivo al primero y reservar el simbolismo para el derecho penal nuclear.

En este marco, es evidente que el discurso de legitimación es un discurso mentiroso porque no puede apoyar su estrategia comunicacional —porque de esto se trata— en algo que no sucede, y que no sucede no por cierto por razones de insuficiencia de los medios, sino por la lógica misma de la institución de secuestro, que inevitablemente degrada y avergüenza. Debe, sin embargo, reconocerse que ese discurso es en todo caso un recurso necesario para la propia autoestima de algunos de los operadores del sistema penal, comprendido el sistema carcelario en primer lugar, y como forma de presentación pública institucional por motivos de legitimación política general.

De allí la insistencia en tantas palabrejas iniciadas con re (resocializar, reformar, readaptar, reinsertar, reeducar, rehabilitar, recuperar), que concurren todas a invocar una segunda intervención socio-estatal allí donde los mecanismos propios del sistema social han demostrado su fracaso.

Pero, por más necesario o útil que sea, es un discurso que no se puede creer, porque ¿cómo puede darse una segunda intervención exitosa en el marco de un ejercicio cotidiano e incesante de violencia institucional peligrosa sobre seres privados de libertad, despojados de sus atributos de personalidad, separados de sus lazos sociales, erosionados en su autoestima y sustraídos a toda proyectualidad? La sujeción a pautas forzadas de existencia carcelaria comprende de ordinario el sometimiento a pautas distorsionadas de relación social y el aprendizaje de pautas y motivos criminales para la actuación individual.

Esto es lo que Zaffaroni acostumbra llamar prisonización, esto es, el proceso de deterioro personal —síquico, social, cultural y físico— que sufren los internos, que se agudiza cada vez más cuanto más largo es el cautiverio.

Nada nuevo hay en esto, y en verdad nunca lo hubo, porque de manera simultánea a la generalización de la pena privativa de la libertad florecieron los discursos críticos y abolicionistas, conscientes del potencial destructor del secuestro institucional y de su escasa o nula capacidad reformadora. Sin embargo, frente a esas críticas la cárcel siempre se ha ofrecido como su propio remedio y hoy, de cara al desencanto, suele desnudar su realidad cuando muda su discurso institucional reformista por el de la mera custodia: la cárcel que no resocializa se asume simplemente como custodia de unos desdichados a los que es preciso sacar de circulación. Aliviada del peso que importaba la exigencia de resocializar, la cárcel segrega, deteriora, destruye y derrota aún más al ya derrotado por la vida. Porque son esos, los derrotados, los perdedores, los que pueblan las cárceles de todo el mundo.

Y todas estas funciones, cínicamente recibidas (aunque no siempre claramente explicitadas) por los partidarios del punitivismo a ultranza, las puede absolver sólo por un período de tiempo, el del cautiverio; más allá de él, el abismo, salvo que la cárcel haya podido destruir completamente al condenado quebrándolo irreversiblemente, que es lo que suele suceder con los largos períodos de detención: allí se alcanza el resultado genérico de las penas, el de reducir la reincidencia, lo que se logra desarmando completamente al condenado en todos los aspectos de su personalidad.

Y ésta es la función que satisface el corazón silencioso (porque no es posible reconocerlo públicamente) de la demanda social que se juega por

una mayor penalidad en todos los campos, para la que los presos son una carga y no una responsabilidad.

Pero en este punto se vuelve a asomar la pregunta por el rol de la resocialización en la cárcel, que se expresa en el llamado “tratamiento penitenciario”, denominación que se emplea asumiendo o afirmando la inferioridad del condenado, como si se tratara de un enfermo cuando, en realidad, no lo es y su inferioridad ha sido construida socialmente y se traduce, precisamente, en su extrema vulnerabilidad al sistema penal.

Pero aún la exigencia se mantiene, y en algún sentido, propio de los eufemismos del lenguaje, por el hecho de que no es posible sincerar un ejercicio cotidiano y repetido de inhumanidad que está constitucionalmente prohibido y moralmente vedado. Se tratará de una hipocresía necesaria, pero hipocresía al fin.

Y se mantiene también, en parte, por mandato constitucional, dado que se ha incorporado a la ley suprema la reforma y la readaptación social del condenado como finalidad esencial de la ejecución de las penas privativas de la libertad (art. 75, inc. 22 CN, art. 5.6 CADH).

Están claros, en todo caso, los límites de la exigencia, adaptación social, no reforma o transformación moral ni introyección forzada de valores morales de la burguesía, que el interno tiene todo el derecho de rechazar. La ley reglamentaria de la exigencia constitucional (ley 24.660, art. 1º) reduce los objetivos de la reforma a que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley, que no es tan malo pero tampoco es mejor.

Y aquí vale la pena alejarse un poco de la teoría y ver la realidad, y ésta la expresan los clientes de la cárcel: son todos jóvenes, pobres, sin instrucción, sin oficio, sin trabajo. Un concepto general los ubicaría en la categoría económica de marginados, pero ésta aún dice poco. Se trata de la exclusión social, una condición que no es sólo material, representada por la carencia de recursos o de posibilidades para llevar una vida digna — esto es, por la reducción a una existencia miserable y sin esperanza—, sino también, y quizás más clara y significativamente para estas reflexiones, es una condición jurídica o, mejor, una condición ajurídica: los excluidos son desventurados porque han sido privados del derecho, han sido despojados de su condición de ciudadanos, representada ésta por la posibilidad

real del goce de los derechos fundamentales prometidos por la Constitución. Privados del derecho, han sido sometidos al derecho penal, como si fueran extranjeros en un país hostil.

Proviene de la miseria y ésta no los ha hecho buenos; la miseria degrada y envilece, y la cárcel degrada y envilece aún más. Y, en estas condiciones, ¿cómo es posible exigir a quienes han sido privados del derecho que respeten el derecho y lo comprendan? El objetivo resocializador de la ley penitenciaria se revela paradójico, porque exige una actitud interna frente al derecho a quienes no han podido gozar de los derechos más elementales. Esto es un cinismo legal, y debe reaccionarse contra semejante embuste de las palabras.

Y contra el embuste, la verdad: si es necesario, útil o posible un “tratamiento” (llámase como se quiera, que los presos no son enfermos), es un tratamiento contra la cárcel, contra su potencial y real efecto deteriorante. El “tratamiento” de resocialización es defensa, no construcción de nuevas subjetividades más respetuosas; es defensa contra la violencia institucional y contra la desesperanza.

No me voy a detener en la crítica o examen de los “tratamientos”, lo que requeriría un bien distinto panorama de reflexiones; baste, sin embargo, acotar que muchos “tratamientos” miran a la gobernabilidad interna del presidio y no a la asistencia (o sólo secundariamente a la asistencia) del interno, con lo que las razones de la cárcel o del régimen disciplinario contaminan las asistenciales.

En este marco, prefiero llamar asistencia al “tratamiento” y precisar que su objetivo, su primer objetivo y quizás su única posibilidad real de resultado, pasa por reducir la angustia de los presos, lo que implica poder establecer un primer paso que les permite pensar en un futuro, imaginar alguna proyectualidad. Y en esta perspectiva, recordar que quienes tienen a su cargo la asistencia saben que la ilusión de hacer más bien, de hacer mejor el trabajo o mejores a las personas suele tener que limitarse a hacer menos daño, y a tratar de que la cárcel haga menos daño. Este es un objetivo realista y posible.

Y finalmente, que el objetivo penitenciario de hacer comprender y respetar la ley, que es el objetivo resocializador diseñado por la legislación y la

doctrina, en realidad debería consistir en asistencia postpenitenciaria real y efectiva para rejuridizar al liberado; esto es, que tenga contacto con el derecho no sólo en cuanto éste representa obligaciones o deberes, sino en tanto constituye la fuente de derechos, y que se los habilite a reclamarlos y gozarlo de manera racional. La “resocialización”, entendida de esta manera como rejuridización, sólo puede realizarse afuera, después; y lo que se hace adentro, como defensa contra el daño carcelario, debe ser simplemente una preparación esperanzada en lo que vendrá. Ello implica la esperanza de nuevos y mejores esfuerzos en la asistencia postpenitenciaria a los sobrevivientes de la cárcel.

El sistema penitenciario en China⁽¹⁾

por **SHIZHOU WANG**⁽²⁾

En China, el estudio del sistema penitenciario no es parte de la ciencia macro del derecho penal o de la ciencia micro de la ejecución penal. La prisión es el lugar donde se aplican los castigos penales. Sólo cuando diversos tipos de sanciones penales y sentencias, así como su aplicación a un sistema como la libertad condicional o la conmutación han sido estipuladas por el Derecho Penal (en lo sucesivo, DP) y el Procedimiento Penal (en lo sucesivo PP), pueden entonces ser sentenciados e implementados en prisión. Así, una comprensión integral del sistema penitenciario chino necesita ser respaldada por un completo conocimiento de la ciencia del derecho penal. En el Derecho Penitenciario Chino (en lo sucesivo, DPC), sólo tratamos los temas que están relacionados con parte de las sanciones estipuladas en el PP. La aplicación de otros castigos o penas principales tales como vigilancia pública, detención penal y pena de muerte (con ejecución inmediata), y castigos adicionales tales como multas, privación de derechos políticos y confiscación, normalmente no están incluidos en el ámbito de la investigación del sistema penitenciario chino: sólo serán mencionados en la investigación desde la perspectiva específica de la observación para su comparación.

(1) Traducción realizada por Nora Heiss (Dirección Nacional de Política Criminal en materia de Justicia y Legislación Penal).

(2) Profesor supervisor de Law & LL.D. en la Facultad de Derecho de la Universidad de Pekín, y Embajador científico de la Fundación Humbolt. El autor agradece sinceramente a su colega, la Sra. Guoling Zhao, Profesora y supervisora & LL.D., y su estudiante doctoral, el Sr. Yuqing Yuchi, Jefe de la división de Educación a través de la Reforma de la Administración de la Prisión de Beijing City, por su apoyo y asistencia a este informe. Un especial agradecimiento al Sr. Joe Lorencz, Director del Ministerio de China en San Leandro de California en los Estados Unidos, por su ayuda lingüística en inglés.

El DPC contemporáneo cubre solo la implementación de tres tipos de castigos: encarcelamiento a plazo fijo, perpetua y pena de muerte con suspensión de 2 años. Por consiguiente, la ciencia del derecho penal en China hoy en día también se centra principalmente en las cuestiones relativas a la aplicación de estos tres tipos de castigo como su principal objeto de estudio.

Es un gran honor para mí ser invitado como representante de los académicos del derecho penal chino y asistir al “Simposio Internacional sobre el Sistema Penal” en la famosa escuela de derecho de la Universidad de Buenos Aires, en Argentina. Espero que mi presentación pueda ser útil para el intercambio académico entre colegas chinos y argentinos y de otras partes del mundo, y también pueda ser útil en el esfuerzo por mejorar nuestro sistema penal mundial.

I | Reseña histórica

La aparición de las prisiones en China podría remontarse a 4000 años atrás. Según los registros históricos, en la primera Dinastía china de Xia (alrededor de 2100 AC-1600 AC), acostumbraban tener criminales “atados con grandes cuerdas gruesas negras sobre lugares con espinas y cardos”,⁽³⁾ aunque popularmente se ha creído desde tiempos antiguos que fue el Sr. Tao Gao quien inventó la primera prisión.⁽⁴⁾ En algún momento en la Dinastía Xia, sin embargo, se construyeron mazmorras y prisiones centrales, las primeras fueron llamadas “Huantu” y las últimas “Xiatai”. Los presos no sólo eran esclavos y prisioneros de guerra, sino también nobles y funcionarios.

La antigua prisión China desarrolló varios sistemas muy sofisticados en épocas muy tempranas. En la época de la Dinastía Zhou Occidental (1100 AC - 771 AC), el uso de restricciones en la prisión incluía atarlos de manos y pies para evitar que se escapen. En ese tiempo, los delitos se dividían en tres categorías. Para delitos graves, los criminales debían usar ataduras en ambas manos y pies; para delitos comunes, debían usarlas separadas en manos o pies; para delitos menores, eran utilizadas solamente en las manos. Además, los criminales relacionados con el Rey sólo debían usar ataduras de madera en las manos, y los criminales que

(3) KANER SIX, “Libro de Cambios”, en Zongsu Xia (ed.), *Teoría Básica de la Ciencia Penal*, Law Press, 1998, p. 320.

(4) *Ibid.*

solían ser miembros de la nobleza, sólo podían llevar ataduras en los pies. Luego, bajo la influencia de la antigua filosofía china de “respetar la moral y ser cuidadosos del castigo” y “ayudar a educar con los castigos”, el sistema penitenciario fue gradualmente integrando el castigo con la educación moral: se esperaba que los delincuentes pudieran renunciar a sus males y seguir el bien después del encarcelamiento.

La servidumbre penal apareció en el año 1600 AC y el sistema de custodia clasificado por género y gravedad del delito se aplicó ya en el 1100 AC.⁽⁵⁾

Por su parte, durante la Dinastía Han Occidental (206 AC-24 DC) se transformó el sistema eximiendo a los criminales de usar cadenas en prisión bajo condiciones específicas, en primer lugar a aquellos que eran demasiado viejos o demasiado jóvenes, discapacitados o muy enfermos, o a las mujeres embarazadas. Más tarde, la exención incluyó a aquellos con delitos menores que solían ser funcionarios o que tenían un título de nobleza. Desde la Dinastía Han Occidental, también, los emperadores o funcionarios de nivel superior comenzaron a supervisar regularmente la situación carcelaria aunque a veces también en forma irregular.

Después de la Dinastía Jin (265 DC), se sancionaron reglas claras para asignar o proporcionar artículos básicos para la vida diaria de los presos, y se incluyó la responsabilidad penal de los funcionarios de la prisión en caso de tener alguna mala conducta o maltrato hacia los prisioneros.

Desde la Dinastía Tang (comenzando en 618 DC), hubo documentos relacionados a la práctica de la libertad condicional médica o amnistías con liberación pendiente de juicios. Además, los criminales podían ser liberados en muchas ocasiones como ascensiones al trono o hambruna.⁽⁶⁾ Todo ello derivó en medidas importantes de la política de benevolencia para los antiguos emperadores de China.

(5) DIANSHENG YANG (ed.), *Ciencia del Derecho Penitenciario*, 2ª ed., Peking University Press, 2004, p. 177.

(6) En la ley de Duan Yu (Juicio y Ejecución) del código de la Dinastía Tang, se estipulaba que “aquellos que proporcionaran comida y ropa a los prisioneros pero fracasaran, que permitieran a un miembro de la familia visitar a un preso pero fracasaran, o que desataran a un prisionero pero fracasaran, deberían ser golpeados 60 veces con un látigo. En caso de causar la muerte del prisionero, deberían ser encarcelados durante un año. Aquellos que redujeran y robaran la comida del preso, deberían ser golpeados 50 veces con un látigo. En caso de causar la muerte de cualquier prisionero, serían colgados”.

El antiguo sistema penitenciario chino, que ha existido por mucho tiempo, es de gran importancia para el desarrollo actual. Sin embargo, la gente debe ser consciente de su inherente arbitrariedad y dispersos caracteres como sistema legal durante el feudalismo. No había ningún derecho penitenciario, ni único, ni unificado, en la antigua China. Las regulaciones sobre la administración penitenciaria sólo podían verse dispersas en diversas leyes, mientras que el código unificado de prisión fue promulgado bajo la influencia del modelo occidental legislativo de prisión en vísperas de la caída de la última Dinastía Qing, en 1910. Sin embargo, la existencia de las prisiones, la idea de la educación moral y los métodos estrictos pero desiguales en la aplicación de castigos penales, que se produjeron hace miles de años, proporcionan lecciones importantes, y experiencia, a la jurisprudencia de derecho penitenciario chino.

Después de 1949, cuando se fundó la Nueva China, el gobierno chino comenzó a establecer el sistema de reforma mediante el trabajo con el propósito de reformar a los criminales y resolver las dificultades en la apertura de nuevas cárceles. Los delincuentes se organizaron para trabajar en campos de producción y construcción haciendo obras como conservación del agua, recuperación de tierras, construcción de carreteras y minería. Basado en un amplio resumen de la experiencia adquirida en la práctica de combinar el control punitivo con la remodelación ideológica, así como de combinar la producción laboral con la educación política, la administración del Gobierno Central del Pueblo promulgó la Reglamentación de la República Popular de China (en lo sucesivo la RP China) sobre la Reforma Mediante el Trabajo en 1954, y proporcionó el primer fundamento jurídico integral para la reforma mediante el trabajo en la Nueva China.

En 1994, cuando la ley de prisión de la RP China fue promulgada, China había pasado por acontecimientos llenos de giros y vueltas y obtuvo algunas asombrosas lecciones y experiencias para reformar criminales.

En primer lugar, la directriz para las obras de reforma mediante el trabajo se definió como “reforma primero y producción después”. Fue una reformulación de la experiencia de principios de 1950, y fue contra la idea de “la preferencia de trabajo para la reforma”, y contra el fenómeno de que los presos tenían que ser sobrecargados con trabajo. Dicha directriz se convirtió posteriormente en la piedra angular del Derecho Penitenciario

en los años '90, y fue perfeccionada como “la directriz de combinar el castigo con la reforma, que tiene como objetivo reformar al prisionero”.⁽⁷⁾

En segundo lugar, muchos delincuentes peligrosos fueron reformados con éxito y se convirtieron en personas inofensivas para los demás y buenos para la sociedad. El ejemplo más famoso de la obra de reforma de China fue la del Sr. Aixinjueluo Puyi, que había sido el último emperador del antiguo sistema de la dinastía china y que fue también el emperador del Estado títere de Manchukuo, establecido por los japoneses en la Segunda Guerra Mundial. Además, muchos criminales de guerra de Japón y del Partido Nacionalista Kuomintang fueron capturados durante la invasión contra la agresión japonesa y la guerra civil, y fueron progresivamente liberados en 1975, después de que recibieron educación ideológica y fueron reformados mediante el trabajo. Los criminales de guerra japoneses organizaron la Unión de los Repatriados de China después de que regresaron a Japón. Este grupo se ha convertido en una fuerza importante en la lucha contra la guerra agresiva, garantizando la paz mundial y promoviendo la amistad chino japonesa. Otros criminales de guerra también recibieron un trato correcto del gobierno chino y realizaron diversas contribuciones a la construcción y la reunificación pacífica del país.

En tercer lugar, se elaboró una nueva política para la delincuencia juvenil. Basada en las nuevas características de los presos a principios de 1980, la nueva política china requería que el sistema “eduque, recupere y salve a los delincuentes juveniles con paciencia y meticulosidad, al igual que lo hacen los padres con sus hijos que padecen enfermedades infecciosas, los médicos con sus pacientes o los profesores con sus alumnos que cometieron errores”. Después de eso, se comenzó a entrar en una nueva etapa de reforma en las prisiones, modernizándolas con el propósito de “establecer escuelas especiales” y “desarrollar prisiones modernas y civilizadas”.

2 | Derecho penitenciario

El Derecho Penitenciario Chino puede ser entendido desde la perspectiva del origen de la legislación y la jurisprudencia.

(7) Ver *Enciclopedia de la Universidad de Pekín de la jurisprudencia, Ciencia del Derecho Penal, Criminología, Penología*, Universidad de Prensa de Pekín, Editorial Board of Pekin University, 2003, pp. 408/409.

2.1 | Origen del derecho penitenciario

Desde la perspectiva del origen del derecho, el derecho penitenciario podría entenderse tanto en un sentido amplio como limitado. El derecho penitenciario en sentido limitado se refiere al Derecho Penitenciario de la R.P. China, que fue aprobado en el Comité Permanente del Congreso Nacional del Pueblo (en lo sucesivo el CNP) el 29 de diciembre de 1994 y modificado en 2012, mientras que en un sentido amplio abarca todas las fuentes del Derecho Penitenciario.

La Constitución debe ser la primera referencia. La disposición del art. 28 de la Constitución China proporciona la base directa para el Derecho Penitenciario Chino, donde se estipula "castigar y reformar a los criminales". En la Enmienda Constitucional de 2004 se agregó un artículo que obliga a que el Estado respete y proteja los derechos humanos, que también se aplicará a la protección de los derechos humanos del prisionero. En los últimos 30 años, el Comité Permanente del CNP ha aprobado la asistencia de una serie de convenios internacionales de derechos humanos, incluyendo la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, que demuestran que China comenzó a prestar más atención a la protección de los derechos humanos, incluidos los derechos de los prisioneros. Después de esto, el origen del derecho penitenciario en un sentido amplio incluye los artículos relativos a la prisión en el DP y el PP, además del DPC.

En el sistema legal chino, existen regulaciones administrativas promulgadas por el Consejo de Estado, leyes hechas por ministerios y comisiones dentro del Consejo de Estado y reglamentos locales promulgados por la legislatura local. Además, el Tribunal Supremo Popular y la Fiscalía Suprema Popular tienen derecho a emitir explicaciones judiciales.⁽⁸⁾ La sociedad china involucrada con el derecho penitenciario cree generalmente que estas leyes, reglamentos y normas entran en la categoría de derecho penitenciario en un sentido amplio, mientras que están implicados en el detallado trabajo administrativo en las cárceles de China. Por ejemplo, la sanción disciplinaria contra la mala conducta de los policías por violar las leyes o las disciplinas en las cárceles y en los órganos encargados de la

(8) WANG, SHIZHOU, "La explicación judicial en el Derecho Penal Chino", en *American Journal of Comparative Law*, vol. XLIII, n° 4, 1995.

Reforma mediante el trabajo, fue publicada conjuntamente en 2012 por los Ministerios de Supervisión, Recursos Humanos, Seguridad Social y el Ministerio de Justicia.

Entre los orígenes del derecho penitenciario chino, el DPC promulgado en 1994 y modificado en 2012 ocupa una posición central. Esta ley se compone de 7 capítulos con 78 artículos y está dividida en una Parte General y algunos reglamentos específicos. En la Parte General, hay principios guiados y una base legislativa sobre la naturaleza y las tareas de las prisiones, los principios básicos y los métodos de castigo en prisión y las reformas de los delincuentes, el estatuto jurídico de los policías en la cárcel, los derechos y obligaciones de los prisioneros, y la garantía del presupuesto e inversiones de las cárceles. En las normas específicas hay artículos concernientes al establecimiento de las prisiones, el deber de los policías en la prisión, la ejecución de la sanción penal, la administración penitenciaria, la educación y la reforma de los prisioneros a través de la educación para delincuentes juveniles

2.2 | Jurisprudencia del derecho penitenciario

La jurisprudencia del derecho penitenciario es importante en la enseñanza legal china, especialmente para la justicia penal. Aunque los estudiantes han debatido sobre el contenido y el alcance de la jurisprudencia del derecho penitenciario, es generalmente aceptado que el contenido de la jurisprudencia del derecho penitenciario deberá cubrir los siguientes aspectos: legislación, aplicación real, y la doctrina y teoría sobre la prisión y su aplicación efectiva en la cárcel. En detalle, la jurisprudencia del derecho penitenciario chino se centra normalmente en los siguientes aspectos: 1) doctrina y teoría y su aplicación en la cárcel; 2) tipos y naturaleza de las prisiones; 3) administración de las prisiones, establecimientos de departamentos dentro de las prisiones y división de deberes; 4) sistemas de vigilancia y seguridad de las prisiones; 5) situación jurídica de los presos; 6) sistema de educación y reforma de los reclusos; 7) sistema de trabajo de los reclusos; 8) sistema de mantenimiento de la vida cotidiana de un prisionero, incluyendo la administración de la salud; 9) sistema de evaluación, recompensas y sanciones para los presos; 10) ubicación y protección de la persona en libertad tras cumplir una condena; 11) sistema administrativo del personal que trabaja en las cárceles; 12) sistema de la fiscalía de la supervisión en las cárceles.⁽⁹⁾

(9) DIANSHENG YANG (ed.), *op. cit.*, p. 43.

La jurisprudencia del derecho penitenciario chino hace mucho hincapié en la combinación de la teoría con la práctica y las estrechas relaciones académicas y personales de los estudiosos que se dedican al ámbito de la jurisprudencia del derecho penitenciario con las autoridades penitenciarias. En el momento de apertura y reforma, la jurisprudencia china ha prestado mucha atención a los estudios comparativos, tratando de aprehender la teoría avanzada y la experiencia mundial, y de aplicar esas ideas y prácticas para el desarrollo del sistema penitenciario chino.

2.3 | El concepto de prisión

Antes de la promulgación del DPC en China, los lugares donde podían aplicarse las sanciones penales no se limitaban a las prisiones. Por ejemplo, hubo un término popular para estos lugares llamado “autoridad para la reforma mediante el trabajo”. Se refería a los equipos administrativos y educativos para la reforma mediante el trabajo, a las casas administrativas y educativas para menores, a los centros de detención penal y a las cárceles. La autoridad para la reforma mediante el trabajo era responsable no sólo de la aplicación de la sanción penal de quienes eran condenados y sentenciados, sino también de la custodia de los presuntos delincuentes y los inculpados que aún no habían sido juzgados o condenados. Después del DPC, el concepto chino de prisión fue refinándose gradualmente y ahora se refiere solamente a las prisiones y a las casas administrativas y educativas para la delincuencia juvenil.

Las prisiones se refieren a los lugares donde se implementan las penas de los presos adultos, condenados a prisión de plazo fijo, a cadena perpetua y a pena de muerte con dos años de suspensión. Según las regulaciones sobre la custodia independiente y el control independiente estipulados en el DPC, las prisiones chinas se clasifican en tres categorías: los criminales condenados a pena de muerte con una suspensión de dos años, a cadena perpetua y a un encarcelamiento de plazo fijo de más de diez años; los presos comunes que fueron condenados a encarcelamientos de plazo fijo de menos de 10 años; y aquellos que son sólo para prisioneras adultas.

Las casas administrativas y educativas para la delincuencia juvenil son también conocidas como casas administrativas y educativas para menores o cárceles para delincuentes juveniles. Son lugares para mantener en custodia a los delincuentes juveniles que han llegado a la edad de 14 años, pero que

todavía no tienen 18. Aquellos que han alcanzado la edad de 18 años con un plazo restante de menos de 2 años, pueden permanecer en casas administrativas y educativas hasta que cumplan el plazo restante. En estas casas administrativas y educativas para la delincuencia juvenil, los prisioneros son separados y organizados según el género para su custodia y control.

En el año 2012, había 681 prisiones en China con 1,64 millones de presos, de los cuales el 30% estaba en prisión por delitos graves⁽¹⁰⁾ y el 70% por otras razones.⁽¹¹⁾

En el sistema chino de sanción penal, la detención es un tipo de castigo de corto plazo —de más de un mes pero de menos seis meses—. Según el DP, a un criminal condenado a detención se le permite volver a su casa por uno o dos días cada mes durante el período de castigo, y según las circunstancias puede considerarse la concesión de indemnizaciones para quienes participan en el trabajo. En casos donde vivan muy lejos de la prisión, la detención penal puede ser cumplida en un órgano de seguridad pública que no pertenezca al ámbito de las prisiones.

3 | Derechos y obligaciones de los prisioneros

En China, los tipos y alcances de los derechos y obligaciones de los prisioneros condenados por fallos judiciales y que posteriormente cumplen sus penas en las cárceles sólo pueden ser definidas por la ley China. Esta ley podría no ser suficientemente específica comparada con sus contrapartes extranjeras. Sin embargo, la ley china ha estado intentando adaptarse a los documentos legales internacionales tales como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de Prisioneros.⁽¹²⁾

(10) AIMING WU, “Informe del Consejo de Estado sobre la aplicación y la situación de la Prisión” para el Comité Permanente de la APN [en línea], <http://vip.chinalawinfo.com/newlaw2002/slc/slc.asp?db=chl&gid=177358>, 25/04/2012.

(11) JIANAN GUO y LAN LU (eds.), *El Estudio de la Práctica de Ejecución de Pena China* (parte superior), Peking University Press, 2007, p. 14.

(12) Hay una versión china de esta regla en la página web del Ministerio de Justicia de China [en línea], http://www.legalinfo.gov.cn/moj/jyglj/content/2007-06/22/content_19650.htm?node=249

Según la Constitución China, el Derecho Penal, el Procedimiento Penal, el Derecho Penitenciario y otras regulaciones legales, los principales derechos de los que goza un prisionero son los siguientes: derecho de personalidad contra la humillación, derecho de seguridad personal contra la violación, derecho de propiedad legal contra la violación, derecho de defensa, derecho para realizar quejas, acusaciones o informes, derecho del tratamiento material necesario en su vida diaria, derecho de comunicación y encuentro con su defensor, guardián y familiares, derecho a recibir educación, derecho de seguridad laboral, derecho a descansar, derecho a recibir conmutación o libertad condicional u otros premios, derecho de libertad de creencias religiosas, derecho de matrimonio legítimo. Además, un prisionero tendrá derecho a los derechos que no son privados o restringidos legalmente. Por ejemplo, un prisionero tendrá derecho de elección si no fue condenado a la privación de derechos políticos como castigo suplementario. Además de todo esto, el art. 38 del DPC estipula que una persona liberada tras cumplir su condena gozará de igualdad de derechos con otros ciudadanos conforme a la ley.

La ley china proporciona una serie de medidas de salvaguardia a los prisioneros para asegurar su capacidad de ejercer sus derechos legales. Por ejemplo, el art. 8 del DPC estipula que el Estado asegurará los gastos de una prisión para la reforma de los prisioneros. Los gastos de las prisiones para los policías, para la reforma de los presos, para los gastos diarios de los presos, para la administración y las instalaciones de la prisión, y otros gastos especiales serán incluidos en el presupuesto del Estado. El Estado deberá proporcionar instalaciones para la producción y los gastos de producción necesarios para que trabajen los prisioneros. El art. 14 estipula la prohibición de que la policía de la prisión demande, acepte o se apodere del dinero o de los bienes de los prisioneros o de sus parientes, utilice la tortura para forzar una confesión, el castigo corporal o maltrato a los prisioneros, la humillación de la dignidad humana, golpes o connivencia con otros para vencer a un prisionero y utilizarlo para proporcionar servicios de mano de obra para ganancia personal, etc. Cualquier infractor deberá ser sometido a sanciones administrativas disciplinarias, cuando el caso es menor, o a responsabilidad penal, cuando es serio. Además, el art. 6 requiere que la fiscalía ejerza supervisión conforme a la ley sobre la legalidad de las actividades realizadas por las prisiones en la ejecución de las penas criminales.

Los prisioneros en las cárceles chinas deberán cumplir con sus obligaciones en los siguientes cuatro aspectos: 1) obedecer las leyes y regla-

mentos gubernamentales, 2) seguir la supervisión y la instrucción de la prisión, 3) aceptar la formación de ideología política, el conocimiento cultural y las habilidades profesionales, 4) participar en el trabajo productivo. Para castigar y reformar de manera efectiva a los criminales, las obligaciones de los prisioneros son muy específicas. Por esta razón, el Ministerio de Justicia de China emitió el Código de Conducta para Prisioneros en 2004 (en adelante el Código de Conducta) después de varias revisiones. El Código de Conducta se compone de 5 capítulos con 38 artículos, incluyendo una norma general y los estándares de vida, estudio, trabajo y modales civilizados. Junto con otras disciplinas emitidas por las prisiones, este Código de Conducta se ha convertido en un estándar unificado para la evaluación y el juicio de rendimiento/comportamiento de los prisioneros en las cárceles. Juega un papel muy positivo en el fomento de los prisioneros para llevar a cabo su reforma y rehabilitación.

4 | Educación y reforma

4.1 | Propósito del castigo penal

En las cárceles, es decir, en la etapa de la aplicación de sanciones penales, el propósito del castigo penal está obviamente centrado en la prevención específica, particularmente en positivas prevenciones específicas.⁽¹³⁾ En el art. 3, el DPC estipula la tarea de las cárceles de la siguiente manera: una prisión deberá, con respecto a los presos, aplicar el principio de combinar el castigo con la reforma y la educación con el trabajo, con el fin de transformarlos en ciudadanos respetuosos de la ley.⁽¹⁴⁾ El art. 4 estipula aún más en detalle que una prisión ejercerá la supervisión y el control sobre los prisioneros conforme a la ley y, según las necesidades de reformarlos, organizarlos para que participen en labores productivas y llevar a cabo la educación ideológica, cultural y técnica entre los presos. Las prisiones chinas no proseguirán deliberadamente el efecto de prevención general. La ley prohíbe tanto los métodos de humillación de la dignidad humana

(13) WANG, SHIZOU, "Teoría Moderna de la Sanción Penal y la Elección China", en *Chinese Journal of Law*, n° 3, vol. 25, 2003.

(14) Según el art. 2 del DPC, no se aplicará la ley de prisión a quienes fueron condenados a pena de muerte con ejecución inmediata sino con suspensión de dos años.

como las lesiones físicas para llevar a cabo el castigo penal (art. 7 DPC). Sin embargo, la autoridad de la prisión puede exhibir los logros alcanzados en la educación y reformar a los presos ante el público, ya que esto efectivamente desempeñará una función positiva para alentar al público en general a obedecer la ley.

4.2 | Principios básicos de educación y reforma

En el art. 61 DPC se estipulan los principios del tratamiento deferente, gestión clasificada y persuasión, a través del razonamiento para la educación y la reforma de los presos. Este principio básico refleja la idea de la individualización de la aplicación de la pena, y a su vez, se basa en el sistema de custodia independiente y gestión independiente.

Los contenidos básicos de este sistema son la clasificación, el manejo, el tratamiento y la educación, y la reforma aplicada diferencial y progresivamente para cada prisionero.

En primer lugar, los presos serán separados cuando sean transferidos a una prisión según el género, la edad, la naturaleza de los delitos, así como los tipos de castigo y la duración de su pena, y serán enviados por separado a la prisión apropiada para delincuentes peligrosos, menos peligrosos, mujeres o delincuentes juveniles.

En segundo lugar, los presos serán enviados para su custodia a diferentes áreas dentro de una prisión, según la naturaleza de sus crímenes, los métodos criminales, su nivel de malos hábitos y el comportamiento de la reforma, y se organizarán en equipos diferentes y así estarán separados por grupos mientras estén en custodia. Hoy en día es bastante común para las prisiones chinas adoptar un sistema de clasificación con cuatro tipos de delitos: 1) delitos contra la propiedad, de los cuales el robo generalmente está catalogado como un grupo en particular; 2) delitos sexuales; 3) delitos violentos; y 4) delitos negligentes y delitos de abandono del deber. Otros tipos de delitos también podrían poner a los presos en la misma categoría o en un solo equipo. Cada prisionero será clasificado según su delito mayor si cometió más de un delito; y los prisioneros extranjeros o el prisionero perteneciente a un grupo minoritario se organizarán en un solo equipo.

En tercer lugar, los presos pueden, en base a términos independientes, clasificarse muy a menudo en niveles más estrictos, normales o más indulgentes, o incluso en otros niveles según la medición subjetiva de los malos hábitos. Los prisioneros de diferentes niveles pueden disfrutar de un trato diferente en cuanto a libertad personal, comunicación y reunión/asociación, material y vida cultural, compensación y bono, y la oportunidad de visitar sus casas.

El sistema de custodia separada y gestión independiente está destinado a reducir la posibilidad de infección entre los prisioneros. Mediante la utilización de diferentes tratamientos, este sistema también puede emplear el mecanismo de estímulo y así permitir la adopción de diferentes métodos de control altamente individualizados para reformar diversos tipos de prisioneros.

4.3 | Sistema de evaluación por puntos para los prisioneros

Durante un largo proceso, el personal de las prisiones chinas desarrolla el sistema de evaluación de prisioneros en base a un sistema de puntos. Ahora bien, este sistema se rige estrechamente por el Código de Conducta para Prisioneros. El rendimiento de cada prisionero se divide en varios indicadores detallados y cada indicador da un puntaje razonable. El sistema está formado por este conjunto de indicadores cuantitativos de evaluación y es utilizado para evaluar el rendimiento/comportamiento de los presos mientras están bajo custodia. Aquí están las siguientes características de este sistema:

En primer lugar, este sistema debe cubrir toda la conducta de un preso en una cárcel, que generalmente puede ser dividida en dos partes: reforma ideológica y reforma laboral. Los puntos se asignarán en alrededor del 55% para la primera y el 45% para la última.

La reforma ideológica general deberá incluir la siguiente conducta: 1) admitir los hechos delictivos, para darse cuenta del daño causado por el delito, y hacer una confesión y mostrar arrepentimiento; 2) considerar seriamente la ley, remodelar conscientemente el panorama mundial, revelar con sinceridad sus pensamientos al oficial e informar valientemente o

divulgar a los malhechores y las malas acciones; 3) cumplir con el control y manejo de la prisión, con las disciplinas en la prisión y mantener los sistemas de trabajo, de estudio y de vida en buen estado, cuidar la propiedad pública y atender la higiene y los modales civilizados; 4) participar activamente en estudios culturales, políticos o técnicos con una actitud correcta y calificaciones satisfactorias.

La reforma laboral generalmente cubrirá las siguientes conductas: 1) trabajar activamente, obedecer, despachar y cumplir con la cuota de producción de manera oportuna; 2) valorar la calidad de la obra, seguir estrictamente las reglas, hacer los productos de acuerdo con los requisitos y minimizar la tasa de rechazo de los mismos; 3) limitar el costo del material por debajo del estándar dando importancia a la reparación de cosas viejas y a la utilización de residuos; y aumentar la producción y la eficiencia de la práctica; 4) seguir la disciplina de trabajo y las normas de seguridad, evitar accidentes de producción, cuidar las herramientas de trabajo y mantener el ambiente laboral ordenado y limpio.

En segundo lugar, el sistema se efectúa sobre la base de registros diarios, inspecciones semanales, resúmenes mensuales, comparaciones trimestrales, comentarios semestrales y evaluaciones anuales.⁽¹⁵⁾ La evaluación deberá ser elaborada tanto por el personal de la prisión como por los prisioneros. Cualquier punto de bonificación o deducción deberá ser apoyado por hechos. Los presos que rechacen puntos de bonificación o reciban una deducción de puntos pueden plantear quejas, y el equipo de evaluación de la prisión deberá reconsiderar su decisión y dar una respuesta clara. Este sistema mostrará el tratamiento justo y abierto de la administración penitenciaria a cada prisionero y lo hará visible para que todos los prisioneros vean su propio progreso y diferencias con los demás en todo momento. La experiencia de China ha demostrado que este sistema de evaluación por puntos de los prisioneros puede ser una fuerte motivación y desempeña la función de alentar a los prisioneros a aceptar su reforma de comportamiento.

En tercer lugar, este sistema une los puntos que gana un prisionero en educación y reforma directamente con sus premios y castigos en la prisión. El art. 58 DPC establece que si un prisionero ha cometido actos

(15) DIANSHENG YANG (ed.), *op. cit.*, p. 101.

obstruyendo el orden de supervisión y control, la prisión puede darle una advertencia, una sanción o un confinamiento solitario, y si el caso constituye un delito, deberá ser investigado por responsabilidad penal conforme a la ley. El art. 57 DPC estipula que si un prisionero observa las reglas y la disciplina de la prisión, estudia mucho, participa activamente en el trabajo y admite su culpabilidad junto con la aceptación de la sentencia, detiene cualquier trasgresión o actividad delictiva, completa su tarea de producción, logra avances en ahorro de materias primas o cuida la propiedad pública, logra cierto éxito en la renovación técnica o enseña a otros su habilidad de producción, hace contribuciones para prevenir o manejar un accidente desastroso, o hace otras contribuciones al Estado y la sociedad, la cárcel puede elogiarlo o premiarlo. Si el prisionero ha cumplido más de la mitad del plazo original de su condena y siempre ha mostrado buena conducta durante el encarcelamiento, y si su salida de la prisión ya no es considerada un peligro para la sociedad, la cárcel puede, a la luz de las circunstancias, permitirle salir de la prisión con el fin de visitar a su familia. En los casos donde un prisionero no es premiado por su mérito, su buen puntaje también puede ser útil para su libertad condicional.

4.4 | Contenidos y métodos de educación y reforma

La educación y la reforma requeridas en el DPC incluyen tanto la educación ideológica, cultural, profesional y técnica para los prisioneros, como organizarlos para trabajar. La reforma mediante el trabajo es, de hecho, un tipo de educación y reforma, pero especial. La jurisprudencia china del derecho penitenciario requiere una investigación específica. Por lo tanto, la jurisprudencia China del derecho penitenciario comúnmente abarca la educación y la reforma sólo con respecto a la educación ideológica, cultural, profesional y técnica para los presos, a menos que haya una explicación particular.

Según el art. 62 DPC, la prisión lleva a cabo la educación ideológica entre los presos en términos de legalidad, moralidad, situaciones actuales, políticas y perspectivas sobre su futuro. Los propósitos de la educación ideológica son los siguientes: 1) lograr que los prisioneros obedezcan las leyes enseñándoles los conocimientos legales básicos de la vida cotidiana.

na en términos de derecho penal, procedimiento penal, ley civil y ley del matrimonio, etc.; 2) mejorar gradualmente el carácter moral y el comportamiento de los prisioneros dándoles orientación de los patrones de moralidad y comportamiento, y corregir su conducta inmoral y descontrolada en el tiempo; 3) animar a los prisioneros a llevar adelante una nueva vida y un futuro brillante haciendo que entiendan la importante política de Estado, la situación política y económica, y la política del estado en reformas criminales, con el fin de que comprendan las relaciones entre su futuro personal y el futuro nacional y las razones de por qué la búsqueda individual de una persona deberá estar de acuerdo a la regla del desarrollo social.

En el DPC se estipula que la prisión, teniendo en cuenta las diferentes situaciones de los presos, lleve a cabo una tarea de alfabetización, educación primaria, *junior* y secundaria. Mientras tanto, si los prisioneros están calificados, son alentados a estudiar cursos a nivel universitario. Si un prisionero ha pasado por exámenes, el departamento de educación le expedirá el certificado correspondiente de educación (art. 63). Además, el DPC le exigirá a la prisión llevar a cabo la educación profesional y técnica entre los presos según las necesidades de producción en la prisión y del empleo después de su liberación. Si un prisionero ha pasado exámenes y verificaciones, el departamento laboral le expedirá el correspondiente certificado de capacidad/logro técnico (art. 64). La alfabetización y la educación profesional y técnica de los prisioneros deberán integrarse en los programas locales de educación.

El trabajo de educación y reforma en las prisiones suele adoptar métodos que combinan la educación colectiva (clases colectivas) con la educación individual (tutorías individuales), uniendo la educación en prisión con la educación local. La prisión invitará a los trabajadores sociales a dar conferencias o debates con los prisioneros, mientras combinan la educación formal (clases formales) con educación complementaria (información de pizarra, murales, actividades culturales y deportivas, etc.). Varios métodos de educación y reforma han sido inventados por el personal de las cárceles y a menudo funcionan bien en la práctica. Desde 2008, las prisiones chinas han completado la alfabetización y la educación obligatoria para más de 1,25 millones de presos, de los cuales el 98,10% tiene un certificado de calificación para la educación legal popular y unos 5800 recibieron certificados de graduación por encima del nivel de educación

universitaria. Mientras tanto, hay más de 30.000 programas de diversos tipos de entrenamiento técnico en las cárceles mientras que el 77.3% de los presos que participaron en el entrenamiento obtuvieron diversos tipos de certificados profesionales y técnicos. Entretanto, alrededor de 14.000 innovaciones técnicas fueron terminadas y más de 500 patentes de inventos fueron concedidas.⁽¹⁶⁾

4.5 | Reforma mediante el trabajo

Tanto el Derecho Penitenciario de China como el Derecho Penal estipulan que aquéllos que cumplen sus condenas en las cárceles deben tomar parte del trabajo cuando tienen la capacidad de hacerlo, así recibirán educación práctica y se someterán a la reforma. En China, el trabajo es el camino fundamental para reformar criminales. Comúnmente se sostiene en la jurisprudencia del derecho penitenciario que el trabajo es significativo para reformar el pensamiento de los prisioneros corrigiendo sus malos hábitos. Esto es beneficioso para la salud de los prisioneros en cuerpo y mente, y es provechoso para ellos aprender habilidades profesionales, que producirán riqueza material para la sociedad.

El DPC estipula explícitamente que, con respecto a los prisioneros, la prisión aplicará el principio de combinar el castigo con la reforma y combinar la educación con el trabajo, con el fin de transformarlos en ciudadanos respetuosos de la ley (art. 3) y que la prisión estará, a la luz de las situaciones individuales de los prisioneros, razonablemente organizada con el trabajo con el fin de corregir sus malos hábitos, cultivar sus hábitos de trabajo, adquirir habilidades de producción y crear condiciones para el empleo después de su lanzamiento (art. 70). China ha prohibido estrictamente que se organice a los prisioneros para hacer trabajos con venenos, contaminantes, inflamables y explosivos, y ha acelerado los pasos para retirar a los prisioneros de las empresas peligrosas como la minería del carbón. Las prisiones chinas gradualmente han alcanzado el objetivo de la reforma que es "separar las prisiones de las empresas" y, durante el trabajo, los prisioneros tienen derecho a condiciones de trabajo seguras y al descanso con referencia a las regulaciones del Estado. Es bastante común que en

(16) Aiyng Wu, *op. cit.* Además, OFICINA DE INFORMACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO, "Reforma Judicial en China", 2012 [en línea], <http://www.china.org.cn>

las prisiones chinas se lleve a cabo el sistema de educación y reforma con cinco días de trabajo, un día de educación en el salón de clases, y un día de descanso en la semana.

Las prisiones chinas tienen un sistema de trabajo remunerado para los prisioneros, que también está regulado en el DPC. Sin embargo, el trabajo de los prisioneros es obligatorio. Tiene grandes diferencias con el trabajo normal en la sociedad en términos de organización, contenido de trabajo y normas de compensación. Mientras tanto, la compensación que los prisioneros obtienen por su trabajo no puede gastarse libremente en la cárcel. Excepto una parte aprobada por la prisión para su uso, el resto deberá ser depositado en un banco y se les devolverá cuando sean liberados.

4.6 | Educación y reforma de la delincuencia juvenil

Según las leyes chinas, la educación y la reforma de la delincuencia juvenil es muy diferente a la de los presos adultos.

Según el PP, aquéllos que han alcanzado la edad de 16 años asumen responsabilidad penal al cometer un delito. Aquéllos que han alcanzado la edad de 14 años pero aún no tienen 16, asumen su responsabilidad penal sólo cuando cometen un homicidio doloso, lesiones dolosas con resultado de lesiones graves o muerte, violación, robo, tráfico de drogas, incendio, explosión y envenenamiento. Para aquéllos que han alcanzado la edad de 14 pero todavía no tienen 18, se les dará un castigo menor o un castigo mitigado cuando cometan un delito (art. 17). En China, los menores que no han alcanzado la edad de 14 años no asumirán ninguna responsabilidad penal cuando hagan algo seriamente perjudicial para la sociedad. Por lo tanto, los delincuentes juveniles en China son sólo aquellos que han alcanzado la edad de 14 pero aún no tienen 18 años. Según el art. 41 de la Ley sobre Protección de Menores y el art. 74 DPC, los delincuentes sólo cumplirán sus penas en casas administrativas y educativas para la delincuencia juvenil.

El DPC proporciona un principio diferente para la aplicación de sanciones penales para delincuentes juveniles al de los presos adultos, destacando

“el enfoque sobre la educación y la reforma” (art. 75). Entretanto, las prisiones trabajarán con instituciones educativas del Estado y la sociedad con el fin de proporcionar las condiciones necesarias para que los delincuentes juveniles completen su educación obligatoria. A principios de 1980, se formuló la política básica para tratar a la delincuencia juvenil como si se tratara de padres ante hijos que han sufrido de enfermedades infecciosas, o como los médicos tratan a sus pacientes y los profesores a sus alumnos que cometieron errores, con el fin de educarlos, recuperarlos y salvarlos. Esta política se ha llevado a cabo en las prisiones chinas y la práctica ha sido testigo de un buen efecto.

En las cárceles chinas, los delincuentes juveniles también necesitan educación ideológica/política, moral y cultural, así como capacitación en el trabajo y en las técnicas de producción. Debido a las características fisiológicas y psicológicas de los adolescentes, sin embargo, la educación y la reforma de los delincuentes juveniles deben poner más énfasis en la educación ideológica/política, moral y cultural. El art. 75 DPC requiere explícitamente que el trabajo de los delincuentes juveniles se ajuste a las características de los menores y que la adquisición de una educación básica y las habilidades de producción sean sus principales objetivos (art. 75). En el esquema de educación y reforma de los prisioneros recopilados por el Ministerio de Justicia de China, se estipula que los delincuentes juveniles menores de 16 años no podrán participar en la producción del trabajo. Además, mientras que las horas lectivas de los presos adultos no son menos de 500 horas de clase por año, las horas de enseñanza para la educación ideológica, cultural y técnica de los menores no deberán ser inferiores a 1000 horas de clases. En la práctica, las cárceles chinas, a la luz de las características de los delincuentes juveniles, prestan especial atención en alentar a la comunidad, especialmente a la familia de los delincuentes juveniles, para atender en forma conjunta, ayudar y apoyar el trabajo de educación y reforma de los menores. Estos programas funcionan bien. Durante el período 2002-2012, la tasa de reincidencia de los delincuentes juveniles fue del 1%-2%. Desde 2010, los casos delictivos de delincuencia juvenil han disminuido y el número de delincuentes juveniles se ha limitado a alrededor del 6% de todos los criminales.⁽¹⁷⁾

(17) OFICINA DE INFORMACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO, *op. cit.*

5 | Cumpliendo sentencia temporalmente fuera de prisión, conmutación y libertad condicional

5.1 | Cumpliendo sentencia temporalmente fuera de prisión

Según el art. 254 del PP, a una persona condenada que cumpla su pena de cadena perpetua o encarcelamiento de plazo fijo en una prisión, se le puede permitir cumplir temporalmente su pena fuera de prisión si sufre una enfermedad grave o necesita ser liberado bajo fianza para recibir tratamiento médico, o cuando una mujer está embarazada o amamantando a su propio bebé. Además, a aquéllos que no pueden vivir solos se les puede permitir cumplir temporalmente sus condenas fuera de las prisiones siempre que no causen ningún peligro para la sociedad. Una persona que está gravemente enferma y necesita ser liberada bajo fianza para recibir tratamiento médico significa que, comúnmente, está sufriendo una grave enfermedad con riesgo de muerte inminente, o una especie de enfermedad crónica grave durante mucho tiempo. Además, a aquellos que han alcanzado los 60 años de edad, sufren de alguna enfermedad y han perdido la probabilidad de dañar a la sociedad, y a aquellos que han perdido la capacidad de trabajar debido a una incapacidad física, se les puede permitir cumplir temporalmente su condena fuera de las cárceles. Sin embargo, la ley China estipula explícitamente que esos condenados no pueden ser liberados bajo fianza para recibir tratamiento médico si pueden causar peligro a la sociedad o si pueden infligir intencionalmente lesiones o incapacidades a sí mismos.

Las autoridades de la prisión deberán presentar su informe para quienes tengan los requisitos para cumplir temporalmente su sentencia fuera de prisión a la administración penitenciaria a nivel provincial, o a la autoridad de seguridad pública a nivel de la ciudad con distritos, apoyados por el diagnóstico y el documento de certificación emitido por un hospital designado por el gobierno popular a nivel provincial. Simultáneamente, se enviará un duplicado del informe a la fiscalía. Cualquier decisión o aprobación para cumplir temporalmente la condena fuera de prisión también

será enviada a la fiscalía, quien supervisará la decisión pertinente o su aprobación. Aquellos a los que se les permite cumplir temporalmente su condena fuera de prisión serán sujetos a la corrección comunitaria, que es responsabilidad de la emisora local de la administración de justicia. Cuando se determina que la persona condenada ya no reúne las condiciones para cumplir temporalmente su pena fuera de prisión, o ha violado seriamente las disposiciones relativas a la supervisión y al manejo del cumplimiento, o desaparecen las circunstancias que permiten que cumpla una sentencia fuera de prisión pero no ha expirado su término de sentencia, será regresado a prisión de manera oportuna.

5.2 | Conmutación

Según el art. 78 PP y el art. 29 DPC, quienes fueron condenados a cadena perpetua o encarcelamiento a plazo fijo pueden tener sus sentencias conmutadas si han demostrado verdadero arrepentimiento o prestado servicio meritorio durante el período de encarcelamiento. Y deberá ser conmutada su condena, si ellos han prestado uno de los principales servicios meritorios. Los servicios meritorios incluyen: 1) evitar que alguien participe de una actividad criminal; 2) informar sobre las actividades delictivas en o fuera de la prisión o proporcionar evidencia importante para la resolución de casos que puedan ser verificados; 3) ayudar a las autoridades judiciales en la detención de cualquier otro sospechoso criminal (incluyendo a un cómplice); 4) llevar a cabo innovaciones técnicas en las actividades de investigación y producción y mostrar un rendimiento excepcional; 5) mostrar buen desempeño en rescates de emergencia ante desastres o ayudar efectivamente en cualquier accidente grave; 6) hacer otras contribuciones al Estado o la sociedad. Los principales servicios meritorios se refieren a la forma en que se han prevenido o cómo se han informado las actividades delictivas. Se incluirá la información que conduzca a la detención de un sospechoso criminal, las invenciones o innovaciones tecnológicas, el considerable rendimiento contra desastres naturales o accidentes, y la contribución al Estado o la sociedad. Es también una especie de servicio meritorio principal, arriesgar su vida para salvar a otros en las actividades de producción diaria.

No existen límites de cuánto tiempo de conmutación está permitido en la ley china. Más del doble de conmutación no es inusual en la práctica.

Una gran parte de los prisioneros puede tener un cierto periodo conmutado por obedecer los reglamentos de la prisión y aceptar la educación y la reforma. Sin embargo, el término del castigo a ser implementado en realidad no puede, después de la conmutación de la pena, ser menos de la mitad del término originalmente decidido; mientras que para los condenados a cadena perpetua, no puede ser menor de 13 años. Para recibir una conmutación de la pena, la autoridad de la prisión deberá presentar una Indicación de Conmutación a la Corte en o por encima del nivel intermedio. Luego se formará un grupo colegiado para examinar la propuesta y decidir si se concederá una autorización basada en los hechos de verdadero arrepentimiento y servicio meritorio. Sin pasar por este procedimiento regulado por ley, la conmutación no puede decidirse.

En el sistema de justicia chino, si un condenado a muerte con una suspensión de ejecución de dos años no comete intencionalmente ningún delito durante el período de suspensión, el Tribunal Superior deberá reducir su condena con la Propuesta de Reducción presentada por la prisión a cadena perpetua. Si el prisionero demuestra gran servicio meritorio, se le dará una reducción de la pena a una pena de prisión de duración determinada de 25 años después de la expiración del período de dos años. Sólo en el caso de que haya pruebas fehacientes que demuestren que se ha cometido deliberadamente un delito, la pena de muerte puede ser ejecutada con la aprobación del Tribunal Popular Supremo. Debido a las diferencias de las condiciones y los procedimientos, la reducción de la pena de muerte con una suspensión de cadena perpetua o pena de prisión de duración determinada no se considerará como un tipo de conmutación. La pena de muerte con suspensión de dos años es una política importante en China para restringir estrictamente la imposición de la pena de muerte, que sólo se puede aplicar a los que fueron condenados a muerte pero que no van a ser necesariamente ejecutados inmediatamente. La pena de muerte no se aplica a los que no han alcanzado la edad de 18 años en el momento en que se cometió el delito, o a las mujeres que están embarazadas en el momento del juicio. No se dictará pena de muerte a una persona que llega a la edad de 75 años en el momento del juicio, en los casos comunes. Por lo tanto, la pena de muerte con suspensión de dos años tampoco se aplicará a esos delincuentes. Para aquellos que fueron condenados a pena de muerte con suspensión de dos años por el delito de reincidencia o por graves delitos de violencia, el tribunal popular puede restringir su conmutación de la pena sobre la base de su situación penal, es decir, la

conmutación no podrá ser menos de 25 años, cuando la pena de muerte con suspensión de dos años es reducida a cadena perpetua y no menos de 20 años de condena con duración determinada.

5.3 | Libertad condicional

Según el art. 81 DP y el art. 32 DPC, a un preso condenado a prisión a plazo fijo que ha cumplido no menos de la mitad, o a un preso sentenciado a cadena perpetua que ha cumplido no menos de 10 años, se les puede conceder la libertad condicional si observa formalmente las regulaciones de la prisión, experimenta una educación y reforma exitosas, demuestra verdadero arrepentimiento y no causa más daño a la sociedad después de ser puesto en libertad condicional. Si hay circunstancias especiales, las restricciones relacionadas al plazo de la actual implementación no pueden imponerse con la aprobación de la Suprema Corte. Sin embargo, a los delincuentes que son reincidentes o que son condenados a encarcelamientos de plazo fijo de más de 10 años o a cadena perpetua por asesinato, atentado, robo, violación, secuestro u otros delitos violentos, no se les concederá la libertad condicional.

En los casos de libertad condicional, el juicio de “sin peligro de cometer un delito” se basará en, además de las situaciones requeridas por ley, las circunstancias reales que ocurrieron al cometer el delito, la sentencia original de sanción penal, el rendimiento/comportamiento consistente en cumplir la sanción penal, la edad y condición física y el carácter personal del prisionero, la situación de los ingresos después de libertad condicional y la posibilidad de supervisión y control. Recientemente, se ha agregado un requisito al DP, que el impacto en la comunidad donde existe la libertad condicional se considerará cuando se tome la decisión sobre la libertad condicional (párr. 3, art. 81). En la práctica, las consideraciones tolerantes siempre son otorgadas a los prisioneros que son delincuentes juveniles, mayores que básicamente han perdido la capacidad para trabajar y vivir en forma independiente, discapacitados o aquellos que sufren enfermedades graves. Si sus vidas después de la libertad condicional están realmente aseguradas, pueden ser más fácilmente liberados, mientras puedan obedecer las leyes y los reglamentos.

El procedimiento de aprobación para la libertad condicional es similar a la conmutación. Los documentos para apoyar una solicitud de libertad condicional deberán incluir la Propuesta de Libertad Condicional, el For-

mulario de Evaluación para los Prisioneros, la Evaluación de Recompensa o Castigo, la Sentencia o Decisión del Tribunal de Última Instancia, las Copias de la Decisión de Conmutación, las pruebas que apoyen el arrepentimiento del prisionero o el servicio meritorio y otros materiales necesarios. La libertad condicional no se concederá sin el debido proceso legal. La Fiscalía tiene derecho a recusar la decisión de libertad condicional.

El período de prueba para la libertad condicional en el caso de encarcelamiento a plazo fijo es el término que no ha sido completado, mientras que el período de prueba en el caso de la cadena perpetua es de 10 años. Según el CCL, las condiciones para revocar la libertad condicional incluyen lo siguiente que la persona con libertad condicional cometa un nuevo delito dentro del período de prueba, o que viole los reglamentos sobre la libertad condicional estipulada por el Estado, o que se descubra que tiene otro delito aún no juzgado antes del anuncio de la primera sentencia (art. 86). La libertad condicional estará sujeta a la corrección comunitaria conforme a la ley dentro del período de prueba. Cuando no hay ninguna otra violación a la ley, la sentencia original se considerará totalmente cumplida al vencimiento de la libertad condicional (art. 85).

5.4 | Corrección comunitaria

La corrección comunitaria es una especie de sistema de implementación de castigo sin custodia que China ha empleado desde 2003, principalmente aplicada a los delincuentes que fueron condenados a vigilancia pública, o a ser legalizados, o se les permitió cumplir temporalmente la sentencia fuera de prisión en libertad condicional o privados de derechos políticos como único castigo, y que ejercerán sus castigos en medio de la sociedad. La administración de justicia penal china ha decidido instalar el sistema de corrección comunitaria en lugar de las prisiones cuyos criminales son menores, delincuentes juveniles cuyos malos hábitos no son graves, ancianos, presos enfermos y discapacitados, que han delinquido por primera vez y criminales negligentes. La corrección comunitaria será realizada por la estación local de la administración de justicia. Este tipo de esfuerzos muestra que China está tratando de realizar el ideal de la socialización de la ejecución penal. La importancia de la corrección comunitaria es para reducir considerablemente la población de presos y apoyar la educación y la reforma de los que están en prisión.

Por ahora, el sistema de corrección comunitaria ha desempeñado un papel positivo en la seguridad social China. En 2011, este sistema había recibido acumulativamente a más de 600.000 personas condenadas y había visto ya alrededor de 320.000 personas relevadas de corrección. La tasa de reincidentes de las personas que solían estar en este sistema es menor al 1%. Se han mostrado buenos efectos jurídicos y sociales.⁽¹⁸⁾

6 | Acuerdo posterior a la finalización del plazo de una sentencia

El acuerdo después de la finalización del plazo de una sentencia es un sistema especial en que las cárceles junto con otras dependencias gubernamentales pertinentes y las organizaciones sociales ayudan a la persona liberada a resolver los problemas de registro residencial y empleo, para que puedan comenzar sus nuevas vidas y trabajos.

Los castigos penales generan grandes impactos sobre un individuo. Según las leyes chinas, por ejemplo, quienes fueron condenados a la privación de los derechos políticos o, debido a un delito de tipo intencional, el castigo penal por encima de un encarcelamiento de plazo fijo no siempre puede adquirir o continuar cualquier calificación como maestro. Además, quienes fueron condenados e infligidos con sanción penal no pueden convertirse en policías, jueces, fiscales y funcionarios gubernamentales, mientras que los que fueron condenados por un delito intencional e infligidos con cualquier tipo de sanción penal no pueden ejercer la abogacía. Aquellos que recibieron sanción penal no pueden practicar como médicos con licencia dentro de los dos años después de que finalicen sus mandatos, etc. El art. 100 DP estipula que aquellos que alguna vez hayan recibido sanción penal conforme a la ley informarán objetivamente a las unidades pertinentes los castigos que habían recibido sin ocultar ninguno de ellos, cada vez que se alisten en el ejército o busquen un empleo. Sólo aquellos que eran menores de 18 años al cometer el delito y que no habían recibido una sanción penal de más de 5 años de prisión a plazo fijada pueden estar exentos de esta

(18) HAO CHIYONG, "El Sistema de Administración de Justicia y su Reforma y Desarrollo en China", en *Legal Daily*, 2011, p. 2.

obligación de informar. El sistema de liquidación tras cumplir totalmente el término de una sentencia es importante para fortalecer los resultados de la reforma, estabilizar el orden de la reforma y estimular la iniciativa de aquellos después de cumplir totalmente los términos requeridos.

El sistema carcelario de la Nueva China ha prestado gran atención al problema de la solución después de cumplir totalmente el término de una condena desde sus inicios. Antes de la primera etapa de la apertura y el período de la reforma a principios de los años 80 y bajo las restricciones del modelo de economía planificada, se había adoptado el método de empleo dentro del lugar para la reforma por el trabajo después de cumplir una condena. Después de la apertura y la reforma, China se estaba moviendo en la economía de mercado y el acuerdo después de cumplir completamente el plazo de una sentencia se ha estado moviendo en consonancia con la dirección de mercantilización y socialización. El art. 35 DPC de 1994 ya estipuló que la prisión liberará a aquellos cuyas sentencias hayan sido completamente cumplidas y se les expedirá un certificado de liberación de manera oportuna. Hoy en día, China libera alrededor de 200.000 a 300.000 presos anualmente. El buen trabajo del acuerdo después del lanzamiento del castigo es significativo para la seguridad social de China.

En términos generales, el acuerdo después de completar el plazo se compone de tres etapas principales.

La primera etapa comienza tres meses antes del lanzamiento previsto. Las prisiones deberán proporcionar alguna educación con respecto a la liberación de los presos que pronto cumplirán sus plazos, luego realizar una valoración de desempeño durante su tiempo en prisión, informar a las autoridades de seguridad pública los lugares adonde regresarán y coordinar con otras unidades y organizaciones para resolver problemas específicos en el establecimiento y la educación a través de asistencia. Para aquéllos que tienen hábitos seriamente malos, cuya falta de buenos efectos educativos no son satisfactorios y que por lo tanto tienen tendencias reincidentes, la prisión deberá alertar a la seguridad pública local de la necesidad de un manejo cuidadoso, para que este tipo de personas no se encuentre fuera de control y supervisión.

La segunda etapa es la liberación y el establecimiento de las personas que han completado sus condenas en la cárcel. Después de 2009 cuando

el sistema de corrección comunitaria fue puesto universalmente en uso, el acuerdo se ha convertido en la parte más importante de ese sistema a nivel local. Varias agencias gubernamentales están involucradas en la asistencia a las personas liberadas que no han encontrado un trabajo. Las oficinas de empleo proveerán con habilidad y orientación un entrenamiento conforme a las reglas para aquellos que han participado en el programa de seguro de desempleo. Las oficinas de las administraciones industriales y comerciales tratarán de igual manera las solicitudes presentadas por quienes quieran abrir un negocio individual u otras entidades económicas y proteger sus intereses legítimos así como trabajar con otras organizaciones para determinar el sistema de responsabilidad de seguridad y para garantizar que sus operaciones estén cumpliendo con la ley. Las oficinas de la administración civil alentarán a las entidades económicas locales para ayudar con el acuerdo. Las estaciones de seguridad pública establecerán un sistema de responsabilidad para ayudar y educar a las personas liberadas. Las prisiones realizarán un sistema de inspección periódica y retroalimentación local para aquellos que son liberados durante los tres primeros años.⁽¹⁹⁾ China está tratando de establecer un sistema organizado por las prisiones, los gobiernos locales, las unidades del empleo y las familias de las personas liberadas, para que puedan recibir educación y una mejor ayuda.

La tercera etapa es ayudar a las personas liberadas a resolver diversos problemas específicos con el fin de alentarlos a integrarse más fácilmente en la sociedad. En 2011, hubo 3,8 millones de personas liberadas, de las cuales 1,95 millones recibieron ayuda y educación, y 1,68 millones fueron establecidas con eficacia. La tasa de reincidencia de estas personas es de 0,9%.⁽²⁰⁾ El asentamiento de las personas liberadas es muy difícil. Sin embargo, los efectos de este sistema son importantes para prevenir que las personas liberadas cometan delitos nuevamente.

(19) "Opiniones sobre cómo mejorar el Trabajo de Asentamiento, Ayuda y Educación para aquellos que fueron liberados después de cumplir completamente sus plazos de Castigo Penal o su Decisión de Educación mediante el Trabajo", documento emitido conjuntamente por la Comisión Central de Control integral para la Seguridad Social, Ministerio de Seguridad Pública, Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo, Ministerio de Administración Pública, y la Administración Estatal de Industria y Comercio, en 1994 [en línea], <http://law.51labour.com/lawshow-70257.html>

(20) HAO CHYONG, *op. cit.*, p. 2.

7 | Reforma del sistema penitenciario chino

El sistema penitenciario chino había logrado algunos éxitos históricos en los aspectos de educación y reforma de los presos. Después de la promulgación DPC en 1994, el sistema penitenciario chino ha hecho logros nuevos y significativos con respecto a reformar delincuentes en ciudadanos que acaten la ley basándose en el principio de combinar el castigo con la reforma y la educación con el trabajo. Recientemente, se ha fortalecido aún más la reforma del sistema penitenciario chino. Los puntos claves de la reforma son los siguientes:

En primer lugar, varias oficinas de administración de justicia se establecerán a nivel nacional y se mejorará la construcción de corrección comunitaria, de este modo deberá fortalecerse la administración sobre penas leves. Esto será complementario a la regulación de asignación de nuevas cárceles en todo el país, para que se forme un sistema de implementación nacional moderno y unificado de sanción penal.

En segundo lugar, deberá mejorarse un sistema de garantías de presupuesto, que alistará finanzas provinciales como la principal fuente de financiamiento, y tratamiento de pagos del gobierno central como complemento, para terminar completamente con la situación que la dependencia de los gastos de una prisión se basa fuertemente en los ingresos derivados de la producción de la prisión. De esta manera, las cárceles estarán totalmente separadas de las empresas económicas.

En tercer lugar, deberá mejorarse la plataforma de información del sistema penitenciario nacional. Ahora, 28 provincias y municipios han realizado una conexión de red a nivel provincial. Más del 70% de las cárceles han establecido el Centro de Comando de Emergencia, sistemas de alarma inteligentes y sistemas de control de seguridad de entrada, y el 80% de las cárceles han instalado sistemas de video vigilancia.⁽²¹⁾ Las prisiones chinas han mejorado significativamente su nivel de construcción de información.

(21) WU AIYING, *op cit.*

En cuarto lugar, el trabajo de educación y reforma de los prisioneros será particularmente fortalecido. Recientemente, los principales objetivos son construir una prisión segura donde haya menos fugas, donde no ocurran graves incidentes criminales dentro de la prisión, ni situaciones epidémicas graves, ni accidentes graves en la producción económica. En 2013, el Ministerio de Justicia había lanzado una iniciativa para mejorar la calidad de la educación en el sistema penitenciario chino, con el fin de mejorar la calidad de educación y reforma de los presos.

En quinto lugar, el desarrollo legal del derecho penitenciario deberá ser más avanzado. Las conexiones entre el DPC, el DP y el PP deberán mejorarse para aceptar a un criminal liberado, por libertad condicional y cumpliendo temporalmente condenas de prisión. Se reglamentará más concretamente el seguro médico de los prisioneros durante el período de cumplir su condena en prisión. El conjunto de normas para organizar y administrar el trabajo dentro de las prisiones deberá ser mejorado en general.

En sexto lugar, deberá reforzarse el personal formado por funcionarios y policías en las cárceles. Más funcionarios jóvenes serán seleccionados y capacitados. El pago por el trabajo en diversas divisiones deberá optimizarse. El pago de funcionarios y policías de la prisión debe ser mejorado. Deberá garantizarse una aplicación de la ley que sea más imparcial y honesta.

El fundamento de la libertad condicional, la “observancia de los reglamentos carcelarios” y las “teorías de la unión”

por **PATRICIA S. ZIFFER**⁽¹⁾

I | Introducción

El requisito de la observancia de los reglamentos carcelarios establecido por el art. 13 del Código Penal para la concesión de la libertad condicional ha dado lugar a una discusión que, hasta el momento, no se encuentra saldada.⁽²⁾

Sobre la base de una cierta interpretación del instituto, en aquellos casos en los que el concepto del interno no es bueno, se ha entendido que disponer su libertad condicional resultaría violatorio del art. 104 de la ley 24.660, en tanto dicha norma ordena que la calificación de concepto

(1) Abogada, UBA (1986) y Doctora de la Universidad de Buenos Aires (2005). Secretaria Letrada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la vocalía del Dr. Enrique Santiago Petracchi. Profesora adjunta de Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal de la cátedra del Dr. Daniel Pastor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

(2) El presente trabajo es una reformulación parcial del publicado en *Jurisprudencia de Casación Penal*, n° 1, Bs. As., Hammurabi, 2009, pp. 157 y ss.

constituya la base para la aplicación de todo avance dentro del sistema progresivo de ejecución.

Desde este punto de vista, sólo tiene derecho a la libertad anticipada quien ha obedecido regularmente los reglamentos durante el tiempo de su encierro, pues, de otro modo, se menoscabaría la autoridad de los funcionarios encargados de su custodia.⁽³⁾ Por otro lado, y en la misma línea, se entiende que si el condenado no ha podido convivir ordenadamente durante el tiempo de encierro, mal puede inferirse que lo hará en sociedad, pues su comportamiento estaría evidenciando ser, de algún modo, “inmune” a los intentos de readaptación y de posible resocialización.

La posición opuesta, en cambio, relativiza la significación de la valoración de la conducta durante la duración del “encierro” y asigna una importancia mucho mayor a otras circunstancias, especialmente, al comportamiento en libertad, en el marco de otras morigeraciones del encierro.⁽⁴⁾

2 | La naturaleza “esquiva” de la libertad condicional

La determinación de la naturaleza jurídica de la libertad condicional ha ocupado considerablemente a los juristas penales argentinos. La búsqueda de una definición precisa del instituto, a partir de la cual se puedan derivar consecuencias coherentes con el punto de partida, ha sido emprendida por casi todos los autores y comentaristas que tocaron el tema,⁽⁵⁾ con lo cual la cuestión podría considerarse suficientemente tratada.

(3) Tal la argumentación, por ejemplo, en el caso “Chesa”, de la Sala III de la CFCP —que fue apoyada por los jueces que conformaron la mayoría en el art. 79 de la ley 24.660—, en cuanto establece que los internos están obligados a acatar las normas de conducta que se determinen, para posibilitar una ordenada convivencia, en su propio beneficio y para promover su reinserción social. Ver el comentario a dicho fallo en *op. cit.*, nota 2.

(4) Esta argumentación es la que subyace, implícitamente, a lo resuelto en el caso “Silber”, CFCP, Sala I, Causa n° 3903.

(5) Una reseña amplia de las diferentes opiniones doctrinarias puede consultarse en el siguiente trabajo: ALDERETE LOBO, RUBÉN A., *La libertad condicional en el Código Penal argentino*, Bs. As., Lexis-Nexis, 2007, p. 27 y ss.

Sin embargo, esta impresión es engañosa. En lo fundamental, el debate ha girado en torno a si la libertad condicional constituye una “modificación de la sentencia condenatoria”, una “forma de cumplimiento de la pena de prisión”, o bien, una mera “suspensión de la ejecución de la pena de prisión”. Una y otra posición han sido defendidas con celo por la doctrina, y prácticamente todas las construcciones formuladas revelan un esfuerzo consciente por realizar una interpretación sistemática del instituto en el intento por contribuir a su interpretación racional. No obstante, los resultados en este sentido han sido más bien magros,⁽⁶⁾ y hasta el momento no existe una construcción dogmática sólida en materia de libertad condicional que compatibilice satisfactoriamente una concepción del hecho punible exclusivamente centrada en la valoración del hecho y en el principio de culpabilidad con la estructura del sistema de ejecución de las penas, fundamentalmente orientada a la modificación de los patrones de conducta del condenado.

Se debe señalar, sin embargo, que el fracaso del emprendimiento no puede ser exclusivamente atribuido a falencias argumentales de quienes se han ocupado de la cuestión. Antes bien, el tema mismo pareciera, por momentos, escapar a una categorización sistemática precisa e inamovible.

En efecto, la existencia de la libertad condicional, como pocos institutos, sacude las bases⁽⁷⁾ de cualquier sistema penal orientado a cumplir los postulados de un “derecho penal de hecho”.⁽⁸⁾

Mientras que toda la teoría de la imputación puede —y debe!— subsistir sin necesidad de recurrir más que al “hecho del autor” y limitarse a un aná-

(6) No se trata, por cierto, de un déficit exclusivo de los juristas locales. Una situación semejante es descripta por FRISCH, WOLFGANG, en *Dogmatische Grundfragen der bedingten Entlassung und der Lockerungen des Vollzugs von Strafrecht und Maßregeln*, ZStW 102, 1990, p. 707 y ss.

(7) “En cuanto renuncia parcial a la ejecución de la pena (adecuada a la culpabilidad), la liberación condicional se ubica, de antemano, en el campo de tensión de los diversos fines de la pena” (ver STRATENWERTH, GÜNTER, *Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil II*, Stämpfli, Bern, 2006, §4, n.m. 49).

(8) Una afirmación que, en rigor, puede ser trasladada sin esfuerzo a todo el derecho de ejecución penal. En este mismo sentido, ver Zaffaroni, quien hace referencia al desconcierto que han provocado en la doctrina, desde el comienzo, los dispositivos que tienden a reducir la privación de libertad (ZAFFARONI, EUGENIO; ALAGIA, ALEJANDRO; SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Bs. As., Ediar, 2002, p. 956).

lisis exclusivamente retrospectivo, la necesidad de incorporar valoraciones de prevención especial en la dogmática del sistema de sanciones genera dificultades teóricas que no pueden ser eludidas por medio de un rechazo inflexible a toda consideración prospectiva. Al menos, desde una perspectiva teórica, es posible, incluso, construir una dogmática de la determinación de la pena apoyada únicamente en la culpabilidad por el hecho, que no se “contamine” con consideraciones relativas al autor. Pero en tanto el sistema penal esté dominado por la pena de prisión y se afirme que dicha pena debe tener como finalidad esencial “la reforma y readaptación social de los condenados”, el problema de los alcances de la prevención de nuevos delitos habrá de reaparecer, como más tarde, durante la etapa de ejecución.

Desde este punto de vista, las dificultades para ubicar sistemáticamente el art. 13 CP y para interpretarlo en forma convincente son, en buena medida, las mismas dificultades que las que intentan resolver las llamadas “teorías de la unión”, esto es, en síntesis, dónde ubicar y qué alcance asignarle a la prevención especial.⁽⁹⁾

3 | Las tensiones características de la libertad condicional

Dentro de nuestro sistema penal, no existen dudas acerca de la raigambre preventivo-especial de la libertad condicional. En su origen histórico, las primeras manifestaciones de institutos similares al del art. 13 CP se relacionaban con la gracia o el indulto, como vías de morigerar la severidad de ciertas penas. Se trataba de facultades que quedaban en manos de algún órgano político con la potestad de reconsiderar la sentencia, ya sea por el paso del tiempo, por alguna situación particular del condenado o por razones humanitarias.⁽¹⁰⁾

(9) Acerca de las teorías de la unión ver, por todos, ROXIN, CLAUDIUS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, C.H. Beck, München, 1992, p. 26 y ss. Críticamente, con relación al reflejo de las teorías de la unión en la dogmática de la determinación de la pena, véase HÖRNLE, TATJANA, *Determinación de la pena y culpabilidad*, Bs. As., Fabián Di Plácido Editor, 2003, esp. p. 23 y ss. Sobre la función que cumple la prevención especial, incluso dentro de construcciones sistemáticas estrictamente apegadas a la prevención general positiva, ver JAKOBS, GÜNTHER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Walter de Gruyter, Berlín, 1983, p. 1/50.

(10) Ver DE LA RÚA, JORGE, *Código Penal argentino*, Bs. As., Depalma, 2ª ed., 1997, p. 210 y ss.

Actualmente, la libertad condicional se inserta dentro de lo que se conoce como “sistema progresivo” de ejecución de la pena privativa de libertad,⁽¹¹⁾ inspirado en el objetivo de facilitar una reinserción del condenado al medio social que resulte lo menos conflictiva y traumática posible. De allí que exista coincidencia —en los aspectos centrales— en cuanto a que la libertad condicional no es una “facultad” jurisdiccional, sino un “derecho del condenado”.⁽¹²⁾

Sin embargo, tal como ocurre con otras atenuaciones de la ejecución de la pena orientadas a la prevención especial previstas en nuestro sistema penal, también aquí existen límites legales absolutos vinculados con la prevención general, o bien, con la retribución. En este sentido, una atenuación del “castigo” tan drástica como la supresión del encarcélamiento —que presupone la sujeción a un régimen institucional— sólo es posible en el sistema del Código cuando ya ha transcurrido un tiempo suficiente como para que pueda considerarse, al menos desde algún punto de vista, que la culpabilidad ya ha sido suficientemente retribuida, o que las necesidades de afirmación de la norma a costa del autor ya pueden tenerse por satisfechas.⁽¹³⁾ Así, sólo una vez transcurrido el tiempo fijado en la ley, puede entrar en consideración una redefinición del conflicto tal que admita una solución de puro contenido preventivo-especial. En este sentido, la libertad condicional se presenta como una solución de compromiso fijada por el legislador entre las necesidades de prevención general y prevención especial. Como toda solución de compromiso, la mayor o menor amplitud en la interpretación puede verse alterada según los intereses y tensiones sociales preponderantes en uno u otro momento. Y, como toda solución de compromiso, también la libertad condicional tiende a ser refractaria a una categorización dogmática estricta.

(11) Ver el art. 12 de la ley 24.660, que caracteriza al régimen penitenciario como “progresivo” y establece que sus etapas (“períodos”) son: observación, tratamiento, prueba, y finalmente, la libertad condicional.

(12) Algunas de las cuestiones que plantea, en particular, la disyuntiva entre “derecho del condenado o facultad judicial” serán tratadas, más adelante, en relación con los objetivos de la libertad condicional.

(13) Tal la significación que corresponde asignar a la exigencia legal de un tiempo mínimo de encierro sin posibilidad de atenuación.

4 | La libertad condicional a la luz de las “teorías de la unión”

La subsistencia de las teorías de la unión, o de su equivalente en materia de determinación de la pena, la teoría del ámbito de juego,⁽¹⁴⁾ sólo puede entenderse como el reflejo del interés social en obtener de la pena distintos beneficios, que, en general, se excluyen entre sí. En realidad, si tales construcciones subsisten a pesar de sus manifiestas incongruencias, ello se debe no tanto a sus argumentos sino a que ellas pueden ser transformadas en construcciones jurídicas idóneas para que esos intereses contrapuestos puedan encontrar alguna expresión en la interpretación normativa.

En efecto, la libertad condicional está estrechamente vinculada a las teorías de la unión. Ella aparece, en principio, como un instituto contradictorio y difícil de justificar en un sistema orientado a la culpabilidad y la proporcionalidad de la reacción. Pues, si la pena es una pena “merecida”, ¿qué es lo que justifica que ella no se cumpla? La respuesta más próxima, apoyada en que carecería de sentido mantener una pena si el individuo se ha resocializado, conduce a otros interrogantes, como por ejemplo: ¿es, entonces, el no haberse resocializado lo que legitima la no concesión de la libertad anticipada?

Las dificultades de estos planteos se suelen eludir recurriendo a la afirmación de que “atenuar una pena no es lo mismo que agravarla”; que se anticipe la libertad de los que demostraron no ser tan malos no prejuzga acerca de la maldad de aquellos a quienes no se beneficia. Esta vía argumental es, sin embargo, estrecha de miras y sólo posible si se omite el núcleo del problema: si la culpabilidad —o la prevención general— ya ha sido satisfecha con el tiempo de pena cumplido, el tiempo restante sólo puede estar sostenido por necesidades de prevención especial positiva o negativa.

Desde este punto de vista se advierte que la teoría del ámbito de juego puede tener bastante para decir.⁽¹⁵⁾ Por cierto, el “marco de culpabilidad” con el que esta construcción examina el proceso de determinación de la pena se

(14) Ver ZIFFER, PATRICIA, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Bs. As., Ad-Hoc, 1996, § 5.

(15) Un aspecto que no fue analizado en ZIFFER, PATRICIA, *op. cit.*, especialmente p. 53 y ss.

encuentra expuesto a numerosas críticas. No obstante, si se lo analiza desde la perspectiva de la particular configuración normativa de la libertad condicional, él se convierte en una estructura que permite una mejor comprensión del instituto. Así, el tiempo mínimo de cumplimiento en prisión exigido en la ley exhibe una marcada coincidencia conceptual con la noción de pena “ya adecuada a la culpabilidad”. Del mismo modo, una idea equivalente a la de “pena todavía adecuada a la culpabilidad” es la que justifica el cumplimiento de la totalidad de la condena en condiciones de encierro. Y, dentro de ese “marco”, son —como se lo formula habitualmente— razones de prevención especial las que orientan la decisión en uno u otro sentido.

5 | Los objetivos de la libertad condicional

No existen en la doctrina argentina discrepancias serias con respecto a la orientación exclusivamente preventivo-especial del instituto de la libertad condicional. Los criterios de culpabilidad por el hecho son los que deciden al tribunal a favor de una cierta pena que lleva implícita la alternativa de que, cumplido el mínimo legal, el condenado recupere la libertad en las condiciones del art. 13 CP. En consecuencia, la valoración de la gravedad del hecho que dio fundamento a la condena sería un argumento inadmisibles al momento de denegar la libertad condicional.

Sin embargo, a pesar de la coincidencia en cuanto a este punto, las opiniones discrepan en cuanto a cuál es el objetivo concreto del instituto, y son esas discrepancias las que se encuentran en el trasfondo de la discusión relativa a si se trata de un “derecho” o de un “beneficio”.

En este sentido, la concepción disciplinaria o premial del art. 13 CP, en cuyo marco sería la buena conducta en el establecimiento penitenciario el argumento decisivo para permitir el acceso a la libertad, no desconoce la raigambre preventivo-especial del instituto. Sin embargo, en esta línea de pensamiento, lo decisivo para no conceder la libertad a quien no aceptó las normas carcelarias es que hacerlo tendría el efecto de minar la disciplina penitenciaria.

La concepción de la libertad condicional como un mecanismo para mantener el orden en las cárceles ha sido fuertemente criticada por Ferrajoli,

entre otros autores.⁽¹⁶⁾ Ciertamente, si el instituto únicamente fuera un instrumento para mantener la disciplina dentro de los establecimientos carcelarios, su legitimación sería dudosa, más aun teniendo en cuenta que la ejecución ya viene acompañada de un régimen disciplinario específico, previsto por la misma ley de ejecución de penas privativas de libertad.

Por otro lado, no se puede perder de vista que, desde el punto de vista fáctico, la objeción de Ferrajoli no es fácil de neutralizar. Aun cuando se conciba a la libertad condicional desde una perspectiva estrictamente vinculada a sus ventajas preventivo-especiales, la connotación de "beneficio" será difícil de eliminar en forma completa y, al menos tangencialmente, el efecto "premio" estará presente en la percepción del instituto, tanto por parte del beneficiario como de la sociedad. Pero la cuestión es, en todo caso, en qué medida este elemento ha de incidir en la decisión final,⁽¹⁷⁾ y dejar en claro que, más allá de sus efectos colaterales, convertirse en el premio máximo para los más adaptados al sistema carcelario no es el objetivo que se infiere del texto legal.

Con relación a esto, el art. 13 no puede ser interpretado con autonomía del régimen establecido por la ley 24.660, que establece como el objetivo central de la libertad condicional —como así también de todo el régimen progresivo— el intentar paliar los daños que la propia ejecución de la pena de prisión cumplida en condiciones de encierro puede ocasionar a la socialización de los condenados. Se trata de la exigencia mínima en materia de prevención especial, esto es, el prescindir, en lo posible,⁽¹⁸⁾ de aquellas penas con cuya ejecución se puede incluso aumentar la probabilidad de que el autor cometa nuevos delitos.

(16) Ver FERRAJOLI, L., en *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1997, p. 406 y ss. En un sentido similar, en el contexto de un examen crítico del proceso legislativo suizo en este tema, y en contra de la subsistencia del requisito de buena conducta en el establecimiento penitenciario, véase también STRATENWERTH, op. y loc. cit., núm. 54.

(17) Sobre esta problemática, ver el trabajo de DELGADO, SERGIO, "Acerca de las calificaciones de los condenados", en JA 2006-III, p. 1260. La cuestión también tiene una importancia decisiva en la argumentación de Marcos Salt en su trabajo con Iñaki Rivera Beiras. Véase SALT, MARCOS y RIVERA BEIRAS, IÑAKI, *Los derechos fundamentales de los reclusos: España y Argentina*, Bs. As., Editores del Puerto, 1999.

(18) Esto es, en tanto exista una equivalencia funcional suficiente entre la pena y la alternativa preventivo-especial.

En el marco de la discusión acerca de la “esencia” de la libertad condicional, se ha dicho que ella consiste en la suspensión condicional de parte del encierro durante un período de prueba.⁽¹⁹⁾ Se trataría, en este sentido, de un instituto con alguna similitud a la condena de ejecución condicional. La analogía, por cierto, es correcta. En ambos casos, el encierro aparece como innecesario o inconveniente desde el punto de vista de la prevención especial. Pero la idea de “suspensión” no debe llevar a entender que la persona está en libertad, sin más ni más: el condenado, en uno y otro caso, por cierto, no está sometido al régimen de un instituto penitenciario, pero está sujeto a restricciones jurídicas muy intensas. Esto es particularmente evidente a partir de la nueva redacción del art. 27 *bis* CP, que prevé la imposición de deberes que representan fuertes injerencias en la **libertad** del condenado. En este sentido, así como es errónea la idea del hombre de la calle relativa a que una “suspensión condicional de la condena” equivale a una absolución, también lo es la de que quien está en libertad condicional ya no está sujeto a ninguna restricción a su libertad, incluso ambulatoria. Es decir que concebir a la libertad condicional como “suspensión de la condena” no necesariamente es contradictorio respecto de sostener que quien está en libertad condicional no está cumpliendo su pena; ni siquiera es posible decir que no está cumpliendo pena privativa de la libertad. Ciertamente, no sería posible decir que está “preso”, pero tampoco es “libre”. Se trata, en definitiva, de una recuperación gradual de la libertad, que es el elemento definitorio del régimen de ejecución progresivo.⁽²⁰⁾

Por lo tanto, así como la libertad condicional no puede ser vista como mero recurso disciplinario, tampoco puede ser convertida en la culminación de un proceso de resocialización exitoso o en la expresión final de la eficiencia de la cárcel para alcanzar la reinserción social, en un concepto dentro del cual sólo estarían en condiciones de recuperar anticipadamente la libertad aquellos respecto de quienes el tratamiento penitenciario haya sido fructífero. Antes bien, de lo que se trata es de la admisión de las desventajas y costos sociales del encarcelamiento prolongado.⁽²¹⁾ Desde este punto de vista, la libertad condicional configura un instrumento de apoyo para que el proceso de recuperación de la libertad se produzca en una situación de

(19) CABALLERO, JOSÉ SEVERO, *El significado doctrinario y jurisprudencial de la libertad condicional regulada en el código penal*, Córdoba, Lerner, 1964, p. 91.

(20) Similar, STRATENWERTH, *op. y loc. cit.*, n.m. 48.

(21) Similar, ZAFFARONI, E.; ALAGIA, A.; SLOKAR, A., *op. cit.*, p. 953.

relativa contención y, al mismo tiempo, pone en manos del Estado la posibilidad de producir una intervención en caso de “crisis”.⁽²²⁾

La facultad judicial de revocar o de no computar el tiempo en libertad en caso violación de las reglas de conducta (art. 15 CP) ha sido criticada desde diferentes puntos de vista.⁽²³⁾ Sin embargo, ella puede ser concedida como la herramienta prevista como forma de coacción efectiva para provocar la motivación hacia una conducta ajustada a derecho. En esta línea de interpretación, el art. 15 CP puede ser entendido como la forma elegida por el legislador para asegurar una mayor efectividad del régimen, al intentar reforzar la motivación al cumplimiento de las condiciones que se evalúan como beneficiosas para favorecer la reinserción mediante la amenaza del regreso al régimen de encierro.⁽²⁴⁾

El aspecto de “recuperación controlada de la libertad” no siempre es suficientemente acentuado en la interpretación del instituto de la libertad condicional. Se trata, por lo demás, de un enfoque prácticamente ausente en la discusión pública que, ocasionalmente, se produce en los medios de comunicación sobre este tema. Cuando se argumenta con frases del estilo “si fueron condenados, que cumplan sus condenas en su totalidad” no sólo se hace caso omiso del objetivo perseguido por la ley 24.660, sino que, además, se pierde completamente de vista que cuando la condena “se cumple”, el condenado al que se le negó la libertad condicional —o cualquier otra atenuación del encierro— por temor a que “abuse” de un privilegio, de todos modos, habrá de recuperar la libertad —al menos, en las penas no perpetuas—, y lo hará sin ninguna preparación ni contención, y con muchas más posibilidades de “abusar” de una libertad mucho más amplia.⁽²⁵⁾ Estas consideraciones son las que le dan sentido a asumir los riesgos de las atenuaciones o de la anticipación de la libertad.

(22) Una interpretación en esta dirección es formulada para el derecho alemán por FRISCH, *op. cit.*, p. 717.

(23) Ver ZAFFARONI, E.; ALAGIA, A.; SLOKAR, A., *op. cit.*, p. 957; ALDERETE LOBO, RUBÉN, *op. cit.*, p. 42 y ss. y 256.

(24) El legislador parece entender que no basta con la “oferta” preventivo especial: la libertad no es concedida generosamente, sin más ni más, sino con consecuencias gravosas para el caso de fracaso. Acerca de esta noción de “estímulo para el cumplimiento de las condiciones” en el derecho suizo, ver STRATENWERTH, *op. y loc. cit.*, n.m. 48.

(25) Ver, en el mismo sentido, FRISCH, *op. cit.*, p. 757.

Desde otro punto de vista, la propuesta de poner el acento en la interpretación en la función de “entrenamiento controlado” se podría cuestionar sobre la base de que la previsión de la reincidencia como obstáculo legal para la obtención de la libertad condicional pone de manifiesto una concepción diferente, mucho más vinculada con una visión premial de la libertad condicional. Pues —se podría decir— si se tratara realmente de un instrumento destinado a favorecer la reinserción y lograr que la libertad no se recupere en forma incontrolada, el caso del reincidente no debería estar excluido, sino todo lo contrario.

Déjense aquí a un lado las diferentes objeciones —incluso, de rango constitucional— que se pueden formular en contra de la imposibilidad de que los reincidentes obtengan la libertad condicional.⁽²⁶⁾ Aun cuando se acepte sin mayores reparos el contenido preventivo-especial de la libertad condicional, lo cierto es que la ley limita las posibilidades de hacer prevalecer esta finalidad frente a situaciones en las que se pueda entender que la pena ya cumplida constituye una reacción estatal suficiente como para reafirmar la norma a costa del autor. Dicho de otro modo: ya en su base, el instituto puede ser visto como una solución de compromiso entre necesidades de prevención general y de prevención especial. Y, en el marco de ese compromiso, la asunción de una alternativa de prevención especial que será socialmente percibida —a pesar de las restricciones a la libertad que de todos modos implica— como una solución de mayor lenidad, sólo es posible —al menos de *lege lata*— cuando no se trata de reincidentes. Para este supuesto, sólo entran en consideración, en el mejor de los casos, las otras atenuaciones previstas por la ley 24.660, de mucha menor amplitud.

En consecuencia, la presencia del art. 14 CP puede ser entendida como una concesión legislativa a los límites concretos en los que una sociedad está dispuesta a renunciar a una pena más severa en pos de la reinserción social, pero en ningún caso como una demostración de que la libertad condicional es un beneficio reservado para quienes han demostrado que todavía son “corregibles”.

(26) Ver una reseña de ellas en ZIFFER, P., “Reincidencia, ne bis in ídem y prohibición de doble valoración”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal*, III-7, 1997, p. 105 y ss.

6 | La significación dogmática de la exigencia de “petición de parte” como presupuesto para la concesión de la libertad condicional

En la discusión argentina en materia de libertad condicional se ha planteado como un punto particular de debate la pregunta acerca de si es necesario que la libertad sea expresamente solicitada por el interesado, o si, reunidos los requisitos legales para la libertad, ella debe ser concedida de oficio.

En principio, normativamente no existe una disposición clara en uno u otro sentido. La sola referencia del Código Procesal Nacional al “trámite de la solicitud” (art. 505 CPN) constituiría un apoyo muy endeble para impedir que el juez de ejecución la tramitara de oficio. En este sentido, es claro que la regla decisiva,⁽²⁷⁾ en todo caso, ha de buscarse en el código de fondo, y en él, el texto del art. 13 CP (“podrán obtener”) no decide el punto en forma conclusiva. Por lo demás, una exigencia estricta de un pedido de parte previo a la puesta en marcha del trámite constituiría un formalismo vacío.⁽²⁸⁾

Sin embargo, en el marco de esta discusión se plantea una cuestión parcialmente diferente, aunque más compleja, como es la de si, resultando procedente la libertad, es necesario como requisito adicional que el condenado manifieste su **consentimiento**, o si la liberación podría producirse, llegado el caso, **en contra su voluntad**.

En general, resulta dominante la opinión según la cual es necesario que el condenado manifieste expresamente su conformidad con las condiciones impuestas. Se ha vinculado esta exigencia con el art. 15 CP, en cuanto establece que, en caso de revocación de la libertad condicional, el juez no computará en el término de la pena el tiempo que haya durado la libertad,

(27) Constituye un presupuesto básico del funcionamiento de nuestro sistema constitucional que una norma de carácter procesal no puede alterar el sentido ni restringir la aplicación de un instituto de derecho de fondo.

(28) Con relación al trámite de la libertad condicional y a la posibilidad de que se lleve adelante “de oficio”, ver ALDERETE LOBO, R., *op. cit.*, p. 291 y ss., si bien con la exigencia de formular “consulta” al interesado.

en forma total o parcial, según cuál sea la regla violada. Es decir, que el sometimiento al régimen de libertad condicional podría significar para el condenado una prolongación temporal de la condena⁽²⁹⁾ que sólo resultaría tolerable en la medida en que el posible afectado voluntariamente acceda a someterse a él. En una dirección parecida, se ha justificado esta exigencia en la circunstancia de que la libertad condicional supone una modificación de las condiciones originarias de la condena y el sometimiento a condiciones distintas de las de la pena privativa de libertad que, oportunamente, se le impusiera.⁽³⁰⁾ En esta opinión, el Estado no podría producir una alteración de las condiciones en que fue impuesta la condena sin el consentimiento del afectado.

Una opinión contraria ha sido sostenida por Jorge de la Rúa, quien entiende que la libertad condicional, en tanto integra el sistema represivo del Código Penal, es una decisión que queda a cargo del tribunal que gobierna la ejecución de la pena. De otro modo —afirma—, se estaría aceptando un inadmisibles condicionamiento del régimen punitivo a la voluntad del condenado.⁽³¹⁾

Por cierto, es razonable pensar que el juez de ejecución es el competente para fijar las condiciones de cumplimiento de una pena, y que en este punto, el condenado, ya por su calidad de tal, debe someterse al régimen que, por su situación individual, le corresponde. Este punto de vista, considerado estrictamente, podría incluso refutar el argumento de la prolongación o modificación de las condiciones oportunamente fijadas en la condena. Pues la pena de prisión implica el sometimiento al régimen progresivo previsto por la ley, y ello, llegado el caso, podría significar la prolongación *ex post* del tiempo de sujeción a la coerción estatal. Ello por cuanto en la libertad condicional no sólo se encuentra en juego un “derecho” del condenado, sino que el instituto, enmarcado en la “progresividad”, presupone una decisión legislativa específica en dirección a la conveniencia de que el regreso a la vida libre no se produzca de cualquier manera, sino en forma paulatina y controlada por el Estado, en una decisión de política criminal que no sólo toma en cuenta el interés del liberado

(29) En este sentido, ver ZAFFARONI, EUGENIO, *Tratado de derecho penal*, Bs. As., Ediar, 1983, t. V, p. 181.

(30) ALDERETE LOBO, R., *op. cit.*, p. 71.

(31) DE LA RÚA, JORGE, *op. cit.*, p. 230 y ss.

en su propia resocialización, sino el de toda la sociedad. Dentro de este esquema, la necesidad de contar con una herramienta como el art. 15. CP, que refuerce la motivación, no resultaría una injerencia desproporcionada ni, mucho menos, imprevisible.

Sin embargo, la cuestión plantea aristas más complejas. En efecto, el interés social en favorecer una reincorporación ordenada a la libertad retrocede en los casos en que existen elementos de juicio que permitan afirmar que el intento habrá de fracasar. En esos supuestos, resurge el interés originario en que las condenas se cumplan “seriamente”. Esto es lo que sucede, de hecho, cuando el liberado no “consiente” su liberación anticipada, que presupone, al menos, que exprese su intención de atenerse a las reglas de conducta fijadas⁽³²⁾. Si no se contara, al menos, con ese compromiso mínimo, la decisión de conceder la libertad condicional resultaría, por regla general, muy difícil de fundamentar.

7 | La reiteración extemporánea del pedido de libertad y la legitimación de la prisión una vez cumplido el tiempo mínimo

Según el art. 508 CPPN, que reglamenta el trámite procesal de las solicitudes de libertad condicional, luego de una decisión denegatoria, “el condenado no podrá renovarla antes de seis (6) meses de la resolución, a menos que ésta se base en no haberse cumplido el término legal”.

Al igual que toda norma procesal que reglamenta un instituto de derecho de fondo, está claro que la imposición del plazo indicado sólo podría tener efecto ordenatorio y orientarse a evitar la reiteración de solicitudes improcedentes sin que hubiera transcurrido un tiempo mínimo que justificara, ya por el mero transcurso del tiempo, que la procedencia de la libertad fuera nuevamente examinada. Es decir, que sólo podría alcanzar a la renovación de aquellos pedidos respecto de los cuales no exista un

(32) En sentido posiblemente similar, véase CHIARA DÍAZ, CARLOS, *Código Penal*, Bs. As., Hammurabi, 1997, p. 172.

argumento nuevo. En este sentido, el límite no sólo no podría alcanzar a los casos en que la denegatoria se hubiera basado en el incumplimiento del requisito de cumplimiento mínimo, sino a toda otra modificación de la situación del condenado que hiciera decaer el fundamento del anterior rechazo. Así, por ejemplo, si la decisión se sostuvo en que el condenado carecía de domicilio, y quince días después está en condiciones de aportar una residencia fija, no existiría ninguna razón material para postergar la liberación sujetándola al cumplimiento del plazo de seis meses.⁽³³⁾

Se debe tener en cuenta aquí cuál es el fundamento por el cual se mantiene la detención una vez transcurrido el tiempo mínimo de cumplimiento de encierro carcelario previsto por el art. 13 CP. En esto, no sólo es decisiva la concepción de la libertad condicional como un "derecho del condenado",⁽³⁴⁾ que ha de tener como correlato el deber estatal de respetar este derecho. Este aspecto es importante, pero no es el único a ser considerado. Además, es necesario plantear específicamente la cuestión de cuál sería el fundamento que legitimaría al Estado a continuar con la privación de libertad efectiva, y si, para sostenerla es suficiente con el juicio de culpabilidad que quedó plasmado en la sentencia condenatoria.

Desde cierto punto de vista, la respuesta a esta pregunta parece obvia: si el autor de un delito es condenado, por ejemplo, a seis años de prisión, su culpabilidad equivale justamente a eso: seis años de privación de libertad. En todo caso, que recupere la libertad a los cuatro años será el producto de una valoración ulterior, signada por un juicio de conveniencia u oportunidad, conforme el cual, cumplir la pena adecuada a la culpabilidad en su totalidad mediante el encierro podría resultar socialmente desventajoso.

Sin embargo, dentro de nuestro sistema en modo alguno puede entenderse que la libertad condicional sea el producto de una concreta valoración ulterior como resultado de la cual se constate la inconveniencia de prolongar la ejecución en un establecimiento carcelario. Por el contrario, ya la propia ley —a diferencia de otros sistemas— establece un lapso

(33) De otra opinión, CFCP, Sala I, en "Leguizamón, Néstor Omar", causa n° 4876, del 05/09/2003, y Sala IV, en "Esperanza, Daniel Germán", causa n° 4086, del 20/10/2003. Ver también, ARIAS, JOSÉ PÉREZ, "Libertad condicional. Presupuestos de procedencia a partir de la ley 25.892", en *Ícaro*, año 1, n° 1, 2006, p. 13 y ss., esp. p. 58 y ss.

(34) ZAFFARONI, *op. cit.*, t. V, p. 172.

de tiempo predeterminado —por regla, dos tercios de la pena— que necesariamente debe haber transcurrido antes de que el condenado pueda ser incorporado a un sistema de ejecución de la pena como el de la libertad condicional, consistente en una forma de “entrenamiento controlado en libertad”. Ese lapso mínimo no es fijado arbitrariamente, sino que señala el punto a partir del cual el legislador considera que ya es posible tener por satisfechas las necesidades de prevención general: la pena —¡adecuada a la culpabilidad!— presupone, en principio, que sólo dos tercios de ella serán cumplidos en un establecimiento carcelario, bajo el régimen que le es característico, y que ese tiempo ya es suficiente para demostrar la seriedad de la amenaza penal. El tiempo correspondiente al tercio restante es, en todo caso, tiempo exclusivamente destinado a la búsqueda de la mejor decisión preventivo-especial, esto es, con qué alternativa el riesgo de reincidencia es menor.⁽³⁵⁾ Desde este punto de vista, es posible invertir la perspectiva tradicional en materia de libertad condicional y, en lugar de razonar como si, en definitiva, se tratara de una “rebaja” —sea que se la conciba como derivada de un “derecho” o de un “beneficio”—,⁽³⁶⁾ considerar al tiempo de cumplimiento posterior a los dos tercios como un tiempo adicional, apoyado en particulares necesidades de prevención especial.

Si bien en las consecuencias cambiar la perspectiva no pareciera producir una modificación sustancial, si se parte de que transcurrido el lapso legal del art. 13 CP, la culpabilidad ya se encuentra, en principio, satisfecha, la fundamentación de la denegatoria de la libertad sería muy complicada desde el punto de vista del principio de culpabilidad. De allí que, entre nosotros, una propuesta como esta tropezaría con numerosos objetores. Satisfecha la culpabilidad, ya nada justificaría la prolongación de la privación de libertad. Es aquí donde, nuevamente, la idea del “marco de culpabilidad” puede convertirse en una explicación razonable: la totalidad de la pena “todavía” se adecua a la culpabilidad y, en ciertas condiciones, la prevención especial

(35) STRATENWERTH, *op. y loc. cit.*

(36) Cuando se discute si se trata de un derecho o de un beneficio se pierde de vista, en parte, la imprecisión de los requisitos de procedencia, que no se limitan a la constatación del tiempo mínimo de cumplimiento en prisión, sino que quedan sujetos a lo que Creus denomina “arbitrio aplicativo” con relación a si puede tenerse por satisfecha la observancia de los reglamentos carcelarios (ver CREUS, CARLOS, *Derecho Penal, Parte General*, 3ª ed., Bs. As., Astrea, 1992, p. 503).

permite renunciar al cumplimiento completo de esa pena, cuando ya se ha cumplido la parte de ella que “ya” se ajusta a la culpabilidad.⁽³⁷⁾

8 | El juicio de peligrosidad característico del rechazo de la libertad condicional

Existe entre nosotros una enorme reticencia a aceptar la idea de que las soluciones de prevención especial implican necesariamente juicios de peligrosidad.⁽³⁸⁾ Así, se intenta redefinir a la prevención especial en una idea, en apariencia, más acorde con el Estado de derecho: a través de la idea de una noción despojada de toda connotación de “reeducción coactiva” y limitada a la “obligación del Estado de proporcionar al condenado, dentro del marco del encierro carcelario, las condiciones necesarias para el desarrollo adecuado para que favorezca su integración a la vida social al recuperar la libertad”.⁽³⁹⁾ Plantear el tema desde la perspectiva de que la prevención especial sólo implica una “oferta” estatal de posibilidades de resocialización, es correcto. Pero no se debe caer en la tentación de suponer que esta pauta orientativa lo resuelve todo.⁽⁴⁰⁾ Poner el acento

(37) Es interesante confrontar la argumentación con que opera el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con relación al derecho inglés, en los casos “Waite v. Reino Unido”, del 10/12/2002, y “Stafford v. Reino Unido”, del 28/05/2002, en los que se sujetó el período de cumplimiento de una pena posterior al momento en que podían tenerse por satisfechas las necesidades de la retribución al régimen de control y restricciones propias de las injerencias en la libertad apoyadas en la peligrosidad del afectado. Ver ZIFFER, *Medidas de seguridad*, Bs. As., Hammurabi, 2008, cap. IX.

(38) Acerca de esto, ver ZIFFER, P., “La idea de ‘peligrosidad’ como factor de la prevención especial. A propósito del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso ‘Fermín Ramírez’”, en LL 2007-A, p. 630 y ss.

(39) Ver SALT, *op. cit.*, p. 177. Un concepto similar también aparece en ZIFFER, P., *Lineamientos*, *op. cit.*, p. 57 y ss.

(40) Ver una perspectiva de contenido más idóneo para la solución de los problemas normativos en esta materia, pero a la vez respetuosa del estado de derecho, en el trabajo de Delgado citado *supra*. Incluso Zaffaroni reconoce la posibilidad de denegar la libertad condicional sobre la base de un pronóstico de conducta “ante hechos concretos y probados” que hagan “que el encierro u otro régimen más estricto de la libertad asuma la función de coacción directa, para neutralizar ciertos peligros ciertos y reales de lesiones graves a bienes jurídicos fundamentales (amenazas para la vida de la víctima, de testigos, grave riesgo de muerte del propio condenado, etc.)”, en ZAFFARONI E.; ALAGIA, ALEJANDRO; SLOKAR, ALEJANDRO, p. 960.

en el deber estatal de hacerse cargo eficientemente de la resocialización compensando las carencias sociales del condenado es mirar sólo una parte del problema teórico implicado por un sistema de ejecución de penas sustentado en el objetivo de la reinserción social. No cabe duda de que, en el marco de ese objetivo, es función ineludible del Estado tratar de paliar, en cuanto sea posible, las deficiencias de socialización que pueda advertir durante la ejecución de la pena: durante el encierro, brindar amplias posibilidades de educación, y atención psicológica y médica, y favorecer el mantenimiento de los vínculos familiares, etc.; al momento de producirse la liberación, asegurar un trabajo digno, vivienda y apoyo social. Difícilmente alguien estuviera en desacuerdo con esto. Pero parece claro que, lamentablemente, la realidad suele ser muy diferente, y no sólo la que impone la escasez de recursos económicos y sociales para ser destinados a estos objetivos. Aun en el mejor de los casos, en que la gran mayoría de los internos decidieran hacer un amplio uso de todas estas posibilidades de compensar las dificultades que pudieran haberlos llevado a cometer un delito, al menos teóricamente, se debe prever cómo se habrán de resolver los casos en los que el condenado decida que prefiere no asistir a ninguna sesión de terapia, ni mejorar su educación ni superar ninguna de las circunstancias que pueden ser vistas como problemáticas. Partiendo del supuesto de que, además, se trata de un caso en el que un tratamiento psicológico y una mejora de la educación básica pueden ser vistas como condiciones necesarias para la reinserción social, y que ni lo uno ni lo otro puede ser impuesto coactivamente, por respeto a la dignidad del hombre, ¿se debe asumir que se trata de un caso en el que la libertad condicional ha de ser rechazada? El conflicto que aquí se intenta plantear también podría ser presentado a la inversa: ¿cuáles son los casos en los que no procede la libertad condicional?

Para responder a esta pregunta es imprescindible no perder de vista que hace al sentido mismo del instituto de la libertad condicional la idea de que se trata de un "beneficio", no ya para el condenado, sino para la propia sociedad. Si existe el art. 13 es porque se asumen los efectos desocializantes de la prisionización y se entiende que el condenado, en algún momento, habrá agotado su pena y recuperará la libertad.⁽⁴¹⁾ Y si necesi-

(41) La situación de los condenados a prisión perpetua es diferente, y exige un análisis particularizado. Algunos de los problemas que allí se plantean son tratados en ZIFFER, P., *Medidas de seguridad*, op. cit., especialmente cap. XI.

riamente habrá de producirse el retorno a la sociedad libre, es del interés de toda la sociedad que ese regreso no se produzca de cualquier manera, sino en forma controlada, tal como intenta regularlo la norma mencionada. Se trata, en definitiva, de un instrumento para facilitar la reinserción en la sociedad, que permite fuertes intervenciones frente a situaciones de crisis, que pueden llegar a la revocación completa de la libertad. Desde esa perspectiva, las razones por las cuales puede resultar conveniente para el Estado renunciar a ese instrumento de intervención frente a situaciones conflictivas no pueden ser muchas. En este sentido, los riesgos que podrían entrar en juego han de ser muy específicos, por ej. las desventajas de interrumpir un tratamiento psicológico que no fuera fácilmente reemplazable por uno ambulatorio, pues el efecto de la decisión es muy limitado: sólo posterga una libertad que, necesariamente, ha de producirse y que, como consecuencia de la postergación, carecerá de la posibilidad de intervención frente a una situación conflictiva particular.

En definitiva, el punto central a resolver frente a un pedido de libertad condicional es determinar cuál es la opción más razonable desde el punto de vista de la reinserción social. Si se parte de la alternativa característica de las penas temporales, la posibilidad, más o menos cierta de evitar la comisión de delitos⁽⁴²⁾ mediante la denegación de la libertad condicional es limitada, pues, a lo sumo, sólo podrá ofrecer un aseguramiento momentáneo que postergue provisionalmente la comisión de delitos extramuros. Ante esta situación, si la ulterior ejecución sólo promete aumentar la incapacidad del condenado de vivir conforme a reglas, la libertad condicional continuará siendo la alternativa más razonable. Por otra parte, cada retraso de la libertad reduce la posibilidad de que el resto de la pena continúe actuando como factor de presión y como período de intervención estatal frente a situaciones de crisis.⁽⁴³⁾ Algo similar sucede con las atenuaciones del encierro previstas por la ley 24.660 —las cuales, por cierto, constituyen la mejor vía de argumentación con relación a la posible conducta del condenado en libertad—. ⁽⁴⁴⁾

(42) Respecto de lo que aquí se intenta argumentar, puede dejarse de lado si la pena **efectivamente** puede cumplir una función de prevención especial, y en su caso, en qué medida. Del mismo modo, se puede prescindir —con ese alcance— de la discusión relativa a la admisibilidad constitucional de valoraciones sustentadas en pronósticos de peligrosidad.

(43) FRISCH, *op. cit.*, p. 738.

(44) FRISCH, *ibid.*, p. 749.

9 | Consideraciones finales

Quien no acepta una interpretación premial de la libertad condicional debe enfocar la pregunta relativa al sentido de la exigencia legal de “observancia de los reglamentos carcelarios” desde una perspectiva desvinculada del mantenimiento de la “autoridad penitenciaria”. En principio, si el condenado obtiene de las autoridades penitenciarias una buena calificación con relación a su conducta, y no presenta sanciones, en general, se entiende que una vez satisfechas las demás condiciones, puede obtener la libertad sin más.⁽⁴⁵⁾ Para el caso contrario, existe coincidencia en cuanto a que debe quedar en manos de los jueces el interpretar la significación de la conducta del interno cuando éste obtiene una calificación deficiente o presenta sanciones.

Ahora bien, en ese caso, ¿cuál es la razón por la cual la ley establece este requisito? Aquí se vuelve al planteo inicial de esta posición: si se concediera la libertad anticipada a quien no ha obedecido regularmente los reglamentos mientras dura su encierro, necesariamente se produciría un menoscabo de las pautas regiminales que regulan la vida de los encausados alojados en los establecimientos, con una evidente afectación a la autoridad de los funcionarios encargados de su custodia.

Sin embargo, como ya se dijo, una interpretación de tales características no sería compatible con la ley. Si bien es cierto que el art. 79 de la ley 24.660 establece la obligatoriedad del acatamiento de las normas de conducta que se determinen “para posibilitar una ordenada convivencia en su propio beneficio [de los internos] y para promover su reinserción social”, la propia ley fija un régimen particular de sanciones para las infracciones disciplinarias, y este régimen es el instrumento previsto como vía para mantener el orden en el establecimiento penitenciario. Aun cuando la comisión de faltas graves o reiteradas puede acarrear como consecuencia el retroceso dentro del régimen de progresividad (arg. art. 89, ley 24.660), esta decisión, al igual que la denegatoria de la libertad condicional, no podría tener por objetivo central actuar como una suerte de refuerzo adicional de la autoridad. Por el contrario, tanto en uno como en otro caso ello sólo puede ser la consecuencia de una interpretación de la falta en particular, a partir de la cual sea posible inferir una necesidad específica en cuanto a reacomodamiento del

(45) Así, ZAFFARONI, E.; ALAGIA A.; SLOKAR, A., *op. cit.*, p. 960.

tratamiento penitenciario, que de ningún modo puede conducir inexorablemente a cancelar atenuaciones del encierro valoradas como positivas desde el punto de vista del favorecimiento de la reinserción social. La ponderación de riesgos y beneficios será aquí ineludible, dada la mayor intervención en este momento de la pena del principio de proporcionalidad en cuanto deber de control de la razonabilidad de la injerencia estatal.⁽⁴⁶⁾

Desde cierto punto de vista, se podría pensar que es razonable sostener que si alguien que ha infringido permanentemente los reglamentos de todas maneras puede obtener la libertad anticipada, la autoridad del establecimiento se verá resentida. Pero de lo que se trata no es de reforzar la autoridad del establecimiento, sino de favorecer la reinserción social de los condenados. De tal manera que, aun en la hipótesis de que la autoridad pudiera verse menoscabada, si la libertad anticipada aparece como un beneficio social, esta alternativa es la que debe tener prioridad.

Sin perjuicio de lo dicho, y volviendo a la cuestión de la valoración de la calificación de la conducta y al concepto del interno por parte de las autoridades penitenciarias, el problema que aquí aparece como central es bastante más complicado, pues lo que se debe matizar es la significación de la conducta en prisión en forma más general. Así, inferir a partir de que el condenado no haya podido convivir ordenadamente durante el tiempo de encierro que tampoco lo hará en libertad, no es posible sin más ni más. En este sentido, se ha repetido hasta el cansancio que la conducta en una situación artificial como la del encierro carcelario difícilmente pueda servir como pauta de pronóstico de la conducta en libertad.⁽⁴⁷⁾ Ya los primeros trabajos en nuestro país sobre este tema señalaban el fenómeno: “los peores delincuentes son los que cumplen los reglamentos”.⁽⁴⁸⁾ Dejando de lado el objetivo que se perseguía al formular esta opinión, lo que sí

(46) En este sentido, se trata de una problemática muy similar a la que se plantea respecto de las injerencias apoyadas en pronósticos de peligrosidad. Ver ZIFFER, P., *Medidas de seguridad*, op. cit., cap. IV.

(47) Así sostiene STRATENWERTH, op. y loc. cit., n.m. 54 s. y, entre nosotros, ZAFFARONI E.; ALAGIA A.; SLOKAR A., op. cit., p. 958.

(48) Tal la opinión de Julio Herrera, recogida y comentada por CABALLERO, JOSÉ SEVERO, op. cit., p. 87 y ss. Desde un punto de partida bien diferente, afirma Stratenwerth: “De hecho, justamente los autores reincidentes crónicos, según el estado actual del conocimiento criminológico, se caracterizan, en su mayoría, por debilidades en la voluntad y labilidad o por déficits serios de la personalidad. Esto, muchas veces, no les impide ‘funcionar’ en cierta medida sin

es cierto en ella es que la adaptación a la vida carcelaria de ningún modo puede constituir una pauta de socialización ideal. Por otro lado, reaccionar frente a infracciones disciplinarias no sólo imponiendo una sanción, sino además, denegando la libertad condicional sería, si no ya contrario al *ne bis in ídem*, cuando menos, claramente desproporcionado.

La referencia a los reglamentos carcelarios, por lo demás, ha perdido buena parte de su significación originaria a partir del nuevo texto del art. 13 CP que, conforme la ley 25.892, ha introducido la exigencia de un informe previo de peritos "que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social". No obstante ello, el requisito de la observancia de los reglamentos carcelarios continúa reflejando la intención legislativa de someter la decisión en materia de libertad condicional a pautas medianamente **objetivas**.⁽⁴⁹⁾ Es decir que, si bien no se debe sobredimensionar su aptitud como "indicio de resocialización", tampoco es posible recurrir a la invocación de meras especulaciones o criterios puramente subjetivos. En este sentido, cuando de pronosticar en forma individualizada la reinserción social se trata,⁽⁵⁰⁾ aun cuando la importancia de la observancia de los reglamentos pueda ser relativizada, no sucede lo mismo con los avances en el régimen progresivo y, en particular, con las atenuaciones del encierro.⁽⁵¹⁾ Ellas sí constituyen una pauta de argumentación decisiva, en tanto reflejan, concretamente, cuál es la conducta del condenado cuando ve ampliado su ámbito de libertad y cuáles son sus posibilidades concretas para manejarse frente a las situaciones que se le pueden presentar en la vida social.⁽⁵²⁾

problemas en el establecimiento penitenciario, bajo una completa reglamentación artificial de la vida cotidiana", en STRATENWERTH, *op. y loc. cit.*, n.m. 55.

(49) En sentido similar, DÍAZ CANTÓN, FERNANDO y PITLEVNIK, LEONARDO, "Las condiciones para obtener la libertad condicional", en *NDP*, 1998/A, p. 177 y ss.; CHIARA DÍAZ, CARLOS, *op. cit.*, p. 178.

(50) Tal la exigencia legal en cuanto al contenido del "informe de peritos" previo a la concesión de la libertad.

(51) Acerca del recurso a las atenuaciones de la prisión para resolver casos de duda con respecto a la regular observancia de los reglamentos carcelarios, ver ZAFFARONI E.; ALAGIA A.; SLOKAR A., *op. cit.*, p. 960.

(52) No obstante ello, la significación de los "fracasos" durante las atenuaciones tampoco puede ser sobredimensionada, en tanto, de todos modos, el condenado queda expuesto a una situación vital totalmente atípica. Al respecto, ver STRATENWERTH, *op. cit.*, p. 105.

Sistemas penales comparados y determinación de la pena en Europa⁽¹⁾

por **DIEGO ZYSMAN QUIRÓS**⁽²⁾

I | Introducción

De manera habitual nos referimos a la determinación o individualización de la pena para aludir a la decisión sobre el modo de imponer un castigo, un tema jurídico de aplicación diaria, del que la dogmática jurídico-penal y la política criminal se han ocupado con atención creciente de una manera normativa o prescriptiva, pero sólo en los últimos tiempos.

El problema principal de nuestros días es la ausencia de una respuesta claramente racional en relación a este aspecto. Por ello, se ha investigado y teorizado con el fin de establecer criterios coherentes y racionales para erradicar, reducir o, al menos, delimitar la discrecionalidad (en muchos casos sinónimo de arbitrariedad) de las decisiones judiciales tomadas en

(1) Este artículo reelabora un texto publicado como parte de la obra *Sociología del Castigo. Genealogía de la determinación de la pena*, Bs. As., Didot, 2012.

(2) Abogado por la Universidad de Buenos Aires, en la que también ha realizado estudios de Sociología. Es Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona (UB), donde también obtuvo el Diploma de Estudios Avanzados y Máster Europeo "Sistema penal y problemas sociales". Docente e investigador de Derecho Penal y Criminología en la Facultad de Derecho (UBA) y en posgrados de otras universidades públicas y privadas. Ha sido funcionario en el fuero en lo Penal Económico, donde ha trabajado por 15 años y actualmente se desempeña en la actividad privada.

Códigos modernos como el nuestro, que establecen ciertos casos de penas alternativas y, especialmente, marcos penales relativamente flexibles que permiten decidir la cantidad de un castigo en un arco de penas mínimas y máximas donde la privación de libertad es la pena por excelencia. Por razones que van mucho más allá de las matemáticas, una condena a homicidio simple de 8 años de prisión no es igual a una condena a 25.

Entre los juristas y quienes se vinculan con la práctica penal, también existe un consenso generalizado a la hora de afirmar que esta cuestión se encuentra estrechamente vinculada con las teorías de los fines y fundamentos de la pena y que es una de las asignaturas penales más importantes, pues se vincula al acto de mayor trascendencia para un condenado (la pena concreta que sufrirá).

Pese a ello, recién en las últimas tres o cuatro décadas en EEUU y Europa (y en mucho menor medida en Latinoamérica), ha existido un desarrollo jurídico más significativo en relación al tema. Por estas circunstancias se habla de una materia misteriosamente olvidada por los refinamientos del derecho penal y la teoría del delito, durante la mayor parte del siglo XX.

Ahora bien, esta búsqueda moderna de criterios racionales para establecer penas más coherentes, proporcionales, igualitarias, justas o fundadas, también ha permitido un importante desarrollo que va más allá de las reflexiones de la dogmática jurídico-penal. Estas aproximaciones también intentan superar el foco exclusivo en la determinación “judicial” a partir de una preocupación integral que (sin desconocer su importancia histórica) destierra la tan citada —y a veces criticada— distinción entre una individualización legal, judicial y administrativa que se remonta al distinguido comparatista del derecho —mucho más que penalista— Raymond Saleilles, de fines del siglo XIX.⁽³⁾

(3) Una crítica a la distinción y un panorama local de las últimas décadas puede verse tempranamente en ZAFFARONI, EUGENIO R.; *Manual de derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Bs. As., Ediar, 1979, cap. XXXIX, especialmente pp. 619/629 y, más profundamente, en su primer *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, vol. V, Bs. As., Ediar, p. 281 y ss.; y para el siglo XXI, en ZAFFARONI, EUGENIO R., ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO; *Derecho Penal. Parte General*, Bs. As., Ediar, 2000. La aproximación propiamente dogmática en nuestro país y los de influencia jurídica germana, puede verse especialmente en ZIFFER, PATRICIA A.; *Lineamientos de la determinación de la pena*, Bs. As., Ad Hoc, 1996; y en DEMETRIO CRESPO, EDUARDO, *Prevención General e individualización judicial de la pena*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1999; HÖRNLE, TATJANA; *Determinación de la Pena y Culpabilidad. Notas sobre la Teoría de la Determinación de la Pena en Alemania*, Bs. As., FJDP, 2003; y FEJOO SÁNCHEZ,

Las comparaciones en materia de determinación de la pena de los sistemas jurídicos europeos nos permiten prestar especial atención a muchas de las complejidades que este tema ofrece en nuestros días.

2 | Severidad del castigo y sistemas de penas flexibles y rígidas

Es un hecho relativamente conocido que en los EEUU, a mediados de la década del setenta del siglo pasado, un profundo cuestionamiento a la arbitrariedad con la que los tribunales de dicho país imponían los castigos en base al sistema de penas indeterminadas que impulsó un nuevo giro en relación a la determinación de la pena, que pasó de un sistema de penas absolutamente flexibles a uno de penas esencialmente fijas. Este cambio influyó de manera directa a distintos países de su entorno jurídico y cultural y de manera indirecta a muchos otros más. Estas reformas no pasaron desapercibidas para quienes estudiaron y estudian las razones por las cuales EEUU, desde hace años, se ha convertido en el país emblema del encarcelamiento masivo, con más de dos millones de personas encerradas.⁽⁴⁾

Las desigualdades relevantes que existen entre distintos aspectos del castigo en Europa y los EEUU, tampoco impiden diferenciar notables distancias internas entre la legislación y las prácticas penales. Hablar del *sentencing*⁽⁵⁾ o determinación de la pena en Europa en general, incluso limitándose a Europa occidental, o a un cierto número de países relevan-

BERNARDO, "Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena", en *InDret*, n° 1, 2007, p. 5 y ss. [en línea], www.indret.es, entre muchos otros en lengua castellana.

(4) Hemos estudiado en profundidad este caso y su sistema de penas, en ZYSMAN QUIRÓS, DIEGO, *Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos. Un estudio sobre las United States Sentencing Guidelines*, Madrid, Marcial Pons, 2013.

(5) La voz *sentencing*, de difusión internacional, proviene del ámbito jurídico anglosajón donde se denomina así al proceso legal mediante el cual los jueces imponen una pena a quien ha sido condenado (convicto) por la comisión de uno o más delitos. *Sentence*, a su vez, alude exclusivamente a la sentencia mediante la cual se impone una pena (y no a la declaración de culpabilidad por un hecho delictivo o a la decisión judicial concerniente a otras áreas del derecho). A pesar de que la voz *sentencing* posee en los países angloparlantes una denotación más sólida en distintas disciplinas (derecho, historia, sociología) y una utilización más amplia, que casi denota por sí misma a una disciplina especializada (referida al estadio en el cual el acusado se somete ante el tribunal para la imposición de la *sentence*) a diferencia

tes, parece pecar necesariamente de ingenuidad, pues los estudios de derecho y penalidades comparados de los sistemas europeos destacan, entre otros aspectos, la variación en severidad y flexibilidad que existe entre ellos, tanto en sus legislaciones como en sus prácticas.

También se pone de resalto la dificultad de utilizar simplícidamente la acostumbrada distinción entre sistema europeo-continental y *common law* para englobar adecuadamente a los sistemas jurídicos, algo que tampoco se modifica si se suman, como tercer grupo aparte, los países nórdicos. Algunos trabajos, como los de Cavadino y Dignan, han sido muy influyentes a partir de su intención de profundizar el análisis comparativo y proponer grupos según índices socio-económicos, culturales y de política penal, que identificarían un neoliberalismo atemperado en Europa y Gran Bretaña, un corporativismo socialdemócrata en los países nórdicos y otro conservador en el que ingresarían países tan diferentes como Holanda, Alemania, Francia e Italia.⁽⁶⁾ Otras opiniones han encontrado mayor mérito en distinguir cuatro modelos político-jurídicos (nórdico, anglosajón, continental central —germánico— y continental meridional —España, Portugal, Italia, Grecia—), mas a pesar de ello, se destacan las grandes limitaciones que demuestran las diferencias existentes en ciertos grupos.⁽⁷⁾

Lo cierto es que la población penal europea, sin llegar a aproximarse al encarcelamiento masivo de los EEUU, también ha venido registrado un aumento creciente de encarcelados desde la década del noventa, que sólo en los últimos cinco años se ha comenzado a revertir, con excepciones muy puntuales de algunos países nórdicos como Dinamarca o Finlandia. Este crecimiento tampoco ha podido vincularse con un incremento en la criminalidad.⁽⁸⁾

de la que solemos dar en nuestro medio así a la *determinación de la pena*, salvo aclaración especial, a los efectos de este trabajo, ambas serán utilizadas como sinónimos.

(6) Ver CAVADINO, MICHAEL y DIGNAN, JAMES, *Penal Systems. A comparative Approach*, London, Sage, 2006 y en castellano TAMARIT SUMALLA, JOSEP M., "Sistema de sanciones y política criminal: un estudio de Derecho Comparado europeo", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* [en línea], n° 9-06, 2007, pp. 1/40.

(7) Ver en TAMARIT SUMALLA, JOSEP M., *op. cit.*, pp. 6/7.

(8) Sobre este proceso debe consultarse el trabajo de CHRISTIE, NILS, *Una sensata cantidad de delito*, trad. de C. Ezpeleta y J. Iosa (2004), Bs. As., Del Puerto, 2004, capítulo IV.

Sin pretender dar cuenta de la dinámica exacta de este incremento, puede señalarse que, al momento, inmediatamente luego de Rusia con 741.000 presos (que sigue a EEUU y China en el orden mundial), Ucrania y Turquía, aparecen Inglaterra y Gales con 87.092 personas encarceladas; Polonia con 85.245; Francia con 85.245; España con 70.675; Alemania con 68.099; y luego, de varios países del este: Holanda con 14.488; Portugal con 13.285; y saltando otros casos, (en el puesto n° 18) Grecia con 11.934 presos y (en el n° 27) Suecia con 6669 encarcelados; (en el n° 34); Dinamarca con 4981; seguida de Noruega con 3602; y (en el n° 37) Finlandia con 3189 personas encarceladas, para citar sólo algunos de los países.

Sin embargo, si tomamos uno de los índices más utilizados en informes comparativos (aunque por carácter estático, también sujeto a diversas críticas) como es la relación entre los encarcelados y la medida de la población cada 100.000 habitantes, encontramos que algunos puestos luego de Georgia con 516 y la Federación Rusa con 524, en los países de Europa occidental encontramos a Inglaterra y Gales con 155 presos; España con 152; Portugal con 125; Francia con 115; Italia con 109;⁽⁹⁾ Austria con 104; Bélgica con 97; Holanda con 87; Alemania con 83; y, en el arco más bajo, a Dinamarca con 74; Noruega con 73;⁽¹⁰⁾ Suecia con 70; y Finlandia con 59, país que mantiene desde hace décadas la *ratio* más baja entre las naciones occidentales industrializada.⁽¹¹⁾

(9) Pavarini ha realizado un detallado estudio del arco de población penal detenida en Italia, a lo largo de cien años (1896/1996), que ayuda a realizar una gran cantidad de reflexiones de tipo dinámico, a las que la "fotografía" que presentamos, conscientemente, no pueden aspirar. Por ejemplo, Pavarini nota que, en su país, la población penal fue comparativamente muy baja durante gran parte de esos cien años y que incluso la severidad de las leyes, no trasuntó en un mayor encarcelamiento, esto hasta llegar a fines de la década del ochenta (1980), a pesar de la existencia de un andamiaje alternativo mucho más desarrollado. Ver PAVARINI, MÁXIMO, *Un arte abyecto. Ensayo sobre el gobierno de la penalidad*, trad. de M. Sozzo y M. Candiotti, Bs. As., Ad-Hoc, 2006, especialmente cap. 6 "Cien años de sufrimiento", pp. 155/212.

(10) Es tremendamente elocuente recordar a CHRISTIE, NILS, *Los Límites del dolor*, (México, FCE, trad. del orig. de M. Caso (1984), 1984, p. 42) cuando en 1981 se lamentaba diciendo: "Actualmente hay alrededor de 1800 noruegos en prisión. Esto significa aproximadamente 44 por cada 100.000 habitantes ¿Por qué sólo 44?, ¿por qué no 115 por cada 100.000, como en Finlandia?, o '¿por qué no tomar a las grandes naciones industrializadas como modelo? Los Estados Unidos tienen actualmente medio millón de personas encarceladas, lo que significa 230 por cada 100.000 habitantes..."; ¡Qué lejanas han quedado estas cifras de acuerdo a lo que hemos visto!

(11) Hemos consultado, al respecto, las últimas estadísticas del World Prison Brief del ICPS, que contemplan los últimos datos (en algunos casos de fines del 2010, en otros de principios del 2012). Pueden consultarse [en línea], http://www.prisonstudies.org/info/worldbrief/wpb_stats.php (consultado por última vez en mayo de 2012). Debe destacarse que luego

En un nivel de análisis distinto, atento a las diferencias existentes entre las leyes penales, puede decirse que si bien desde hace más de un siglo la pena de prisión tiene una clara dominancia en todos los países occidentales, parece conveniente diferenciar a aquéllos que sólo contemplan la prisión y la multa como penas fundamentales (como Alemania, Austria, Italia, Polonia, Portugal o España) de los que también legislan y utilizan otra clase de penas (de carácter prohibitivo, o para control, incapacitación o resocialización), como las llamadas *community sentences*, en Gran Bretaña. Penas que solamente en Suecia y Finlandia parecen haber reemplazado verídicamente las condenas a prisión, en lugar de extender aún más la red punitiva.⁽¹²⁾

En muchos de estos países, la prisión perpetua es hoy, ante la abolición general de la pena de muerte,⁽¹³⁾ la pena más severa que puede imponerse (sin embargo, la prohíben España, Portugal y Noruega).⁽¹⁴⁾ También existen países que prevén penas máximas muy altas, que llegan a más de 20 o 30 años de prisión (el caso de Portugal). No obstante, en muchos países estas penas no se aplican en la práctica y mantienen, a lo sumo, un papel fuertemente simbólico (por supuesto, no así para quien efectivamente sufre el horrible destino de ser condenado por ellas).

Por todo ello, se afirma, con razón, que el indicador más relevante para definir la severidad de un sistema penal debe asociarse, principalmente, con el uso de la cárcel como respuesta principal para un gran número de delitos.⁽¹⁵⁾ Para completar la idea, también se sostiene que las diferencias en los regímenes de libertad anticipada o condicional de los países euro-

de muchos países pequeños, la última posición la tiene San Marino, que no posee ningún encarcelado. Un estudio en profundidad de las diferentes explicaciones ensayadas para dar cuenta de ello, y su propia postura al respecto ("el punto de vista dominante"), en PAVARINI, *op. cit.*, pp. 135/154.

(12) *Ibid.*, pp. 7/8.

(13) La mirada de una Europa "libre" de pena de muerte puede verse en distintos trabajos en ANITUA, GABRIEL IGNACIO y YAMAMOTO, MARÍA VERÓNICA (comps.), *Pena de muerte. Fundamentos teóricos para su abolición*, Bs. As., Didot, 2011.

(14) Sobre este punto, puede verse el detalle de JULIANO, MARIO A. y ÁVILA, FERNANDO, *Contra la prisión perpetua. Una visión histórica y comparada de las penas a perpetuidad*, Bs. As., Del puerto, 2012, p. 25 y ss.

(15) Ver en TAMARIT SUMALLA, JOSEP M., *op. cit.*, p. 9.

peos, es decir, las diferencias en la ejecución, tampoco explican las diferencias significativas antes ilustradas.⁽¹⁶⁾

Sumado a ello, también existen diferencias en la llamada flexibilidad de las penas. Mientras los países europeos del *common law* han venido caracterizándose por conceder a los jueces un amplio margen de autonomía, que integra la idea de imparcialidad de la magistratura, el derecho continental se encuentra más asociado a la tradición legalista del Código Napoleón de 1810 y, por ende, a las restricciones legislativas mediante penas máximas y mínimas.⁽¹⁷⁾ Como hemos visto —y aunque en términos generales esto es muy discutible— muchas veces a lo largo de la historia la flexibilidad es evocada como garantía de menor severidad.⁽¹⁸⁾ Así lo entiende en la actualidad Tamarit Sumalla, quien manifiesta, como consecuencia de su estudio comparativo realizado que,

“...la duración de los encarcelamientos aparece menos asociada a la magnitud media de los marcos penales o a los máximos de pena legalmente imposibles que a la amplitud de los marcos penales y, por consiguiente, tiene más que ver con los mínimos de pena o con la existencia de mayores posibilidades de sustitución de penas privativas de libertad o de dispensa de la pena”.⁽¹⁹⁾

Y a partir de ello, concluye de la siguiente forma:

“Hemos podido comprobar que la moderación real del rigor punitivo aparece más asociada a los indicadores de flexibilidad que a los propios indicadores legales de escasa afflictividad en abstracto. En consecuencia, una estrategia de reducción del encarcelamiento debe plantearse, en los sistemas legalmente más

(16) *Ibid.*, p. 15.

(17) Un examen detallado de las legislaciones penales y reglas para la determinación de la pena, en países apenas conocidos para nuestros estudios jurídicos, como Albania, Croacia, Eslovenia, ex Yugoslavia y Rusia —que escapa totalmente a las posibilidades de esta obra— en la tesis doctoral de BERTOLI, MARILDA, “*A discrezionalità del giudice nella commisurazione della pena nei paesi dell’Europa dell’ Est*”, presentada en la Università Degli Studi di Trieste, Italia, 2008, [en línea], <http://www.openstarts.units.it/dspace/handle/10077/2649> (consultada por última vez en mayo de 2012).

(18) *Ibid.*, p. 38.

(19) *Ibid.*, p. 17.

rígidos, un programa de reformas mediante las que se abran razonables espacios de discrecionalidad judicial en las reglas de aplicación y de determinación de la pena”.⁽²⁰⁾

En verdad, ninguno de los países de Europa continental se identifica a sí mismo con un sistema de penas fijas. No obstante, resulta evidente que España e Italia se encuentran más cerca del espíritu histórico de los códigos modernos de penas rígidas, mientras que los nuevos códigos penales de Francia y Portugal han flexibilizado las pautas para la determinación de la pena, aproximándose a los sistemas más preocupados con la idea de culpabilidad individual, más que a la individualización decimonónica basada en la peligrosidad. Puesto que, aun así, ninguno de ellos experimentó una discreción judicial y administrativa similar a la que existió en muchos estados estadounidenses que aplicaron la pena indeterminada hasta la pasada década del setenta, ni tampoco, una rigidez siquiera similar a la del sistema de las *United States Sentencing Guidelines* que se aplican en la actualidad en el orden federal, estas comparaciones, difíciles y opinables, se establecen en razón de una serie de indicadores más o menos razonables. Por ejemplo, la amplitud de los marcos penales, la existencia de circunstancias generales para agravar o atenuar el delito, los criterios de libertad anticipada o condicional (antes mencionados con respecto a la severidad del castigo) y otras pautas más genéricas, vinculadas a la posibilidad de renunciar a accionar penalmente frente a ciertos casos.⁽²¹⁾

En este sentido, como regla general, países como Gran Bretaña,⁽²²⁾ Irlanda del Norte, Dinamarca o Francia⁽²³⁾ (sólo para los delitos, no los crímenes)

.....
(20) *Ídem*, p. 38.

(21) TAMARIT SUMALLA, JOSEP M., por ejemplo, desde un concepto amplio de flexibilidad, examina, además, la posibilidad o no de penas alternativas, mecanismos para dejar de imponer o sustituir la pena prevista para el delito, las distintas circunstancias que modifican la responsabilidad penal, la dispensa de pena por cuestiones de oportunidad, insignificancia o compensación por reparación o pena natural, (*op. cit.*, pp. 11/16).

(22) Veremos que, en Gran Bretaña, los mínimos penales o mínimos obligatorios (*mandatory minimums*) han sido muy resistidos por la magistratura, como sucede en los EEUU como muchas leyes, especialmente las identificadas desde 1994 con el latiguillo de los “*Three strikes and you’re out*”.

(23) En Francia el Código Penal vigente estipula que “en los límites fijados por la ley, la jurisdicción pronuncia las penas y fija su régimen en función de las circunstancias de la infracción y de la personalidad de su autor” (art. 132, inc. 22); concepto en el cual se entienden contempladas la personalidad propiamente dicha, los móviles y la situación

no prevén mínimos penales que obliguen a los jueces).⁽²⁴⁾ En Alemania existen marcos penales suficientemente amplios, y delitos que no prevén mínimo penal; mientras que en Bélgica, Italia, Portugal o España, la regla es la fijación legislativa de mínimos y máximos —en este último país, comparativamente muy estrechos—. Asimismo, la legislación penal sueca, reformada en este aspecto en 1988 (y vigente al otro año), prevé un sistema de determinación de las penas basado en la proporcionalidad, con mínimos y máximos, inusualmente detallado y bastante complejo. Cabe recordar que Suecia fue uno de los pocos países que adoptaron ampliamente, al igual que los EEUU, leyes de pena indeterminada (para delincuentes peligrosos desde 1927 y para jóvenes desde 1935).⁽²⁵⁾

Por otro lado, en relación a la ejecución penal, la regla general para obtener una libertad anticipada o provisional es el cumplimiento de los dos tercios del total de la pena impuesta. Así sucede en Suecia, Alemania y Holanda, en Finlandia sólo para los reincidentes (pues admite el cumplimiento de la mitad de la condena para los demás casos, al igual que sucede en Francia y Austria para ciertos delitos), Bélgica también requiere los dos tercios para estos supuestos y exige un tercio de cumplimiento en otros casos; Gran Bretaña y Portugal prevén los dos tercios del cumplimiento para la mayoría de sus supuestos y la mitad de la condena para otros, mientras que en España, de manera aislada, como principio general se concede la libertad al cumplir los tres cuartos de la condena, salvo en casos en los cuales se lo hace con el cumplimiento de los dos tercios, o a la mitad de la misma.⁽²⁶⁾

.....

económico-social. Además, la proporcionalidad del castigo y la obligación de motivarlo constituyen principios generales, pero no escritos.

(24) Ver el informe de VERVAELE, J. A. E. y KLIP, A. H., "National report of the Netherlands", en Delmas-Marty, M. y Vervaele, J. A. E. (eds.), *The implementation of the Corpus Iuris 1997 in the member states/La mise en œuvre du Corpus Iuris 1997 dans les États Membres*, ol III, Intersentia, Antwerp-Groningen-Oxford, 2000, p. 661/678.

(25) Ver VAN DEN WYNGAERT, C. y STESENS, G., "Rapport national belge", en *The Implementation...*, op. cit., vol. II, pp. 75/220, p. 116; SICURELLA, R., "Rapport national italien", en *idem*, vol. II, p. 504 y TAMARIT SUMALLA, JOSEP M., op. cit., p. 11; JAREBORG, N., "The Swedish Sentencing Reform", en Rod Morgan y Chris Clarkson, op. cit., pp. 95/123 y JAREBORG, N., "National report of Sweden", en *The Implementation...*, op. cit., vol. III, p. 833 y Von Hirsch, Andrew, "Sentencing Reform in Sweden", en Michael Tonry y Kathleen Hatlestad, *Sentencing Reform in Overcrowded Times. A comparative Perspective*, New York, Oxford, Oxford University Press, 1997, pp. 211/216.

(26) TAMARIT SUMALLA, op. cit., pp. 15/16.

3 | La Unión Europea y la uniformidad en el *sentencing*

La Unión Europea —donde se vislumbra el encuentro de los dos principales sistemas jurídicos— fue probablemente el primer lugar común donde se planteó de manera más definida y generalizada la discusión actual por la determinación de la pena, aun cuando no haya modificado sustancialmente los estudios y las prioridades de cada país, puertas adentro.

Se ha dicho muchas veces que la preocupación por armonizar la legislación penal europea reconoce un antes y un después del Tratado de Ámsterdam de 1997.⁽²⁷⁾ No obstante, en lo que aquí nos interesa, debe recordarse que en 1973 el Consejo de Europa, mediante el subcomité Hall-Williams (nombre de los dos expertos que lo presidieron), realizó la primera experiencia comparada en materia de castigo, con jueces de dieciséis países. Sobre la base de un caso real, cada juez debía explicar, entre otras cosas, el mínimo y el máximo de la pena que conllevaba en su país, la fundamentación de la pena en la que se basaría, las circunstancias atenuantes o agravantes que incidirían en ella y acordar el castigo en concreto que hubiese aplicado, tanto de acuerdo con el marco legal de su país, como en el caso en que tuviese total libertad para expresarse.

La conclusión más importante de este encuentro surgió al cabo del análisis de los primeros tres dossiers. Así pues, allí se advirtió que las diferencias entre medidas y penas propuestas por cada uno de los representantes eran por demás considerables.⁽²⁸⁾

No obstante ello, recién en 1992, un año después de la famosa *Criminal Justice Act* inglesa de 1991, el Consejo de Europa dictó la principal recomendación (n° 17) sobre *sentencing*.⁽²⁹⁾ Este documento se ocupa, entre

(27) MIRANDA RODRÍGUES, ANABELA, "El sistema de determinación de la pena en la Unión Europea", en Luis Arroyo Zapatero y Adrián Nieto Martín (coords.), *Fraude y corrupción en el Derecho Penal Económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006, p. 521; DEMETRIO CRESPO, EDUARDO, "Sobre la armonización de las sanciones en la Unión Europea", en *Revista Penal*, n° 16, 2005, pp. 43/53.

(28) KELLENS; *op. cit.*, p. 90.

(29) Las resoluciones y recomendaciones más importantes sobre alternativas a la prisión y cuestiones penitenciarias, de clara relación con el tema, habían sido: Resolución (1965) 1,

muchas otras cosas, de abordar la disparidad injustificada como un problema al que debe responderse respetando la imparcialidad de los jueces, a partir de una declaración de principios jerarquizados por ley, que permitan lograr “coherencia” y “consistencia”. Se entendió que esto no debería llevar a una mayor severidad penal ni a una discriminación por razones de color, género, nacionalidad o estatus social. Además, se estableció que la pena prevista para distintos delitos debía ser coherente con su gravedad, los márgenes estipulados no muy amplios —los mínimos, incluso, debían poder franquearse por las circunstancias del caso— y las agravantes debían ser clarificadas por la ley o la práctica legal. También se entendió que requerían ser probadas más allá de la “duda razonable”. Del mismo modo, para avanzar en la materia, aquella resolución recomendó que los jueces investigaran las penas impuestas en otros precedentes judiciales, se confeccionaran estadísticas, se efectuaran investigaciones y se mantuviera la cooperación internacional en la materia.

A decir verdad, esta recomendación fue producto directo del Octavo Coloquio Criminológico, celebrado en 1987, en el marco del Consejo de Europa (año, precisamente, en el cual en EEUU se ponían en vigor las *Federal Sentencing Guidelines* antes aludidas) y destinado a analizar el problema de la disparidad en el *sentencing*; encuentro en el cual expusieron los representantes de Suecia, Francia, Holanda y Gran Bretaña.⁽³⁰⁾ Puede destacarse de este evento que el conflicto de tradiciones asentadas en los dos modelos de *sentencing* descriptos trascendió también a la definición de dis-

sobre condena condicional, *probation* y otras alternativas al encarcelamiento; Resolución (1970) 1, sobre organización práctica de medidas para la supervisión y cuidado posterior a las condenas condicionales o liberaciones condicionales; Resolución (1976) 2, sobre el tratamiento de prisioneros con condenas extensas; Resolución (1976) 10, sobre medidas penales alternativas al encarcelamiento; Recomendación n° R (82) 16, sobre liberación de la prisión; Recomendación n° R (87) 3, concerniente a las Reglas Europeas sobre la prisión; Recomendación n° R (89) 12, sobre educación en la prisión; Recomendación n° R (92) 16, en relación a las Reglas Europeas sobre sanciones comunitarias y medidas; la citada Recomendación n° R (92) 17 sobre consistencia en *sentencing*; Recomendación n° R (97) 12, sobre las preocupaciones de funcionarios en relación a la implementación de sanciones y medidas; Recomendación n° R (99) 22, concerniente a la sobrepoblación e inflación penitenciaria; y Recomendación R (2000) 22, sobre el progreso en la implementación de las Reglas Europeas sobre sanciones comunitarias y medidas (la traducción de los nombres, del inglés, nos pertenece).

(30) AA.VV, *Conseil De L'europe, Disparités dans le Prononcé des Peines: Causes et Solutions. Rapports presentes au Hutieme Coloque Criminologique* 1987, Strasbourg, 1989; y BUENO ARÚS, FRANCISCO, “La Determinación Judicial de la Pena y el Consejo de Europa”, en *Actualidad Penal*, n° 15, abril de 1992.

paridad.⁽³¹⁾ Las conclusiones y recomendaciones del coloquio reconocieron que no todos los países consideraban el tema como un problema, ni debían adoptar las mismas soluciones. Se estimularon medidas para adoptar una política “coherente” y “consistente” en relación a las penas, para identificar los factores de determinación pertinentes o, en su defecto, un acuerdo con respecto a los que no podrían tener trascendencia en el tema. Todo ello, con el fin de permitir la revisión de las condenas. Del mismo modo, estas indicaciones puntualizaron la necesidad de una mayor formación técnica de los jueces y un análisis jurisprudencial de las prácticas efectivamente seguidas, la obligación de justificar los motivos por los cuales se imponía una pena y la posibilidad de recurrir las decisiones. También se dejó en claro que el interés debía dirigirse tanto con respecto a la determinación judicial como a la determinación ejecutiva de la pena, para evitar que esta última neutralizase los efectos de la primera.⁽³²⁾

Más recientemente, en el año 2003, la Recomendación n° 22 sobre Libertad condicional y *Parole* reconocieron que “la libertad condicional es uno de los medios más efectivos y constructivos de prevenir la reincidencia y promover la estabilidad, otorgándole al prisionero una reintegración a la comunidad planeada, asistida y supervisada”. A partir de ello, se estimuló a que los Estados Miembros:

1. introdujeran la liberación condicional en sus legislaciones, si aún no la tenían;
2. se guiaran por los términos de aquella resolución para ello; y
3. se aseguraran de que esta recomendación y su memo explicativo se difundiera lo máximo posible.

También se propuso que la “...liberación condicional esté disponible para todos los condenados, incluyendo aquéllos sometidos a prisión perpetua” y se encomendó que al momento de comenzar a cumplir pena los condenados debían saber exactamente cuándo podrían aspirar a la liberación condicional y los criterios que se utilizarán para concederla —en principio, sometidos a supervisión y control—.

(31) BUENO ARÚS, FRANCISCO, *op. cit.*

(32) AA.VV, *Conseil De L'europe; op. cit.*, conclusiones, pp. 163/164. Sobre este tema en las posteriores reuniones y decisiones del Consejo de Europa, puede verse a MIRANDA RODRÍGUES, ANABELA, *op. cit.*

Así pues, queda en claro que las reuniones, resoluciones y recomendaciones del Consejo de Europa han dado un acicate especial para la uniformidad en la determinación de la pena entre los países miembros, valor que no ha tenido la misma relevancia en las discusiones meramente locales. La jurista portuguesa, Miranda Rodríguez, refiere que en la Unión Europea la determinación de la pena conduce inevitablemente al problema de la armonización penal, concepto que ha recibido tanto fuertes apoyos como severas críticas por parte de los juristas.⁽³³⁾ Como explica Demetrio Crespo desde España, en comparación con otros aspectos legales "...la armonización de las sanciones penales se ha visto tradicionalmente relegada por entender que forma parte del núcleo duro de la soberanía de los Estados".⁽³⁴⁾

Sin embargo, sí parece haber un notable consenso en evitar una discrecionalidad amplia de los jueces⁽³⁵⁾ y una clara conciencia de que la atención suscitada por la determinación legal y judicial no puede obviar el momento ejecutivo.⁽³⁶⁾ Miranda Rodríguez también da cuenta minuciosa del estado del proceso llevado a cabo por la Unión Europea a estos fines, y destaca los consensos, resistencias y dificultades que subsisten para ello, así como también el valor que la armonización le otorga a la coherencia en la respuesta punitiva entre los distintos países (lo que desnuda el problema de tener que sacrificar la importancia de la coherencia interna de los ordenamientos nacionales).⁽³⁷⁾ Así también, afirma esta autora que la pena privativa de la libertad aparece como una pena incuestionada y que es la única que ha recibido atención en estas discusiones.⁽³⁸⁾ De hecho, resalta la falta de debate y la resistencia que existe para ponerse de acuerdo en este ámbito en relación a los principios político-criminales que determinan algo tan medular como los fines de la pena y la urgencia que —a su entender— ello tiene como condición necesaria para poner orden en el resto de las cuestiones.⁽³⁹⁾

(33) MIRANDA RODRÍGUES, ANABELA, *op. cit.*, p. 519.

(34) DEMETRIO CRESPO, EDUARDO, "Sobre la armonización de las sanciones en la Unión Europea", *op. cit.*, p. 48.

(35) MIRANDA RODRÍGUES, ANABELA, *op. cit.*, pp. 519/540.

(36) *Ibid.*, p. 528.

(37) *Ibid.*, pp. 522 y 534.

(38) *Ibid.*, p. 524.

(39) *Ibid.*, p. 524.

En efecto, como ya sugerimos, el debate sobre la posibilidad y la necesidad de europeizar el derecho penal de los Estados Miembros ha sido intenso y reciente. Hasta el Tratado de Amsterdam (1997) se destacaba la cooperación intergubernamental y sólo se hablaba de penas “efectivas, proporcionadas y disuasorias”, pero estos reclamos cada vez se hicieron más ambiciosos, llegando a dictar unos llamados “límites mínimos de las penas máximas” de prisión, para ciertos delitos, con el consecuente estímulo a la punitividad, pero dejando libertad a los Estados Miembros para imponer, o no, límites mínimos.⁽⁴⁰⁾

Esta relativización de la importancia de los mínimos penales en relación a países que comparten nuestra tradición jurídica, no deja de ser interesante para nuestros enfoques en orden a la llamada “perforación” de penas mínimas.

Asimismo, en 1997 un grupo de juristas expertos que comenzó a trabajar en 1995-1996 bajo la dirección de Delmas-Marty, también presentó la primera versión del *Corpus Iuris*, con la finalidad de llegar a una legislación penal común que trascendiera la mera cooperación en la tutela de los intereses comerciales, y respondiera particularmente a los fraudes y la corrupción en un espacio judicial europeo.⁽⁴¹⁾ Este texto, objeto de numerosas críticas, debió luego ahondar en las características de los regímenes nacionales y las posibilidades de compatibilizar sus legislaciones, para lo cual se conformó una comisión de juristas *ad hoc*, encabezada por la penalista francesa antes mencionada y el jurista belga John A. E. Vervaele (quien, aprovechando su buen manejo del castellano, nos ha congresado visitando nuestras facultades en varias oportunidades). Esta comisión dio a luz una segunda edición del *Corpus Iuris* en el año 2000, en la cual se incorporaban extensos informes nacionales tendientes a evaluar, en base a preguntas preestablecidas, el impacto que podría tener este cuerpo jurídico en sus propias legislaciones.⁽⁴²⁾ Es curioso notar que si bien existían preguntas sobre las penas utilizadas en cada país y la interpretación que se tenía de ellas, ninguna se dirigía a tratar de concertar un fundamento o fin común del castigo.

(40) *Ibid.*, pp. 521/523.

(41) VERVAELE, JOHN A. E., *The implementation of the Corpus Iuris 1997 in the member states*, op. cit., p. 141.

(42) *Ibid.*, pp. 140/142; y, de manera profunda, en DELMAS-MARTY, M. y VERVAELE, J. A. E. (eds.), *The implementation of the Corpus Iuris 1997 in the member states*, op. cit., 4 Vols.

Ahora bien, recién en el año 2004, el *Libro Verde sobre la aproximación, el reconocimiento mutuo y la ejecución de penas* en la Unión Europea definió reglas mínimas comunes sobre sanciones penales.⁽⁴³⁾ En este recorrido se advirtieron dificultades para lidiar con la noción de penas alternativas, variaciones nacionales considerables en relación a los máximos y mínimos penales y diferentes categorías e implicancias de la pena de prisión, aunque sí se reconoció suficiente homogeneidad en materia de suspensión de la pena y libertad condicional.⁽⁴⁴⁾ Demetrio Crespo sintetiza los principales objetivos de esta armonización, de la siguiente manera:

- a. contribuir, mediante un mensaje simbólico, a dar a los ciudadanos un sentimiento común de justicia, en el sentido de que ciertos comportamientos son inaceptables y se castigan de modo equivalente;
- b. aproximar legislaciones en aquellos ámbitos que se consideren prioritarios y se definan como tales;
- c. impedir que los delincuentes se aprovechen de divergencias de penas y se desplacen de un Estado a otro para eludir el procesamiento o la ejecución de las penas;
- d. facilitar la aceptación de la aplicación del principio *ne bis in idem* contenido en el artículo 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión;
- e. facilitar la cooperación judicial en materia penal de modo que la implantación de algunos de sus mecanismos no se condicione a la gravedad de las penas aplicables (como sucede a raíz de la adopción de instrumentos basados en el principio de reconocimiento mutuo);
- f. facilitar una ejecución eficaz las políticas de la Unión en aquellos ámbitos que hayan sido objeto de medidas de armonización como, por ejemplo, la protección del medio ambiente, la seguridad del trabajo o las transacciones económicas y financieras; y
- g. facilitar la aceptación del reconocimiento mutuo de las sentencias al reforzar la confianza mutua, entendiéndose aproximación y reconocimiento como mecanismos complementarios mediante los cuales se puede alcanzar la realización del espacio judicial europeo.⁽⁴⁵⁾

(43) Ver MIRANDA RODRÍGUES, ANABELA, *op. cit.*, p. 525.

(44) MIRANDA RODRÍGUES, ANABELA, pp. 525/529.

(45) DEMETRIO CRESPO, EDUARDO, "Sobre la armonización de las sanciones en la Unión Europea", *op. cit.*, p. 51.

4 | La tendencia europea a la racionalización, en la reforma legal de Inglaterra y Gales

No puede dejar de destacarse que luego de la implementación norteamericana de las *United States Sentencing Guidelines*, en estrecha relación con los debates y proyectos estadounidenses y europeos ya mencionados, se sancionó en 1991 una importante reforma para regir en Inglaterra y Gales: la *Criminal Justice Act*.

En realidad, en los últimos cien años, Inglaterra y Gales habían desconocido las penas mínimas obligatorias y la imposición de penas máximas muy altas era inusual; además, los jueces tenían amplia discreción para considerar ciertos factores como agravantes o atenuantes. La *Criminal Appeal Act* de 1908 facultó a los condenados a apelar la pena impuesta, y desde 1988, la Procuración pública, recién creada, obtuvo un derecho a ello, pero limitado. Así pues, para la determinación de las penas se desarrolló un sistema basado en un importante número de case-law, que oficiaban, en parte, como guías o tarifas judiciales. Según se entiende, ello trajo aparejado cierta uniformidad en las penas impuestas para algunos delitos frecuentes. Pero recién ante el desborde de la población carcelaria británica se publicó el *White Paper Custody, Care and Justice*, del Home Office (1991),⁽⁴⁶⁾ base de la *Criminal Justice Act* de 1991, una ley muy severa que modificó el marco de penalidades e intentó imponer como fundamento del castigo el *just desert*, cambiar el sistema de multas y dar firme ingreso a las *community sanctions* como una alternativa entre estas últimas y la prisión. Sin embargo, también abrió otra polémica al permitir que los tribunales pudiesen obviar los antecedentes criminales al fijar las penas. Esta ley, asimismo entró en vigor en 1996 en Irlanda del Norte. Más tarde, la *Crimes (Sentences) Act* inglesa de 1997, reintrodujo penas mínimas obligatorias para cierta clase de delitos cometidos por reincidentes; antes de ello, los mínimos compulsivos sólo se aplicaban para el caso de homicidio, para el cual correspondía prisión perpetua.⁽⁴⁷⁾

(46) Sobre aspectos más generales de esta legislación y su contexto, ver CAVADINO y DIGNAN; *op. cit.*, pp. 118 y ss.

(47) Ver SPENCER, J. R., "Nacional report of the United Kingdom (with particular referente to England and Wales)", en DELMAS MARTY, M. y VERVAELE, J. A. E. (eds.), *The implementation of*

Por otra parte, en 1994 se sancionó la Criminal Justice and Public Order Act —y más tarde, similar legislación para Escocia e Irlanda del Norte—. Por medio de estas leyes se reconocieron las negociaciones de culpabilidad entre acusador y acusado que hasta el momento sólo tenían sustento jurisprudencial y se estableció para dicho supuesto una reducción fija de pena del 30% de la que le sería impuesta a un condenado en juicio; el llamado "*sentencing discount*".⁽⁴⁸⁾

Fue en 1999, sin embargo, cuando se puso en marcha otra innovación en materia de determinación de la pena realmente significativa.⁽⁴⁹⁾ En ese año, se creó *El Sentencing Advisory Panel* (SAP),⁽⁵⁰⁾ un órgano consultivo independiente, totalmente novedoso en aquella tradición jurídica, formado por un presidente y diez miembros (entre ellos jueces, académicos, expertos en cárceles) que está destinado a aconsejar a la *Court of Appeal* sobre determinación de la pena o *sentencing*. Este órgano evoca con claridad a las comisiones expertas estadounidenses. Más tarde, en el 2003, se creó el *Sentencing Guidelines Council* (SGC), un organismo especializado, destinado a la producción de directrices (*guidelines*) mediante principios generales vinculantes para los tribunales. El Consejo también realiza conjuntamente con el SAP informes anuales sobre la determinación de la pena.⁽⁵¹⁾

Hoy en día, el *Sentencing Advisory Panel* aconseja en materia de *sentencing* en relación a ciertos tópicos, luego de realizar investigaciones y discusiones sobre el tema. Sus lineamientos son informados a la *Court of Appeal* y sometidos al *Sentencing Guidelines Council*, quien basándose en ellos, diseña las directrices. Una vez que los primeros borradores (publicados durante dos meses a efectos de consulta más amplia), toman carácter definitivo, las directrices resultan obligatorias para los tribunales. La primera de ellas fue

.....
the *Corpus Iuris* 1997 in the member states/La mise en œuvre du *Corpus Iuris* 1997 dans les États Membres, vol. III, Antwerp-Groningen-Oxford, Intersentia, 2000, pp. 886/888.

(48) Ver *Ibid.*

(49) CAVADINO y DIGNAN, *op. cit.*; ASHWORTH, ANDREW, "English Sentencing Since the Criminal Justice Act 1991", en M. Tonry M. y K. Hatlestad (eds.), *Sentencing Reform In Overcrowded Times. A Comparative Perspective*, New York, Oxford, Oxford University Press, 1997, pp. 118/119.

(50) Creado por las secciones 80 y 81 de la *Crime and Disorder Act* de 1998.

(51) La última versión del *Annual Report*, 2010/2011 está disponible [en línea], en: http://sentencingcouncil.judiciary.gov.uk/docs/Sentencing_Council_Annual_Report_2010-2011_web.pdf (consultado por última vez en septiembre 2012).

publicada en el 2004 y desde entonces se han formulado decenas de pautas o directrices generales para penar la gran mayoría de delitos sometidos a las *Magistrates' courts* y a la *Crown Court*. Estas directrices se aplican a casos tales como reducción de pena por declaraciones de culpabilidad del acusado (*guilty plea*), la tentativa de homicidio, muertes causadas en la conducción de vehículos, la condena de jóvenes, violencia doméstica, o para castigar una figura tan compleja como el delito de *corporate manslaughter*, entre otras.⁽⁵²⁾

El *Sentencing Guidelines Council*, además, se interesó expresamente por las *sentencing guidelines* desarrolladas en los EEUU y recalcó la importancia de examinar sus fortalezas y debilidades. Para ello, invitó a la ciudad de Londres a distintos representantes del sistema federal y los territorios estadounidenses y concertó diversos seminarios.⁽⁵³⁾

Aunque excede la descripción geográfica que hemos adoptado, puede señalarse por su histórica vinculación con Inglaterra que, a partir de 1973, en Australia hubo una revisión sistemática de la determinación de la pena, mediante la *Criminal Law and Penal Methods Reform Committee de South Australia*, pero se afirma que ésta no produjo resultados hasta mucho más tarde, cuando se sancionó la *Criminal Procedure (Sentencing) Act* de 1988. Más decisivo en la materia fue el trabajo desarrollado durante ocho años por la *Australia Law Reform Commission*, cuyo informe final, en ese mismo año, fijó un nuevo debate en relación al *sentencing*, identificando una gran lista de problemas (falta de una política general, de guía y criterios para determinar la pena, problemas de procedimiento, ausencia de una estructura coherente de castigos y opciones, disparidad injustificada en las condenas y falta de interés público en relación al tema) y determinó un número significativo de cambios, aunque no todos correspondientes con su labor.⁽⁵⁴⁾ Asimismo, en 1991 la *Sentencing Act* de Victoria, promovió la abolición de la libertad condicional conminando a los jueces a imponer penas menores. Esta ley también tuvo gran influencia en otros territorios.⁽⁵⁵⁾

(52) Consultar al respecto [en línea], <http://www.sentencing-guidelines.gov.uk>, donde también puede accederse a las directrices en vigor (visto por última vez en diciembre de 2011).

(53) Ver *Sentencing Guidelines Council; Annual Report 2009/2010*, p. 11.

(54) FREIBERG, ARIE, "Sentencing and Punishment in New South Wales", en M. Tonry M. y K. Hatlestad (Eds.), *Sentencing Reform In Overcrowded Times. A Comparative Perspective*, Oxford University Press, New York/Oxford, 1997, pp. 156/163.

(55) *Ibid.*

5 | Reflexiones finales sobre Europa (y nuestra Latinoamérica)

Del mismo modo que en muchos de los territorios de Europa continental, en América Latina el desarrollo de la determinación de la pena no parece estar especialmente vinculado con reformas legales decisivas, sino con reflexiones de dogmática jurídico-penal. No obstante, en este caso, la inexistencia de organismos regionales de integración con un papel similar al de la Unión Europea siquiera ha llevado a interesarse en una pretendida reflexión y armonización legislativa latinoamericana, en todo lo que hace a su sistema de penas. Esto resulta evidente en la falta de intentos específicos, y de hecho puede observarse en la relativa intrascendencia que tuvo la cuestión en el proyecto heterogéneo e inacabado de Código Penal Tipo latinoamericano, aun con todos los reparos que ha merecido.⁽⁵⁶⁾

Por otra parte, aquí como en Europa, el discurso de la resocialización se incorporó a los tratados internacionales y las Constituciones cuando ya se encontraba en plena crisis penológica.⁽⁵⁷⁾ Pero en nuestro caso, además, ello estuvo casi yuxtapuesto con la difusión de las teorías preventivo-generales provenientes del viejo continente. Precisamente, las teorías de la unión, que también llegaron a nuestro ámbito, ayudaron en este intento de conciliar, hasta el punto de forzar, el respeto a las referencias de Constituciones y leyes penales que aludían a la finalidad resocializadora con la nuevas posiciones en la criminología y el derecho penal.

(56) El primer intento de una codificación penal modelo para Latinoamérica. El Código Penal Tipo —al que Zaffaroni ha criticado sin titubeos, por sus influencias teóricas— nació a partir de una iniciativa privada y comenzó con la constitución de una Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Iberoamérica, en Santiago de Chile, en 1963. Luego se reunió en México en 1965 y Lima en 1967, Caracas en 1969, Bogotá en 1969 y San Pablo en 1971, donde se aprobó sólo la parte general del mismo. Más tarde, siguieron las reuniones en San José en 1972, Medellín en 1973, Santiago en 1975, San Cristóbal, Venezuela, en 1975, Madrid en 1977 y Buenos Aires en 1979. Con posterioridad, se suspendieron por varios años; no obstante, se señala que la impronta de éste se reconoce en el Código boliviano, el colombiano de 1980, y en menor medida en la leyes de Guatemala, Salvador, Costa Rica y Panamá. REYNA ALFARO, Luis M., “La unificación del derecho penal: consideraciones acerca del código penal tipo para Iberoamérica”, en *Revista jurídica del Perú*, mayo 2002, año LII, n° 34, pp. 125/135.

(57) Por ejemplo, los tratados internacionales que reconocieron expresamente la finalidad resocializadora en la década del sesenta, fueron suscritos por muchos de los países de la región, recién en la década del ochenta. Ver, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 10.3, y Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 5.6. También sucede así con muchos de los códigos penales y leyes de ejecución penal.

Así pues, en América Latina se recibieron, sin escalas, las noticias sobre la crisis de la resocialización, las nuevas ideas sobre la justificación del castigo preventivo general, las críticas al autoritarismo y la arbitrariedad de los procesos penales y la redefinición de la determinación de la pena, para los nuevos Estados democráticos de derecho, como un tema de carácter político.⁽⁵⁸⁾ Sin que llegaran a articularse y desarrollarse expresiones propias de cada una de ellas, la cuestión de la justificación de la pena y de la arbitrariedad en el castigo, que podría haber tenido una acogida especial de la criminología crítica local (que estuvo más atenta, tal vez por razones fundadas, a la selectividad inicial y la vulnerabilidad en la criminalización secundaria), se volvió principalmente —incluso a pesar de algunos intentos por ampliar la mirada— una cuestión dogmática penal y, por ello, a poco de andar, meramente técnica. Si, como hemos visto, en otros lugares el problema del *sentencing* pudo definirse a partir de la concientización en torno a la “disparidad de penas impuestas”, aquí ello nunca llegó a desarrollarse, a pesar de que las desigualdades estructurales en materia económica, social, raciales y de género que existen de forma pronunciada hasta el día de hoy en toda Latinoamérica, presentaban y todavía ofrecen un campo especialmente propicio para ello, así como también las tensiones producidas por crecientes migraciones hacia las ciudades centrales y la existencia de distintos tribunales aplicando castigos sin pautas uniformes.

Por todas estas razones, es fácil comprender que si avanzamos un poco más allá de ciertos trabajos aún recientes y específicos que circulan por nuestro país, la heterogénea América Latina todavía puede debatirse —más allá de las diferencias entre sus legislaciones y, muchas veces, sin una clara conciencia de los discursos penales en los que participa— entre la vocación de profundizar la corrección y la individualización del castigo propuesta por el discurso criminológico positivista (nunca enteramente satisfecho), que proviene del proyecto penal de inicios del siglo XX y una búsqueda mucho más reciente y técnica en favor de la racionalización judi-

(58) Por ejemplo, RODRÍGUEZ, CARLOS C., “Breves apuntes sobre la determinación judicial de la pena”, Carlos C. Rodríguez (coord.), *Dogmática Penal del Tercer Milenio: Libro homenaje a los profesores Eugenio Raúl Zaffaroni y Klaus Tiedemann*, Lima, ARA, 2008, p. 953, menciona específicamente en relación a Perú y los sistemas de penas indeterminadas, que “...este sistema no puede ser aceptado en el Derecho Penal de un Estado social y democrático de derecho, pues resulta lesivo de la exigencia de determinación de la sanción contenida en el principio de legalidad y el principio de proporcionalidad de la pena con la culpabilidad por el hecho”.

cial del castigo, especialmente preocupada por la falta de sistematicidad y profundidad teórica del derecho penal en este ámbito. En consecuencia, por la necesidad de coherencia, previsibilidad y debida fundamentación de los castigos.⁽⁵⁹⁾

En este último sentido, debe admitirse que las únicas cuestiones procesales que se han apuntado en la problemática de la determinación de la pena, como son la cesura de juicio, la correlación (en un sistema acusatorio) entre la pena reclamada por el acusador y los límites del castigo de los tribunales, y especialmente las exigencias de fundamentación, a pesar de haberse desarrollado más tardíamente y aún muy lejos de concretarse en las prácticas penales más allá de cierta recepción indiscutida en las previsiones normativas, han aventajado mucho al resto de las cuestiones teorizadas por la “siempre joven y en crecimiento” dogmática jurídico-penal de la individualización punitiva.

No deja de ser significativo que la cesura de juicio que hoy discutimos en los modernos códigos adversariales haya tenido su mejor antecedente en las *sentencing hearings* del derecho decimonónico estadounidense⁽⁶⁰⁾ —paradójicamente, preocupadas por brindar suficiente atención al estudio e individualización de la historia del sujeto delincuente, a efectos de su prognosis y peligrosidad futura— y que las exigencias de fundamentación de la pena se hayan convertido en una especie de talismán contra la arbitrariedad, aun con la paradoja de que el objeto de esta motivación no se encuentre suficientemente desarrollado.

Por otra parte, también es claro que la trascendencia práctica de la discusión sobre la determinación de la pena que comenzó a desarrollarse hace

(59) Ver, por ejemplo, sin pretender instituirlos en los representantes más conspicuos de cada uno de estos países, las diferencias de enfoque que pueden encontrarse entre VELÁSQUEZ ESTRADA, ALFONSO, *El nuevo sistema de la Justicia penal para México*, varios eds. oficiales, México, Porrúa, 2009, p. 164; FUENTES CUBILLOS, HERNÁN, “El principio de proporcionalidad en derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena”, en *Ius et Praxis*, año n° 14, n° 2, 2008, pp. 15/42, o REYNA ALFANO, LUIS M., “La individualización judicial de la pena y reforma penal”, en Ávalos Rodríguez, Constante Carlos (coords.), *Dogmática Penal del Tercer Milenio: Libro homenaje a los profesores Eugenio Raúl Zaffaroni y Klaus Tiedemann*, ARA, Lima, 2008, pp. 993/1018; o GOULART, JOSÉ E., *Princípios informadores do direito da execução penal*, Sao Pablo, Editora Revista dos Tribunais, 1994, pp. 97 y ss.

(60) Recordar en HOROVITZ, ANAT, “The Emergence of Sentencing Hearings”, en *Punishment & Society*, vol. 9, 2007, p. 271/299.

menos de tres décadas, al poco tiempo se vio limitada cuando —como en muchos otros lugares— se introdujeron y utilizaron ampliamente procedimientos penales abreviados en los cuales los pactos sobre la pena máxima —ciertamente, basados en una discrecionalidad político-penal que puede prescindir totalmente de la dogmática— minimizan la relevancia de decisión judicial al respecto y, por lo tanto, la incidencia práctica del problema.

En todo caso, ello muestra la importancia que ha tenido, en este panorama, consensuar principalmente las formas, los ritos, por sobre los problemas históricos y sustanciales relacionados con la legitimidad del castigo⁽⁶¹⁾ y la desigualdad en su imposición.

(61) Contrastar, por ejemplo, con la disquisición que se advierte en FERRAJOLI, LUIGI; *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal*, 2ª ed., trad. del de P. Andrés Ibáñez et al. (1989), Madrid, Trotta, 1997, pp. 21/23, 215 y ss.

Recomendación II/2013

Sistema de Coordinación y Seguimiento del Control Judicial de las Unidades Carcelarias

Buenos Aires, 30 de octubre de 2013

VISTO

Los objetivos del Sistema de Coordinación y Seguimiento de Control Judicial de Unidades Carcelarias, entre los que se encuentra, principalmente, el de proteger los derechos de las personas privadas de su libertad (arts. 5.1, 5.2. CADH y 10.1 PIDCyPM; Principios básicos para el tratamiento de reclusos, Naciones Unidas, pto. 5°).

Y CONSIDERANDO

1) Que el aseguramiento del efectivo ejercicio del derecho de defensa de las personas privadas de libertad respecto de las decisiones adoptadas por la autoridad administrativa penitenciaria, resulta relevante para la vigencia del control judicial amplio y eficiente de esas decisiones, reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "ROMERO CACHARANE, Hugo Alberto s/ ejecución" (Fallos 327:388).

Máxime teniendo en cuenta la relación de sujeción especial existente entre el destinatario de la sanción y la autoridad que la impone.

En los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos, Naciones Unidas señala que *"la persona detenida o presa tendrá derecho a ser oída antes de que se tomen medidas disciplinarias. Tendrá derecho a someter*

tales medidas a autoridades superiores para su examen” (Principio 30.2, resolución 43/173 de la Asamblea General de Naciones Unidas, 9/12/1988).

En el mismo sentido, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos señalan que *“ningún recluso será sancionado sin haber sido informado de la infracción que se le atribuye y sin que se le haya permitido previamente presentar su defensa. La autoridad competente procederá a un examen completo del caso”* (Reglas mínimas para el tratamiento de Reclusos, Naciones Unidas, art. 30.2).

2) Que los datos de la realidad recabados por los diferentes integrantes del Sistema revelan que, en la mayoría de los casos, las personas privadas de libertad carecen de asistencia técnica durante el procedimiento disciplinario; que tanto la medida de aislamiento provisional previstos por que tanto la medida de aislamiento provisional previsto por el art. 35 de decreto 18/97, como las sanciones que en definitiva se imponen no son notificadas oportunamente a los jueces y defensores, es decir, que comienzan a ejecutarse antes de ser controladas judicialmente.

3) Que sin perjuicio de la imprevisión legislativa y reglamentaria, la doctrina judicial ha señalado la necesidad de garantizar el efectivo ejercicio del derecho de defensa de la persona privada de libertad durante todo el procedimiento disciplinario, destacando las analogías de dicho trámite con el proceso penal, y concluyendo, por ello, en la necesidad de reconocer las garantías y derechos del proceso penal al procedimiento administrativo.

En particular, los integrantes del Sistema consideran fundamental que el interno cuente con asistencia técnica letrada en los actos procesales del procedimiento disciplinario en el ámbito penitenciario, que permita ejercer de manera eficaz su defensa.

Para que ello resulte posible, resulta necesario que tanto el juez a cuya disposición se encuentre alojado el interno como su defensor tengan noticia en tiempo oportuno del inicio del trámite del sumario.

En tal sentido, cabe recordar que por resolución n° 1303 del 17 de julio de 2012, la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal estableció que cuando se tramite un procedimiento administrativo por presunta

comisión de faltas disciplinarias por parte de internos analfabetos y/o la comisión de infracciones graves de los alojados en la Unidad Residencial 3 de C.P.F.I —en este caso como prueba piloto por el término de seis meses—, el instructor debe notificar a la Defensoría General de la Nación o al letrado particular que el interno hubiere denunciado en su legajo personal, de la formación del expediente y del día, lugar y hora en el que se llevaría a cabo la audiencia prevista en el art. 40 del decreto 18/97.

Asimismo, la señora Defensora General de la Nación ha garantizado la presencia de los señores defensores públicos oficiales en las audiencias fijadas en los términos del art. 40 del decreto 18/97 al señalarles que aquéllos que sea notificados de dichos actos procesales y se encuentren imposibilitados de asistir, deben comunicarlo al área técnico de esa defensoría general, a fin de que se cubra la prestación del servicio de defensa pública en el ámbito penitenciario mediante la intervención de un funcionario designado a tal efecto (cfr. Resolución DGN Nro. 937/13 del 9 de agosto de 2013).

4) Que la ley de ejecución de la pena privativa de la libertad (Nro 24.660) contiene disposiciones dirigidas especialmente a garantizar el efectivo ejercicio del derecho al recurso, y a través de él, el control judicial de las decisiones administrativas.

Así, el art. 96, segundo párrafo, otorga al juez de ejecución o juez competente la facultad de suspender la ejecución de la sanción disciplinaria que es recurrida por el interno: *"(l)a interposición del recurso no tendrá efecto suspensivo a menos que así lo disponga el magistrado interviniente"*.

Esa norma tiene como finalidad, en definitiva, la de garantizar el control judicial de las sanciones disciplinarias impuestas por la autoridad penitenciaria, pues posibilita que las sanciones cuestionadas por los internos no sean ejecutadas hasta que el juez decida acerca de su validez.

Los integrantes del Sistema consideran que una interpretación de esa norma a la luz de la Constitución y los Tratados Internacionales incorporados a ella (cfr. arts. 18 CN, arts. 5.1. CADH y 10.1 PIDCyP), aconsejan que la facultad que el artículo 96 de la ley 24.660 otorga al juez de ejecución o juez competente, de disponer efecto suspensivo a las sanciones disciplinarias hasta que él resuelva acerca de su validez, debe extenderse a todas

las sanciones disciplinarias, y no sólo a las que sean eventualmente recurridas. Solo así entendida resulta una herramienta eficaz para garantizar la vigencia del control judicial amplio y eficientemente de las decisiones adoptadas por la autoridad penitenciaria.

Para que el juez cuente con la posibilidad de decidir si utiliza o no la facultad de disponer la suspensión del cumplimiento de la sanción disciplinaria, debe haber tomado conocimiento de su imposición en tiempo oportuno.

Éste es el sentido de la manda dispuesta en el artículo 97 de la ley 24.660 que prevé que *"(l)as sanciones y los recursos que eventualmente interpongan los sancionados, deberán ser notificados al juez e ejecución o juez competente por la vía más rápida disponible dentro de las seis horas subsiguientes a su dictado o interposición"*.

5) Que, asimismo, tomando como base la Resolución Nro. 380/13 de la Defensoría General de la Nación, los integrantes del Sistema consideran necesario que la facultad de suspensión que otorga el art. 96 a los jueces se ejerza también respecto del aislamiento provisional previsto como medida cautelar en el art. 35 del decreto 18/97, pues de ese modo se evita que la defensa resulte tardía en lo referido a la ejecución material de una medida restrictiva de derechos y, al mismo tiempo, como se dijo antes, se procura la vigencia del control judicial amplio y eficiente de las decisiones adoptadas por la autoridad penitenciaria.

También en esos casos, para que el juez pueda hacer uso de dicha facultad debe haber sido informado oportunamente de la imposición de dicha medida.

5) Que en virtud de todo lo expuesto, los integrantes del Sistema de Coordinación y Seguimiento de Control Judicial de Unidades Carcelarias resolvieron emitir la

II RECOMENDACIÓN:

1) Al **Servicio Penitenciario Federal**, que comunique el inicio del procedimiento disciplinario de manera inmediata al juez interviniente y al defensor público oficial o al letrado particular que asista al inferno, debiéndose indi-

car con precisión y antelación no menor a cinco días hábiles el lugar, la fecha y la hora en la que se celebrará la audiencia a la que se refiere el art. 40 del decreto 18/97 —la cual deberá ser fijada, preferentemente, en día hábil—, a los efectos de permitir su asistencia a tal acto.

Asimismo, se recomienda el efectivo cumplimiento del plazo previsto en el art. 97 de la ley 24.660 para la notificación al juez y a la defensa de las sanciones y recursos que eventualmente se interpongan así como la comunicación inmediata a ambos de la medida de aislamiento provisional que eventualmente se disponga.

2) A los señores Defensores Públicos Oficiales, que arbitren los medios necesarios a fin de garantizar la debida asistencia letrada que permita ejercer de manera eficaz los actos de defensa que correspondan durante el procedimiento disciplinario.

Asimismo, se sugiere a los señores abogados defensores particulares, a través del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, la consideración de adoptar idéntico temperamento en procura de mejor garantía los derechos de sus asistidos.

3) A los señores jueces a cargo de la ejecución de la pena o jueces competentes, que arbitren los medios necesarios a fin de hacer uso, con carácter de regla general sujeta a excepciones fundadas, de la facultad que les otorga el artículo 96 de la ley 24.660, de disponer efecto suspensivo de las sanciones hasta que ellos resuelvan acerca de su validez.

Asimismo, se recomienda que esa facultad de suspensión sea ejercida también respecto de la medida cautelar de aislamiento provisional prevista en el art. 35 del decreto 18/97.

4) Poner en conocimiento del Señor Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la Nación de la conveniencia de efectuar notificaciones en el Reglamento de disciplina para Internos (Decreto 18/97, adaptándolo a las presentes recomendaciones con el objeto expreso de mejor asegurar el efectivo ejercicio de derecho de defensa en el trámite disciplinario —cuestión que se encuentra a estudio en el marco del caso “Guillermo Patricio Lynn vs. Argentina” ante la CIDH—, y que los integrantes del Sistema ofrecen su colaboración para dicha tarea.

Hágase saber el Señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y al Señor Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Regístrese, líbrense los correspondientes oficios y comuníquese (Acordada 15/13 CSJN).

Firmada por jueces, fiscales, funcionarios del Ejecutivo, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), la Procuradora General de la Nación y la Defensora General de la Nación.



Fuentes citadas

Índice de fuentes citadas

- “Abuso sexual. Experiencia en cárcel de Chile. Percepción parental temprana y experiencia del desarrollo en violadores”, en *Revista Chilena de Neuropsiquiatría*, abril de 2010.
- AA.VV, *Abolicionismo de la prisión sin condena. Una corriente latinoamericana en el siglo XXI*, Buenos Aires. As., Editores del Puerto, 2011.
- AA.VV, *El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, Bs. As., Editores del Puerto, 1993.
- AA.VV, *Inseguridad social, jóvenes vulnerables y delito urbano*, Bs. As., Espacio editorial, 2012.
- AA.VV, *VI Encuentro de AAPDP: La Reforma Penal y Político Criminal*, Bs. As., Ediar, 2007.
- ABERASTURI, MARTÍN F. y VIALE, CARMEN BEATRIZ, “La implementación de las herramientas informáticas en el ámbito de la ejecución penal”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Bs. As., La Ley diciembre de 2012.
- ABRAMOVICH, VÍCTOR, “Todos los jueces son crustáceos”, en *No Hay Derecho*, n° 8, 1992.
- ACALE SÁNCHEZ, M., “Terrorismo, delincuencia organizada y sistemas de penas”, en Faraldo Cabana (dir.), *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- ALDERETE LOBO, RUBÉN A., *La libertad condicional en el Código Penal argentino*, Bs. As., Lexis-Nexis, 2007.
- ALEX, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 2ª ed., CEC, 2007.
- AMIRAULT, J., y LUSSIER, P., “Population heterogeneity, state dependence and sexual offender recidivism: The aging process and the lost predictive impact of prior criminal charges over time”, en *Journal of Criminal Justice*, n°39, 2011, pp.344/354.
- ANITUA, GABRIEL I. y YAMAMOTO, MARÍA V. (comps.), *Pena de muerte. Fundamentos teóricos para su abolición*, Bs. As., Didot, 2011.
- ANITUA, GABRIEL I., “El juicio abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadounidense que posibilitan la expansión punitiva”, en Julio B. J. Maier y Alberto Bovino (comps.), *El procedimiento abreviado*, Bs. As., Ad-Hoc, 2001.
- ANITUA, GABRIEL I., *Historia de los pensamientos criminológicos*, Bs. As., Editores del Puerto, 2005.
- ANITUA, GABRIEL I.; CAPPUCCIO, EMILIO A. y ZENTNER, CYNTHIA, “El sistema procesal penal de Inglaterra y Gales”, en Edmundo Hendler (dir.), *Sistemas procesales penales comparados*, Bs. As., Ad-Hoc, 1999.
- APOSTOLOVA, BISTRA STEFANOVA, *Poder Judiciário: do moderno ao contemporâneo*, Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1998.
- ARIAS, JOSÉ PÉREZ, “Libertad condicional. Presupuestos de procedencia a partir de la ley 25.892”, en *Ícaro*, año 1, n° 1, 2006.
- ASHWORTH, ANDREW, “English Sentencing Since the Criminal Justice Act 1991”, en M. Tonry M. y K. Hatlestad (eds.), *Sentencing Reform In Overcrowded Times. A Comparative*

- Perspective*, New York, Oxford, Oxford University Press, 1997.
- ASPELL DE YANZI FERREIRA, M., “La visita de cárcel en Córdoba del Tucumán. Siglo XVIII”, en *Revista del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Actas y estudios IV, Bs. As., 1996.
- BACICALUPO, ENRIQUE, “Principio de Culpabilidad, carácter del autor y *poena naturalis* en el derecho penal actual”, en *Teorías actuales en el Derecho Penal. 75° aniversario del Código Penal*, Bs. As., Ad-Hoc, 1998.
- BACICALUPO, ENRIQUE, *Delito y punibilidad*, Bs. As., Hammurabi, 1999.
- BACICALUPO, ENRIQUE, *Derecho Penal*, 2ª ed., Bs. As., Depalma, 1997.
- BACICALUPO, ENRIQUE, *Hacia el nuevo derecho penal*, Bs. As., Hammurabi, 2006.
- BADIOU, ALAIN, *Justicia, filosofía y literatura*, Rosario, Homo Sapiens, 2007.
- BAIGÚN-ZAFFARONI, *Código Penal Comentado*, t. 2-A, Bs. As., Hammurabi, 2007.
- BARATTA, ALESSANDRO, “Notas para una teoría de la liberación”, en *Poder y Control*, año II, n° 1, 1987, pp. 107/119.
- BARBAREE, H., “*Psychopathy, treatment behavior, and recidivism: An extended follow-up of Seto and Barbaree*”, en *Journal of Interpersonal Violence*, 20(9), 2005, pp.1115/1131.
- BARBAREE, H.; LANGTON, C.; BLANCHARD, R. Y CANTOR, J., “*Aging versus stable enduring traits as explanatory constructs in sex offender recidivism. Partitioning actuarial prediction into conceptually meaningful components*”, in *Criminal Justice and Behavior*, 36(5), 2009, pp. 443/465.
- BARNETT, G.; WAKELING, H. y HOWARD, P., “*An examination of the predictive validity of the Risk Matrix 2000 in England and Wales*”, en *Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment*, 22(4), 2010, pp. 443/470.
- BAYTELMAN, ANDRÉS, “Capacitación como fútbol”, en *Sistemas Judiciales*, n° 1, Bs. As., INECIP/CEJA, 2001.
- BECCARIA, C., *De los Delitos y de las Penas*, Madrid, Alianza, 2000.
- BECERRA, MARTÍN y MASTRINI, GUILLERMO, *Los dueños de la palabra*, Bs. As., Prometeo, 2009.
- BELLAGIO, ANIBAL; CASTRO, MARÍA DEL CARMEN; y GARIBALDI, GUSTAVO, *El juicio criminal y la determinación de la pena bajo presupuestos del acusatorio*, Bs. As., Ad-Hoc, 2004.
- BENEYTO ARROJO, MARÍA JOSÉ y GARRIDO GENOVÉS, VICENTE, *El control de la agresión sexual. Manual para el terapeuta, un programa de tratamiento para delincuentes sexuales en prisión y en la comunidad*, Valencia, Ed. Cristóbal Serrano Villalba, 1996.
- BENTHAM, J., *Teoría de las penas y las recompensas*, París, Masson e hijos, 1826.
- BERGER, PETER y LUCKMANN, THOMAS, *La construcción social de la realidad*, Bs. As., Amorrortu, 2003.
- BERIZONCE, ROBERTO O., *Efectivo acceso a la justicia*, Editora Platense, La Plata, 1987.
- BERNAL GÓMEZ, B., “Un aspecto más del régimen carcelario novohispano: la visita de cárcel”, en *Poder y presión fiscal en la América Española (siglos XVI, XVII y XVIII)*, Universidad de Valladolid, 1986.
- BERNARDI, H. y PESAGNO, R., *Temas de penología y de ciencia penitenciaria*, Perrot, Bs. As., 1955.

- BESSONE, NICOLÁS, *Sobre los atenuantes y agravantes subjetivos en la determinación judicial de las penas*, Bs. As., Fabián Di Plácido, 2010.
- BETEGÓN, J., *La Justificación del Castigo*, Madrid, CEC, 1992.
- BIANCHI A. B., *El control de constitucionalidad*, T. I, 2ª ed. actualizada, Bs. As., Ábaco, 2002.
- BIDART CAMPOS G., *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino. El Derecho Constitucional de la Libertad*, t. I, Bs. As., Ediar, 2003.
- BINDER, ALBERTO M., “Del Código-mentira al servicio judicial; algo más sobre la delegación de funciones”, en *Revista Doctrina Penal*, año 13, Bs. As., Ad-Hoc, 1990.
- BINDER, ALBERTO M., “Independencia judicial y delegación de funciones: el extraño caso del Dr. Jekyll y Mr. Hyde”, en *Revista Doctrina Penal*, año 12, Bs. As., Del Puerto, 1989.
- BINDER, ALBERTO M., *Introducción al derecho penal*, Bs. As., Ad-Hoc, 1999.
- BINDER, ALBERTO M., *Policías y ladrones. La inseguridad en cuestión*, Bs. As., Capital Intelectual, 2004.
- BINSWANGER I. et al., “Release from prison a high risk of death for former inmates”, en *The New England Journal of Medicine*, Jan 2007, 356 (2).
- BLOOM, HAROLD, *El canon occidental*, Barcelona, Anagrama, 1994.
- BOBBIO, NORBERTO, *O Futuro da Democracia*, São Paulo, Paz e Terra, 2000.
- BONNET, E. F., *Psicopatología y Psiquiatría Forenses*, Bs. As., López Editores, 1983, Libro I. Parte Especial. Capítulo III, pp. 963/995.
- BOSCHI, ISABEL, (miembro de la IATSO), “Para que sirva el tratamiento, hay que invertir”, en diario *Clarín*, Bs. As., 25 de noviembre de 2012 [en línea], http://www.clarin.com/politicas/sirva-tratamiento-invertir_0_817118429.html
- BOVINO, ALBERTO, “El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos”, en AA.VV., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Bs. As., Editores del Puerto, 1997.
- BOVINO, ALBERTO, “La persecución penal pública en el derecho anglosajón”, en *Revista Pena y Estado*, n° 2, Bs. As., Del Puerto, 1997.
- BOVIO, G., *Saggio critico del diritto penale*, Milán, 1902.
- BOWKER LH., *Prison victimization*, New York, Elsevier, 1980.
- BRAITHWAITE J., *Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts*, Chicago Journals, 1999, 25.
- BUENO ARÚS, FRANCISCO, “La Determinación Judicial de la Pena y el Consejo de Europa”, en *Actualidad Penal*, n° 15, abril, 1992.
- BUR, RICARDO y OTTONE LEÓN, RICARDO, “Consideraciones acerca de la responsabilidad y la culpabilidad en los campos jurídico, psicológico y social” [en línea], http://www.ricardobur.com.ar/publicac/publicac_02.htm
- CABALLERO, JOSÉ SEVERO, *El significado doctrinario y jurisprudencial de la libertad condicional regulada en el código penal*, Córdoba, Lerner, 1964.
- CAFFERATA NORES, JOSÉ I., “La entidad de la amenaza penal emanada del delito atribuido ¿justifica por sí sola la imposición del encarcelamiento del imputado durante el proceso?”, en *JA*, Bs. As., Lexis-Nexis, 19 de mayo de 2004.

- CAPPELLETTI, MAURO, *Juizes Legisladores?*, Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1993, p. 47 y ss.
- CARRANZA, ELÍAS *et al.*, *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*, San José de Costa Rica, Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD), 1983.
- CARRARA, F., *Programa de Derecho Criminal*, Bogotá, Temis, 1972.
- CARUSO, VIVIANA, “Base de datos policiales sobre identificadores obtenidos a partir del ADN y derecho a la intimidad genética”, en *Foro, Nueva Época*, n° 1, 2012, vol. 15, pp. 135/167.
- CASTEL, R., en *El orden psiquiátrico. La edad de oro del alienismo*, Bs. As., Nueva Visión, 2009.
- CASTEX M. N. y SILVA D. H., “Peligrosidad jurídica, estado peligroso, peligrosidad psiquiátrica, y peligrosidad médico-legal: oportunas precisiones”, en *Comunicación a la 36ta. Sesión de comunicaciones del Programa: Joven Adulto: ley, sociedad y violencia*, Academia Nacional de Ciencias, mayo 15, 1991.
- CAVADINO, MICHAEL y DIGNAN, JAMES, *Penal Systems. A comparative Approach*, London, Sage, 2006.
- CELS, *Informe Anual 2008 sobre la Situación de los Derechos Humanos en Argentina*, Bs. As., Siglo XXI, 2008.
- CESANO, JOSÉ D., *Estudios de Derecho Penitenciario*, Bs. As., Ediar, 2003.
- CESANO, JOSÉ D., *Derecho penitenciario: aproximaciones a sus fundamentos*, Córdoba, Alveroni Ediciones, 2007.
- CHAIA, RUBÉN A., *La prueba en el proceso penal*, 1a edición, Bs. As., Editorial Hammurabi, 2010, pp. 350/351.
- CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL: “Aportes para la comprensión del derecho privado de una nueva era (el derecho interpersonal como proyección del derecho internacional privado - contribuciones para la interdisciplinariedad interna del derecho - Afirmación de una sociedad pluralista)”, en *Revista Investigación y Docencia*, n° 43, Rosario, Ed. Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2010.
- CLEMMER D., *The prison community (re-issued edition)*, New York, Holt-Rinehart and Watson, 1958.
- CONFORT, M., “En el tubo de San Quintín: ‘prisionización secundaria’ de las mujeres que visitan a los reclusos”, en *Cuadernos de Estudios sobre el Sistema Penal y los Derechos Humanos*, año 1, n° 1, Bs. As., 2010.
- CORBO, PABLO, “Leyes Ad Hoc que contradicen El Programa Constitucional de La Ejecución De La Pena Privativa De La Libertad y Comprometen La Responsabilidad Internacional Del Estado Argentino”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Lexis-Nexis, n° 10, p. 208, marzo de 2005.
- CORBO, PABLO, “Libertad Condicional para internos reincidentes. Su viabilidad en la concepción de la ley 24.660 como estándar federal mínimo de garantías en materia de ejecución de la pena privativa de la libertad”, en *Revista Doctrina Judicial*, La Ley, Año 23, n° 39, 26 de septiembre de 2007.
- CÓRDOBA, FERNANDO, “Estado de Necesidad y exclusión de la personalidad. La autorización para derribar un avión con pasajeros en caso de ataques terroristas”, en Gustavo A. Bruzzone, *Cuestiones penales. Homenaje al Profesor Doctor Esteban J. A. Righi*, Bs. As., Ad-Hoc, 2012.

- CÓRDOBA, FERNANDO, "La evitabilidad del error de prohibición", Marcial Pons, 2012.
- COSTA, P., *Il progetto giuridico*, Giuffrè, 1974.
- CRAIG, L. y BEECH, A., "Towards a guide to best practice in conducting actuarial risk assessments with sex offenders", en *Aggression and Violent Behavior*, n° 15, 2010, pp. 278/293.
- CRAIG, LEAM; BROWNE, KEVIN; STRINGER, IAN Y HOGUE, TODD E., "Sexual Reconviction Rates in the United Kingdom and Actuarial Risk Estimates", en *Child Abuse y Neglect*", 32(1), 2008, pp.121/138.
- CRAISSATI, J. Y BEECH, A., "The role of key developmental variables in identifying sex offenders likely to fail in the community: An enhanced risk prediction model", en *Child Abuse y Neglect*, 30, 2006, pp. 327/339.
- CUHMA, M., *El tiempo que no cesa. La erosión de la frontera carcelaria*, París, Rhuthmos, 2011.
- CULLEN F. y GENDREAU P., "Assessing Correctional Rehabilitation: Policy, Practice, and Prospects", en Julie Horney (ed.), *Criminal Justice-Policies, Processes, and Decisions of the Criminal Justice System*, 2000, 3.
- CHANTRAINE, G., "La mécanique du temps vide. Structure sécuritaire et réactions individuelles au temps carcéral", en Kaminski D., y Kokoreff M. (eds.), *Sociologie pénale: système et expérience*, París, Erès, 2004.
- CHAUMON, FRANCK, *La ley, el sujeto y el goce. Lacan y el campo jurídico*. Bs. As., Ed. Nueva Visión, 2004.
- CHAVES, J. *Sciencia Penitenciária*, Lisboa, Clássica, 1912.
- CHEN, J. et al., "Three Strikes Laws and Repeat Offenders", *Central Police University*, 2006, Chinese Taipei [en línea], <http://www.tpac.gov.cn>
- CHIARA DÍAZ, CARLOS, *Código Penal*, Bs. As., Hammurabi, 1997.
- CHIARA DÍAZ, CARLOS, *La Ley penal Tributaria y previsional*, ley 23.771, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1990.
- CHRISTODOULIDIS, E., *Law and reflexive politics*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1998.
- DAHL, ROBERT, "La toma de decisiones en una democracia: la Corte Suprema como una institución que crea políticas públicas", en *Journal Public Law*, vol. 6, 1957.
- DAKOLIAS, MARÍA, "A strategy for judicial reform: the experience in Latin America", 36 *Virginia Journal of International Law*, 167, 1995.
- DAKOLIAS, MARIA, *The judicial sector in Latin America and the Caribbean, Elements to reform*, *World Bank Technical Paper*, 319, 1996.
- DAMASKA, MIRJAN, *The faces of Justice and State Authority: A comparative approach to legal process*, Yale University Press, 1986.
- DANIEL A. y FLEMMING J., "Suicides in a state correctional system 1992-2002", *J Correct Health Care*, 2006, 12.
- DE FINA R. y ARVANITES T., *The Weak Effect of Imprisonment on Crime: 1971-1998*. *Social Science Quarterly*, 2002, 83 (3).
- DE FINA R., *Incarceration and Child Poverty Rates: An Analysis of North Carolina County Data, 1995-2007*, Villanova University, Working Paper Series, 2009.
- DE LA FUENTE, INMACULADA, "¿Tienen salida los violadores?", en diario *El País*, Ma-

- drid, 17 de abril de 2005 [en línea], http://elpais.com/diario/2005/04/17/domingo/1113709955_850215.html
- DE LA FUENTE, JAVIER ESTEBAN, “La Ley 24.660 y su aplicación en las provincias. Situación de los Procesados”, en *Revista de Derecho Penal. Garantías Constitucionales y nulidades procesales*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2001-2002.
- DE LA RÚA, JORGE, *Código Penal argentino*, Bs. As., Depalma, 2ª ed., 1997.
- DE TOCQUEVILLE, A.; DE BEAUMONT, G., *On the Penitentiary System in the United States and its Application in France*, Chicago, Vail-Ballou Press, 1964.
- DELEUZE, GILLES, *Conversaciones*, Valencia, Pre-textos, 1995.
- DELGADO, SERGIO, “Acerca de las calificaciones de los condenados”, en *JA* 2006-III.
- DEMETRIO CRESPO, EDUARDO, “Del Derecho Penal liberal al Derecho Penal del enemigo”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2da época, n° 14, 2004.
- DEMETRIO CRESPO, EDUARDO, “El derecho penal del enemigo” darfnichtsein! Sobre la ilegitimidad del llamado ‘derecho penal del enemigo’ y la idea de seguridad”, en *Revista General de Derecho Penal*, n° 4, 2005.
- DEMETRIO CRESPO, EDUARDO, “Sobre la armonización de las sanciones en la Unión Europea”, en *Revista Penal*, n° 16, 2005, pp. 43/53.
- DEMETRIO CRESPO, EDUARDO, *Prevención General e Individualización Judicial de la Pena*, Universidad de Salamanca, 1999.
- DENNING, BRANNON, “The Blue Slip: Enforcing the norms of the judicial confirmation process”, *Wm. & Mary Bill of Rts. J.* Vol. 10, 2001.
- DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE CATALUÑA, *Delitos sexuales y reincidencia: Un estudio en las prisiones de Cataluña*, España, Generalitat de Catalunya, 2009.
- DEPARTMENT OF JUSTICE, *National standards to prevent, detect, and respond to prison rape. Final rule; request for comment on specific issue*, 2012, Fed Regist., 20 Jun 2012; 77 (119): 37.
- DERRIDA, JACQUES, *Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad*, Madrid, Tecnos, 2002.
- DEVOTO, ELEONORA y GARCÍA FAGES, MERCEDES, “De los mínimos de las escalas penales y la irracionalidad de las respuestas punitiva. Un camino con un retorno posible”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Bs. As., Lexis-Nexis, n° 11/2007, 2007.
- DIANSHENG YANG (ed.), *Ciencia del Derecho Penitenciario*, 2da. ed., Peking University Press, 2004.
- DÍAZ CANTÓN, FERNANDO y PITLEVNIK, LEONARDO, “Las condiciones para obtener la libertad condicional”, en *NDP*, 1998/A.
- DIRECCIÓN GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS, MINISTERIO DEL INTERIOR, “El control de la agresión sexual: Programa de intervención en el medio penitenciario. Manual del terapeuta”, España, 2005 [en línea], http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/publicaciones/Doc.Penitenciario_3_completo.pdf
- DOMÍNGUEZ, D. A., *La fuerza de la libertad. Pasado, actualidad y futuro de las cárceles para una política criminal preventiva*, La Plata, Universidad Católica de La Plata, 2004.

- DONINI, M., "El Derecho penal frente al Enemigo", en Cancio Meliá / Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión*, VI, Montevideo-Buenos Aires, Edisofer B de F, 2006.
- DONNA, EDGARDO ALBERTO, *Teoría del delito y de la pena*, t. 2, Bs. As., Astrea, 1995.
- DOOLEY E., "Prison suicide in England and Wales, 1972-1987", en *The British Journal*, 1990.
- DORADO MONTERO, P., "Sobre la proporción penal", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1916.
- DURKHEIM, EMILE, *La División del Trabajo Social*, 4ª ed., Madrid, Akal, 2001.
- DWORKIN, RONALD, "Derecho y Moral", en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 8, n° 1, 2007.
- DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2002.
- EDWARDS, CARLOS E. "Ejecución de la pena privativa de la libertad. Comentario exegético de la ley 24.660", 1ª ed., Bs. As., Astrea, 2007.
- ENCICLOPEDIA DE LA UNIVERSIDAD DE PEKÍN DE LA JURISPRUDENCIA, *Ciencia del Derecho Penal, Criminología, Penología*, Universidad de Prensa de Pekín, Editorial Board of Pekin University, 2003.
- EPSTEIN, LEE y SEGAL, JEFFREY, *Advice and Consent*, Oxford University Press, 2005.
- EPSTEIN, SEGAL, STAUDT y LINDSTADT, "The role of qualifications in the confirmation of nominees to the U.S. Supreme Court", *Fla. St. U. L. Rev.*, vol. 32, 2004.
- ESTRADA, ALFONSO, *El nuevo sistema de la Justicia penal para México*, varios eds. oficiales, México, Porrúa, 2009.
- FALCONE, ROBERTO y MADINA, MARCELO, *El Proceso Penal en la Provincia de Buenos Aires*, 1ª edición, Bs. As., Ad- Hoc, 2005, pp. 410 y 412.
- FARALDO CABANA, P., "Un derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas", en Faraldo Cabana (dir.), *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- FARRINGTON, D.; WELSH, B. C.; SHERMAN L.; MACKENZIE, D. L., (eds.), *Evidence-Based Crime Prevention*, London, Routledge, 2002.
- FARRINGTON D. y Welsh, B. C., "Randomized Experiments in Criminology: What have we learned in the last two decades?", en *Journal of Experimental Criminology*, 2004, 1 (1).
- FARRINGTON, D., "Key Longitudinal-Experimental Studies in Criminology", en *Journal of Experimental Criminology*, 2005, 1 (1).
- FELJÓO SÁNCHEZ BERNARDO, *Retribución y Prevención General*, Montevideo, BdeF, 2007.
- FELJÓO SÁNCHEZ, BERNARDO, "Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena", en *Indret*, n° 1, 2007 [en línea], www.indret.es
- FELJÓO SÁNCHEZ, BERNARDO, "La normativización del Derecho Penal: ¿Hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación?", en Ara (dir.), Gómez Jara (ed.), *Teoría de Sistemas y Derecho Penal*, 2007.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, 1ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 1997.

- FERRANTE, M., "Con el fin...", en Gustavo Bruzzone (coord.), *Homenaje al Dr. Esteban Righi*, Bs. As., Ad-Hoc, 2012.
- FEUERBACH, A.V., *Tratado de derecho penal*, Bs. As., Hammurabi, 1989.
- FISK, CATHERINE y CHERMERINSKY, ERWIN, "In defense of filibustering judicial nominations", en *Cardozo Law Review*, vol. 26, 2005.
- FISK, CATHERINE y CHERMERINSKY, ERWIN, "The filibuster", en *Stan L. Rev.*, vol. 49, 1997.
- FLEMING, ABEL y LOPEZ VIÑALS, PABLO, *Las Penas*, Santa Fé, Rubinzal Culzoni, 2009.
- FLEMING, ABEL; LÓPEZ VIÑALS, PABLO; LORENZETTI, RICARDO L., "Derechos de la víctima. La función del acusador público y la neutralidad del juez", "Estructura constitucional del proceso penal", "Derechos humanos, orden internacional y recepción constitucional", en *Garantías del imputado*, 1a edición, 1a reimpresión, Santa Fe, Editorial Rubinzal – Culzoni, 2008, pp. 475/477.
- FLETCHER, GEORGE P., *El derecho y lo razonable. Ensayos de Derecho Penal*, Editorial de Belgrano, Bs. As., 1997.
- FLETCHER, GEORGE P., "El Jurado en los Estados Unidos", en *Revista Jueces para la Democracia*, n° 28, Madrid, marzo, 1997.
- FOUCAULT, MICHEL, *Las palabras y las cosas*, Bs. As., Siglo XXI, 2008.
- FOUCAULT, MICHEL, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1978.
- FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*, Bs. As., Siglo XXI Editores, 2008.
- FRAILE, P., *Un espacio para castigar: la cárcel y la ciencia penitenciaria en España (siglos XVIII-XIX)*, Barcelona, del Serbal, 1987.
- FREIBERG, ARIE, "Sentencing and Punishment in New South Wales", en M. Tonry M. y K. Hatlestad (eds.), *Sentencing Reform In Overcrowded Times. A Comparative Perspective*, Oxford University Press, New York/Oxford, 1997, pp. 156/163.
- FRISCH, WOLFGANG, "Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del derecho penal. Clasificación en las teorías de la pena, configuración material y exigencias del Estado de Derecho", Patricia Ziffer (trad.), en *In Dret* 3, 2007.
- FRISCH, WOLFGANG, *Dogmatische Grundfragen der bedingten Entlassung und der Lockerungen des Vollzugs von Strafrecht und Maßregeln*, ZStW 102, 1990.
- FUENTES CUBILLOS, HERNÁN, "El principio de proporcionalidad en derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena", en *Ius et Praxis*, año n° 14, n° 2, 2008, pp. 15/42.
- GAES, G. y CAMP, S., "Unintended consequences: experimental evidence for the criminogenic effect of prison security level placement on post-release recidivism", en *Crime & Delinquency*, 2009, 51(3).
- GAMBIER, B. y ROSSI, A., *Derecho administrativo penitenciario*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2000.
- GANNON, T.; BEECH, A. y WARD, T., "Does the polygraph lead to better risk prediction for sexual offenders?", en *Aggression and Violent Behavior*, 13, 2008, pp. 29/44.
- GARCÍA BASALO, J. C., "La situación carcelaria de la Provincia de Santa Fe en 1877", en *Revista Penal Penitenciaria*, 1965.
- GARCÍA BASALO, J. C., *Algunas tendencias actuales de la ciencia penitenciaria*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1970.

- GARCÍA BASALO, J. C., *El régimen penitenciario argentino*, Librería del Jurista, Bs. As., 1975.
- GARCÍA CORONADO, NAYALI, “Las TICS como sustituto de las relaciones personales”, Facultad de Psicología, Benemérita Universidad de Puebla, Materia DHTIC [en línea], <http://nayelidhtics.blogspot.com.ar/2013/04/las-tics-como-sustituto-de-las.html#!/2013/04/las-tics-como-sustituto-de-las.html>, consultado el 27/04/2013.
- GARCÍA GUERRERO, JULIO *et al.*, “Causas y tendencia de la mortalidad en una prisión española (1994-2009)”, en *Revista Española Salud Pública*; 2011, 85(3).
- GARCÍA RAMÍREZ, S., “El sistema penitenciario. Siglos XIX y XX”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XXXII 95, México DF, 1999.
- GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO, “Justicia, Mercado y Democracia: un examen crítico de las teorías económicas sobre el (in)cumplimiento del derecho y su relación con el desarrollo, la justicia y la democracia”, en Uprimny, Rodríguez Garavito y García Villegas, *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, Norma, 2006.
- GARCÍA YOMHA, DIEGO y MARTÍNEZ, SANTIAGO, “Lineamientos para una investigación des formalizada. El cambio cultural del expediente al legajo de investigación”, en *Revista de Derecho Procesal Penal* 2011-1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2011.
- GARCÍA, JORGE L. A., “La racionalidad en la legislación penal a pesar de los “malos tiempos”, en *ElDial*, Suplemento de Derecho Penal y Proceso Penal, 31/5/2013.
- GARCÍA, JORGE L. A., “La reforma procesal penal como producto de una política criminal racional”, *El Dial*, Suplemento de Derecho Penal y Proceso Penal, 20/8/2013.
- GARCÍA, JORGE L. A., “Observaciones al proyecto de juicio por jurados”, sobre la teoría de la decisión judicial, en *Instituciones del Proceso Penal Acusatorio*, ed. Delta, 2012.
- GARGARELLA, ROBERTO, “La dificultad de defender el control judicial de las leyes”, en *Revista Isonomía*, n° 6, 1997.
- GARGARELLA, ROBERTO, “La dificultosa tarea de la interpretación constitucional”, en Gargarella (comp.), *Teoría y Crítica del derecho constitucional*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2008.
- GARGARELLA, ROBERTO, *La justicia frente al gobierno*, Barcelona, Ariel, 1996.
- GARGARELLA, ROBERTO, “Los fundamentos de una comunidad de iguales y el artículo 22”, en *La Constitución en 2020*, Ed. Siglo XXI, 2011.
- GARGARELLA, ROBERTO, “Recientes reformas constitucionales en América Latina: una primera aproximación”, en *Desarrollo Económico*, vol. 36, 1997.
- GARLAND, DAVID, *Castigo y Sociedad Moderna*, México, Siglo XXI, 1999.
- GARLAND, DAVID, *Las sociedades de control*, Barcelona, Gedisa, 2012.
- GARRIDO, V. *et al.*, “Crime prevention: more evidence-based analysis”, en *Psicothema*, 2008, 20(1).
- GARRIDO, V. y MORALES L., “*Serious (Violent or Chronic) Juvenile Offenders: A Systematic Review of Treatment Effectiveness in Secure Corrections*”, *Final Report Submitted to the Campbell Collaboration. Crime and Justice Group*, Universidad Autónoma de Madrid, 2007.
- GEREZ AMBERTÍN, MARTA, *Culpa, responsabilidad y castigo en el discurso jurídico y psi-*

- pcoalnltico. Bs. As., Editorial Letra Viva, 2004.
- GIBBONS D., "Review Essay: Changing Law-breakers-What Have We Learned Since the 1950s?", *Crime & Delinquency*, 1999, 45(2).
- GIORGI, ARNALDO, "La Arquitectura Penitenciaria", en *Revista penal y penitenciaria*, vol. 2, n° 15, 1937.
- GOFFMAN, ERVING, *Internados*, Bs. As., Amorrortu, 2001.
- GOIFMAN, K., "Killing time in the Brazilian slammer", en *Ethnography*, vol. 3, n° 4, London, Sage Publications, 2002.
- GOLDMAN, SHELDON, *Picking federal judges*, Yale University Press, 1997.
- GONZÁLEZ CANO, M., *La ejecucin de la pena privativa de libertad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.
- GOODMAN, C., *Literature searching and evidence interpretation for assessing health. Care Practices*, Stockholm, SBU, 1996.
- GORI, P., "Visita al penal de Sierra Chica en 1899", en *Revista La Antorcha*, Bs. As., 1925.
- GOULART, JOSÉ E., *Principios informadores do direito da execuao penal*, Sao Pablo, Editora Revista dos Tribunais, 1994.
- GRECO, L., "Über das sogenannte Feindstrafrecht", *GA*, 2006.
- GRINOVER, ADA PELLEGRINI, "La tutela giurisdizionale degli interessi diffusi nel sistema brasiliano", en *Novas tendências do direito processual*, Río de Janeiro, Forense Universitária, 1990.
- GUIBOURG, RICARDO, "La filosofa del derecho y las ramas del derecho", en *Investigación y Docencia*, n° 40, Ed. Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Derecho, enero/diciembre, 2007.
- GUILLAMONDEGUI, LUIS RAÚL, "La resocialización de los delincuentes sexuales ¿es posible? una perspectiva comparada", en Sergio Delgado (dir.) *ICARO Revista de Ejecución de la Pena Privativa de la libertad y el Encierro*, año 1, n° 1, Bs. As., 2006, 2006, pp. 225/251 [en línea], <http://new.pensamientopenal.com.ar/01102009/ejecucion03.pdf>
- HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1998.
- HAMILTON, ALEXANDER, "El Federalista 78", en Jay Hamilton Madison, *Los papeles de El Federalista*, México, FCE, 1994.
- HAMMERGREN, LYNN, *Do Judicial Councils Further Judicial Reform?*, Carnegie Endowment, Working Paper, 28, 2002.
- HANSON, KARL y MORTON BOURGON, KELLI, "The characteristics of persistent sexual offenders: A meta-analysis of recidivism studies", *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 73(6), 2005, pp. 1154/1163.
- HANSON, KARL, Y MORTON BOURGON, KELLI, "The accuracy of recidivism risk assessments for sexual offenders: A meta-analysis of 118 prediction studies", en *Psychological Assessment*, 21(1), 2009, pp. 1/21.
- HAO CHIYONG, "El Sistema de Administración de Justicia y su Reforma y Desarrollo en China", en *Legal Daily*, 2011.
- HARKINS, L., y BEECH, R., "A review of the factors that can influence the effectiveness of sexual offender treatment: Risk, need, responsivity, and process issues", en *Aggression and Violent Behavior*, 12, 2007, pp. 615/627.

- HARRIS G; RICE M. y CORMIER C., *Psychopaths: is a therapeutic community therapeutic? Therapeutic Communities*, 1994, 15(44).
- HASSEMER, WINFRIED, *Fundamentos de Derecho Penal*, Barcelona, Bosch, 1984.
- HAYES L. and KAJDIN B., "And darkness closes", *National study of jail suicides*, Washington, DC, National Center for Institutions and Alternatives, 1981.
- HAYES L.; ROWAN J., *National study of jail suicides: Seven years later*, Alexandria, VA National Center for Institutions and Alternatives, 1988.
- HAZAN, LUCIANO, "El plan piloto para la profundización del sistema acusatorio en Mar del Plata. Descripción, resultados y reflexiones", en *NDP*, 2006/A. 2006.
- HEGENBARTH R., *Sichtbegrenzungen, Forschungsdefizite und Zielkonflikte in der Diskussion über Alternativen zur Justiz. Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie Bd. VI)*, Opladen, 1980.
- HELMKE, GRETCHEN, "The logic of strategic defection: Court-Executive relations in Argentina", en *American Political Science Review*, vol. 96, n° 2.
- HELMUS, LESLIE; BABCHISHIN, KELLI y BLAIS, JULIE, "Predictive accuracy of dynamic risk factors for aboriginal and non-aboriginal sex offenders: An exploratory comparison using STABLE-2007", en *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 56(6), 2011, pp. 856/876.
- HIRSCH, H. J., "El Derecho Penal y el ámbito libre de regulación jurídica", en *Derecho Penal. Obras completas*, t. I, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 1998.
- HÖRNLE, TATJANA, "Deskriptive und normative Dimensionen des Begriffs. Feindstrafrecht", *GA*, 2006.
- HÖRNLE, TATJANA, *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena*, Bs. As., Fabián Di Plácido, 2003.
- HOROVITZ, ANAT, "The Emergence of Sentencing Hearings", en *Punishment & Society*, vol. 9, 2007, pp. 271/299.
- HOWARD, J., *El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales*, México DF, Fondo de Cultura Económica, 2003.
- IGNATIEFF, M., *A just measure of pain. The Penitentiary in the industrial revolution 1750-1850*, New York, Pantheon, 1978.
- IRWIN, J. y AUSTIN, J., *It's about time: America's prison population crisis*, Belmont, Cal.: Wadsworth, 1997.
- IYENGAR R., "I'd Rather Be Hanged for a Sheep than a Lamb: The Unintended Consequences of California's Three Strikes Law", en *American Law & Economics Association Annual Meetings* (paper 15), Bepress, april, 2005.
- JAKOBS, GÜNTER, "Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht", en Yu-hsiu HSU (Hrsg), *Foundations and Limits of Criminal Law and Criminal Procedure. An Anthology in Memory of Professor Fu-Tseng Hung*, Taipei (Taiwan), 2003.
- JAKOBS, GÜNTER, "Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft gegenüber den Herausforderungen ihrer Zeit (Kommentar)", ESER, A/HASSEMER, W/BURKHARDT, B.
- JAKOBS, GÜNTER, "Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick", München, 2000.

JAKOBS, GÜNTHER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Walter de Gruyter, Berlín, 1983.

JAKOBS, GÜNTHER, “Personalidad y exclusión en derecho penal” (título alemán: “Personalität und Exklusion im Strafrecht”), en *El funcionalismo en Derecho Penal. Homenaje al profesor Günther Jakobs*, en Montealegre Lynett, Universidad Externado de Colombia, t. I, 2003.

JANKA, C., GALLASCH-NEMITZ, F., BIEDERMANN, J., y DAHLE, K., “The significance of offending behavior for predicting sexual recidivism among sex offenders of various age group”, en *International Journal of Law and Psychiatry*, 2012, 35(3), pp.159/164.

JAURETCHÉ, ARTURO, *Las Polémicas*, Bs. As., Colihue, 2009.

JESCHECK, HANS HEINRICH, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1978.

JIANAN GUO y LAN LU (eds.), *El Estudio de la Práctica de Ejecución de Pena China* (parte superior), Peking University Press, 2007.

JOHNSON, SUSAN y SONGER, DONALD, “The influence of Presidential versus home state senatorial preferences on the policy output of judges on the United States District Courts”, *Law & Soc’y Rev.*, Vol. 36, 2002.

JULIANO, MARIO A. y ÁVILA, FERNANDO, *Contra la prisión perpetua. Una visión histórica y comparada de las penas a perpetuidad*, Bs. As., Editores del Puerto, 2012.

JULIANO, MARIO A., “¿El estado bonaerense puede modificar la ley de excarcelaciones para restringir sus alcances?”, en *Revista electrónica Pensamiento Penal*, Sección Procesos de reforma [en línea], <http://www.pensamientopenal.com.ar>

JULIANO, MARIO A., “El fracaso de los esfuerzos reduccionistas y la estrategia abolicionista”, en AA.VV., *Abolicionismo de la prisión sin condena. Una corriente latinoamericana en el siglo XXI*, Bs. As., Editores del Puerto, 2011.

JULIANO, MARIO A., “La indefectible naturaleza indicativa de los mínimos de las escalas penales”, en *Revista Pensamiento Penal*, n° 39 [en línea], www.pensamientopenal.com.ar

JULIANO, MARIO A., “Nuevos aportes a la naturaleza indicativa de los mínimos las escalas penales”, en *Revista Pensamiento Penal*, n° 60 [en línea], www.pensamientopenal.com.ar

KAI AMBOS, GÖTTINGEN, “El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica”, en *Revista de Derecho Procesal Penal. La prueba en el proceso penal -II*, Santa Fe, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2009-2 2010, pp. 589/611.

KANTOROWICZ, ERNST, *Los dos cuerpos del rey. Un estudio de teología política medieval*, Madrid, Alianza Editorial, 1985.

KANER SIX, “Libro de Cambios”, en Zongsu Xia (ed.), *Teoría Básica de la Ciencia Penal*, Law Press, 1998.

KAPISZEWSKI, DIANA, “La Corte Suprema y la Política Constitucional en la Argentina post-Menem”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 7, n° 1, 2006.

KAUFMANN, *Filosofía del Derecho*, L. Villar Borda y A. M. Montoya (trads.), UEC, Bogotá, 1999.

KESSLER, GABRIEL, *El sentimiento de la inseguridad*, Bs. As., Siglo XXI, 2009.

KINGSTON, D., SETO, M., FIRESTONE, P. y BRADFORD, J., “Comparing indicators of sexual sadism

- as predictors of recidivism among adult male sexual offenders”, en *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 2010, 78(4), pp.574/584.
- KOVANDZIC T. et al, “Unintended consequences of politically popular sentencing policy: The homicide promoting effects of ‘Three Strikes in U.S. cities (1980–1999)’”, *Criminology and Public Policy*, 2002.
- KRAMER, LARRY, *The people themselves*, Oxford University Press, 2004.
- KRIEGSMANN, N., *Preceptiva penitenciaria*, Bances, R. (trad.), Imprenta de Alrededor del Mundo, Madrid, 1917.
- KUHN, THOMAS S., *La estructura de las revoluciones científicas*, México, Fondo de Cultura Económica, 2010.
- LANGER, MÁXIMO, “La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado”, en Julio B. J. Maier y Alberto Bovino (comps.), *El procedimiento abreviado*, Bs. As., Ad-Hoc, 2001.
- LANGTON, C.; BARBAREE, H.; HANSEN, K.; HARKINS, L. y PEACOCK, E., “reliability and validity of the static-2002 among adult sexual offenders with reference to treatment status”, en *Criminal Justice and Behavior*, 34(5), 2007a, pp. 616/640.
- LARIA OLMEDO, JORGE A., *Tratado de derecho procesal penal*, t. V., Bs. As., Ediar, 1966.
- LATESSA, E. y LOWENKAMP C., *What Works in Reducing Recidivism*. University, St. Thomas Law Journal, 2005, 3.
- LAW, DAVID, “Appointing federal judges: the President, the Senate, and the prisoner’s dilemma”, en *Cardozo Law Review*, vol. 26.
- LEMERT, E., *Human Deviance, Social Problems and Social Control*, Nueva Jersey, Prentice-Hall, 1972.
- LÉVI-STRAUSS, CLAUDE, *Tristes trópicos*, Bs. As., Eudeba, 1970.
- LUDER, I., *La reforma penitenciaria en la reforma constitucional*, La Plata, 1952.
- LYNCH, GERARD, “Plea Bargaining: el sistema no contradictorio de justicia penal en Estados Unidos”, en *NDP*, 1998/A, 1998.
- MAGARIÑOS, MARIO, “Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena”, en Julio Maier (comp.), *La determinación judicial de la pena*, Bs. As., Editores del Puerto, 1993.
- MAIER, JULIO B. J., “I - Fundamentos”, en *Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., Bs. As., Editores del Puerto, 2004.
- MAIER, JULIO, “Dimensión política de un poder judicial independiente”, en *Revista Nueva Doctrina Penal*, 1998/B, Del Puerto, Bs. As., 1998.
- MALLESON, KATE y RUSSELL, PETER, *Appointing judges in an age of judicial power*, University of Toronto Press, 2006.
- MANDEVILLE NORDEN, R. y BEECH, A., “Risk assessment of sex offenders: the current position in the UK”, en *Child Abuse Review*, 15(4), 2006, pp. 257/272.
- MANDEVILLE NORDEN, R., y BEECH, A., “Risk assessment of sex offenders: the current position in the UK”, en *Child Abuse Review*, 15(4), 2006, pp. 257/272.
- MAPPPELLI CAFFARENA, B., “Sistema progresivo y tratamiento”, en *Lecciones de Derecho Penitenciario*, Universidad de Alcalá de Henares, 1985.

- MARCÓ DEL PONT, L., *Penología y sistemas carcelarios*, Bs. As., Depalma, 1974.
- MARCHIORI, H., *El estudio del delincuente. Tratamiento penitenciario*, México, Porrúa, 1981.
- MARGALIT, AVISHAI, *La sociedad decente*, Bs. As., Paidós, 1997.
- MARSHALL, WILLIAM L., *Agresores sexuales*, 1ª ed., Barcelona, Ariel, 2001.
- MARTÍN, ADRIÁN, “Determinación judicial de la pena: pautas para un sistema acusatorio de enjuiciamiento”, en Tarrío, M. (dir.), *Debates en torno al derecho penal II*, Bs. As., Cathedra Jurídica, 2009, pp. 93/137.
- MARTIN, PAULINE, “National DNA databases-practice and practicability. A forum for discussion”, en *International Congress Series*, 2004, 12161, pp.1/8.
- MARTÍNEZ, SANTIAGO, “Prisión preventiva y audiencias preliminares. Las ventajas de la oralidad en su dictado y control”, en *RDPyPP* 2009/2, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2009.
- MARTÍNEZ, VICENTE J., “La base de datos del ADN y su eficacia en el proceso”, en *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, n° 28, 2012, pp. 91/103.
- MARVELL T. y MOODY C., “The lethal effects of three strikes laws”, en *Journal of Legal Studies*, 2001, 30.
- MCCORD J., *A thirty-year follow-up of treatment effects*, *American Psychologist*, 1978, 33.
- MCCORD J., *Crime in moral and social contexts -the American Society of Criminology 1989 Presidential Address*, *Criminology*, 1990, 28.
- MCCORD, J., “Cures that harm: Unanticipated outcomes of crime prevention programs”, *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 2003, 587.
- MERRYMAN, JOHN y PÉREZ PERDOMO, ROGELIO, *The civil law tradition*, 3ª ed., Stanford University Press, 2007.
- MESSUTI, A., “Delito, pena, tiempo: una proporción imposible”, en *Revista Ultima Ratio*, San Pablo, Lumen Juris Editora, 2006.
- MESSUTI, A., *El tiempo como pena*, Bs. As., Ediar, 2008.
- MILLS, J.; KRONER, D., y HEMMATI, “The validity of Violence Risk estimates: An issue of item performance”, en *Psychological Services*, 4(1), 2007, pp. 1/12.
- MINKOWSKI, E., *El tiempo vivido*, México, Fondo de Cultura Económica, 1973.
- MIQUELARENA MERITELLO, A., “Las cárceles y sus orígenes”, en *Revista pensamiento penal*, n° 158, 2013.
- MIRANDA RODRÍGUES, ANABELA, “El sistema de determinación de la pena en la Unión Europea”, en Luis Arroyo Zapatero y Adrián Nieto Martín (coords.), *Fraude y corrupción en el Derecho Penal Económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006, pp. 519/540.
- MONTESQUIEU, CHARLES-LOUIS DE SECONDAT, BARÓN DE, *Del espíritu de las leyes*, Madrid, Al-taya, 1993.
- MORENO RODRÍGUEZ, Rogelio, *Diccionario de Ciencias Penales*, Bs. As., Ad-Hoc, 2001.
- MORILLO GUGLIELMI, GISELA, “La tendencia jurisprudencial en torno a la titularidad de la acción penal”, en *Revista de Derecho Procesal Penal – La actividad procesal del Ministerio*

- Público Fiscal – I*, Santa Fe, Editorial Rubinzal – Culzoni, 2007-2, pp. 338/339.
- MOSCONI, G., “Tiempo social y tiempo de cárcel”, en Dobón y Rivera Beiras (coords.), *Secuestros Institucionales y Derechos Humanos: la cárcel y el manicomio como laberintos de obediencias fingidas*, Barcelona, M. J. Bosch, 1997.
- MOYANO NAVARRO, HORACIO, *Arquitectura carcelaria*, 1950.
- MURPHY, L. FEDEROFF, J., Y MARTINEAU, M., “Canada’s sex offender registries: Background, implementation, and social policy considerations”, en *The Canadian Journal of Human Sexuality*, 18 (1-2), 2009, pp. 61/72.
- MURRAY J. y FARRINGTON D., “Parental imprisonment: ‘effects on boys’ antisocial behaviour and delinquency through the life course”, *Journal of Child Psychology and psychiatry*, 2005, 46(12).
- MUSTAPIC, ANA MARÍA, “Oficialistas y diputados: las relaciones Ejecutivo-Legislativo en la Argentina”, en *Desarrollo Económico*, vol. 39, 2000.
- NECIP, “El estado de la prisión preventiva en la Argentina. Situación actual y propuestas de cambio” [en línea], <http://www.inecip.org>
- NEUMAN, E., *Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes carcelarios*, Bs. As., Pannedille, 1971.
- NEWMAN S; DYCK R. y ORN, H., “Prevalence of psychiatric disorders and suicide attempts in a prison population”, *Can J Psychiatry*, 1990, 35.
- NILS, CHRISTIE, *Una sensata cantidad de delito*, C. Ezpeleta y J. Iosa (trads.), Bs. As., Editores Del Puerto, 2004.
- NINO, CARLOS S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992.
- NINO, CARLOS S., *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- NOGUEROL, VICTORIA, *Agresiones Sexuales*, España, Síntesis, 2005.
- NOVELLI, G., “L’autonomía del Diritto penitenziario”, en *Revista di Diritto Penitenziario*, año IV, 1933.
- NUNES, K. et al, “Incarcelation and recidivism among sexual offenders”, en *Law and Human Behavior*, 31(3), 2007, pp. 305/318.
- NUSSBAUM, ARTHUR, *Rechtstatsachenforschung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1968.
- OLVER, M.; WONG, S.; NICHOLAICHUK, T. y GORDON, A., “The validity and reliability of the Violence Risk Scale-Sexual Offender version: Assessing sex offender risk and evaluating therapeutic change”, en *Psychological Assessment*, 19(3), 2007, pp. 318/329.
- OLVER, MARK y BARLOW, ASHLEY, “Public attitudes toward sex offenders and their relationship to personality traits and demographic characteristics”, en *Behavior Sciences y the Law*, 28(6), 2010, pp. 832/849.
- PASTOR, DANIEL R., “Escolios a la ley de limitación temporal del encarcelamiento preventivo”, en *NDP 1996/A*, Bs. As., Editores del Puerto, 1996.
- PAVARINI, M., “La negociabilidad de la pena. Entre la parsimonia y el despilfarro represivo”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, n° 1, Bs. As., Ad-Hoc, 2002.
- PAVARINI, MASSIMO, *Un arte abyecto. Ensayo sobre el gobierno de la penalidad*, Bs. As., Ad-Hoc, 2006.

- PENNA, CRISTIAN D., "Proyecto de reforma del art. 171 del CPP de la Provincia de Buenos Aires sobre denegatoria de excarcelaciones: crónica de una inconstitucionalidad anunciada", en *Revista electrónica Pensamiento Penal*, Sección Procesos de reforma [en línea], <http://www.pensamientopenal.com.ar>
- PÉREZ RAMÍREZ, MERITXEL *et al*, "Predicción de riesgo de reincidencia en agresores sexuales", en *Psicothema*, 20(2), 2008, pp. 205/210.
- PÉREZ RAMÍREZ, MERITXEL; MARTÍNEZ GARCÍA, MARIAN, y REDONDO, SANTIAGO, *Evaluación y predicción del riesgo de reincidencia en agresores sexuales*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, Departamento de Justicia, 2007.
- PERONA, N. Y ROCCHI, G. "Vulnerabilidad y Exclusión social. Una propuesta metodológica para el estudio de las condiciones de vida de los hogares", en *Kairos. Revista de Temas Sociales*, n° 8 [en línea], <http://www2.fices.unsl.edu.ar/~kairos/k08-08.htm>
- PETROSINO A. *et al.*, "Toward evidence-based criminology and criminal justice: Systematic reviews, the Campbell Collaboration, and the Crime and Justice Group", *International Journal of Comparative Criminology*, 2003, 3.
- PETTINATO, R., *Acción penitenciaria*, Bs. As., 1947.
- PINTO, MÓNICA, *Temas de derechos humanos, 1a edición*, Bs. As., Editores del Puerto, 2009, 1ra. edición, pp. 10/14.
- PLAWSKY, S., *Droit pénitentiaire* Lille, Université de Lille III, 1977.
- PRAINSACK, BARBARA y TOOM, VICTOR, "Performing the Union: The Prüm Decision and the European dream. Studies", en *History and Philosophy of Biological and Biomedical Sciences*, 44(1), 2013, pp. 71/79.
- PRITIKIN M., "Is prison increasing crime?", *Wisconsin Law Review*, 2008.
- PROVINE, DORIS M., y GARAPÓN, ANTOINE, "The selection of judges in France: searching for a new legitimacy", en Malleson y Russell, *Appointing judges in an age of judicial power*, University of Toronto Press, 2006.
- PUJOL ROBINAT, A. y PUIG BAUSILI, L., "Conceptos de peligrosidad criminal. Evolución histórica del concepto. Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas", en *Cuadernos de Política Criminal*, n° 94, 2008.
- QUINTERO, FABIÁN, "Características poblacionales del encarcelamiento en la provincia de Buenos Aires en contexto global. Intercambios", n° 13, en *Publicación electrónica de la Carrera en Especialización en Derecho Penal*, 2008 [en línea], <http://intercambios.jursoc.unlp.edu.ar>
- QUINTERO, FABIÁN, "Caracterización Ambiental de Establecimientos Penales: Una Aproximación Multifactorial", *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios*, 2007, 11.
- QUIÑONES, RUBÉN, "Sobre la eficacia imperativa o indicativa de los mínimos de las escalas penales", inédito.
- RASCH W., "The effects of indeterminate detention", en *International Journal of Law and Psychiatry*, 1981, 4.
- REDONDO ILLESCAS, SANTIAGO, "¿Sirve el tratamiento para rehabilitar a delincuentes sexuales?", en *Revista española de investigación criminológica (REIC)* n° 4, 2006.
- RETTEBERGER, M., BOER, D. y EHER, R., "The Predictive Accuracy of Risk Factors in the Sexual Violence Risk-20 (SVR-20)", en *Criminal Justice and Behavior*, 38(10), 2011, pp. 1009/1027.

- RETTEBERGER, M.; BOER, D. y EHER, R., “*The Predictive Accuracy of Risk Factors in the Sexual Violence Risk-20 (SVR-20)*”, en *Criminal Justice and Behavior*, 38(10), 2011, pp. 1009/1027.
- REYNA ALFANO, LUIS M., “La individualización judicial de la pena y reforma penal”, en Ávalos Rodríguez, Constante Carlos (coords.), *Dogmática Penal del Tercer Milenio: Libro homenaje a los profesores Eugenio Raúl Zaffaroni y Klaus Tiedemann*, ARA, Lima, 2008.
- REYNA ALFARO, LUIS M., “La unificación del derecho penal: consideraciones acerca del código penal tipo para Iberoamérica”, en *Revista jurídica del Perú*, mayo 2002, año LII, n° 34, pp. 125/135.
- RIVACOBIA y RIVACOBIA, M., “El derecho de ejecución de las penas y su enseñanza”, en *Revista Penal-Penitenciaria de Santa Fe*, 3-4, 1965.
- ROBINSON, PAUL, *Principios distributivos del Derecho Penal. A quién debe sancionarse y en qué medida*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- RODRÍGUEZ, CARLOS C., “Breves apuntes sobre la determinación judicial de la pena”, Carlos C. Rodríguez (coord.), *Dogmática Penal del Tercer Milenio: Libro homenaje a los profesores Eugenio Raúl Zaffaroni y Klaus Tiedemann*, Lima, ARA, 2008.
- RODRÍGUEZ, CÉSAR, “Globalización, reforma judicial y Estado de derecho en Colombia y América Latina: el regreso de los programas de derecho y desarrollo”, en Uprimny, Rodríguez Garavito y García Villegas, *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, Norma, 2006.
- ROWLAND, C.K., y CARP, ROBERT, *Politics and judgment in federal district courts*, University Press of Kansas, 1996.
- ROXIN CLAUS *et. al.*, *Determinación judicial de la pena*, Bs. As., Editores del Puerto, 1993.
- ROXIN, CLAUS, “Contribución a la crítica de la teoría funcional de la acción”, Diego Manuel Luzón Peña (trad.), *Problemas básicos del derecho penal*, Madrid, REUS, 1976, pp. 84/127.
- ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal: Parte General*, trad. de Diego Luzón Peña, Miguel Díaz García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, , t.1, 1997.
- ROXIN, CLAUS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, C.H. Beck, München, 1992.
- RUGGLES-BRISE E., *The English Prison System*, London, MacMillan, 1921.
- RUSCHE, G. y KIRCHHEIMER, O., *Pena y Estructura Social*, 2da. ed., Bogotá, Temis, 2004.
- SACKETT, DAVID *et al.*, *Evidence based medicine: what it is and what it isn't*, BMJ, 1996, 312 (7023).
- SAILELLES, R., *L'individualisation de la peine*, París, 1898.
- SALINAS, RAÚL, *El Problema Carcelario*, Bs. As., Capital Intelectual, 2006.
- SALT, MARCOS y RIVERA BEIRAS, IÑAKI, *Los derechos fundamentales de los reclusos: España y Argentina*, Bs. As., Editores del Puerto, 1999.
- SARKAR, S. y ADSHEAD, G., “Whose DNA is it anyway? European court, junk DNA, and the Problem with prediction”, en *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, 38(2), 2010, pp. 247/250.
- SCHERER, NANCY, *Scoring Points, Politicians, activists and the lower federal court appointment Process*, Stanford University Press, 2005.

- SCHMUCKER, M., y LÖSEL, F., "Does sexual offender treatment work? A systematic review of outcome evaluations", en *Psicothema*, 20(1), 2008, pp. 10/19
- SCHÜNEMANN, BERND, "Prólogo", en Tatjana Hörnle, *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena*, Bs. As., Fabián Di Plácido, 2003.
- SCHÜNEMANN, BERND, "¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, T. 8/A, 1998.
- SEGAL, JEFFREY y SPAETH, HAROLD, *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*, Cambridge University Press, 2002.
- SEIFERT, D.; MÖLLER-MUSSAVI, S. y WIRTZ, M., *Risk assessment of sexual offenders in German forensic institutions*, en *International Journal of Law and Psychiatry*, 28(6), 2005, pp. 650/660.
- SERGI, NATALIA, "Límites temporales a la prisión preventiva", en *Nueva Doctrina Penal* 2001/A, Bs. As., Editores del Puerto, 2001.
- SÉRIEUX, P. y LIBERT, L., *Les lettres de cachet, "prisonniers de famille", et "placements volantaires"*, Gand, 1912.
- SERRANO, PASCUAL, *Desinformación. Cómo los medios ocultan el mundo*, Barcelona, Península, 2009.
- SHIZHOU, WANG, "La Explicación Judicial en el Derecho Penal Chino", en *American Journal of Comparative Law*, vol. XLIII, n° 4, 1995.
- SHIZHOU, WANG, "Teoría Moderna de la Sanción Penal y la Elección China", en *Chinese Journal of Law*, n° 3, vol. 25, 2003.
- SILVA SÁNCHEZ J., en Arroyo Zapatero-Berdugo Gómez de la Torre (dir.), *El Retorno De La Inocuidación. El caso de las reacciones jurídico penales frente a los delincuentes sexuales violentos. Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, vol. I, Ediciones de la Universidad Castilla de la Mancha/Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001.
- SLOKAR, ALEJANDRO, "Culpabilidad y pena: Trazos críticos sobre la cuantificación punitiva (por una indeterminación judicial relativa)", en *La ley*, año LXI, n° 224, 1997.
- SLOKAR, ALEJANDRO, "Pasado y futuro del penitenciarismo en la Argentina", en *Abogados*, n° 71, 2003.
- SORIA, PATRICIA, "Hablando se entiende la gente", en AA.VV, *El proceso penal adversarial. Lineamientos para la reforma del sistema judicial*, Santa Fe, INECIP/Rubinzal-Culzoni, 2008, T. I.
- SORIANO, R. y PORRAS, A. (comps.), *Artículos políticos de la "Enciclopedia"*, Madrid, Tecnos, 1992.
- SPENCER, J. R., "Nacional report of the United Kingdom (with particular reference to England and Wales)", M. Delmas Marty y J. A. Vervaele (eds.), *The implementation of the Corpus Iuris 1997 in the member states/La mise en oeuvre du Corpus Iuris 1997 dans les États Membres*, vol. III, Antwerp-Groningen-Oxford, Intersentia, 2000, pp. 886/888.
- STRATENWERTH, GÜNTER, *Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil II*, Stämpfli, Bern, 2006, §4, n.m. 49.
- STUDER, L., y AYLWIN, A., "Male victims and post treatment risk assessment among adult male sex offenders", en *International Journal of Law and Psychiatry*, 31(1), 2008, pp. 60/66.
- SUNSTEIN, CASS, *The partial constitution*, Harvard University Press, 1993.
- TAMARIT SUMALLA, JOSEP M., "Sistema de sanciones y política criminal: un estudio de

- Derecho Comparado europeo”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* [en línea], n° 9-06, 2007, pp. 1/40.
- TAYLOR, L. y COHEN, S., *Psychological survival. The experience of long term imprisonment*, Nueva York, Vintage Books, 1974.
- TEDESCHI, SEBASTIÁN, *et al.*, *Consejos de la Magistratura, los Consejos de la Magistratura de Argentina, Bolivia, El Salvador, Paraguay y Perú*, Pena y Estado, Buenos Aires, 2003.
- TEUBNER, GUNTHER (ed.), *Autopoietic Law-A New Approach to Law and Society*, vol. 8, Walter de Gruyter, 1987.
- THIBEDAU, ANDREW, “National forensic DNA databases. Council for Responsible Genetics”, 2011 [en línea], www.councilforresponsiblegenetics.org/dnadata/fullreport.pdf
- THOME, JOSEPH, “Heading South but looking north: Globalization and law reform in Latin America”, en *Wisconsin Law Review*, vol. 2000.
- THOMPSON, EDWARD P., *Los orígenes de la Ley Negra*, Bs. As., Siglo XXI Editores, 2010.
- TORRICELLI M., *El sistema de control de constitucional argentino*, Bs. As., Depalma-Lexis-Nexis, 2002.
- TSO (*THE Stationary Office*), *Protection of Freedom Act*, Inglaterra, Reino Unido, 2012.
- TUSHNET, MARK, *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton University Press, 1999.
- UNGER, MARK, *Elusive Reform: democracy and the rule of law in Latin America*, Lynne Rienns Publisher, Colorado, 2002.
- UPRIMNY, RODRIGO, “Legitimidad y conveniencia del control constitucional de la economía”, en Uprimny, Rodríguez Garavito y García Vilegas, *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, Norma, 2006.
- VALENCIA, OLGA *et al.*, “Nivel de reincidencia en agresores sexuales bajo tratamiento en programas de control de la agresión sexual”, en *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, n° 8, 2008, pp.77/18.
- VARELA, CECILIA, “Los profesionales del derecho y la lógica práctica. Un análisis de la implementación del juicio abreviado”, en *Delito y Sociedad*, año 12, n° 18/19, 2003.
- VÁZQUEZ SOTELO, JOSÉ L., “Escuelas Judiciales”, en *XIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, La Plata, 1974.
- VÁZQUEZ, ROBERTO, *La racionalidad de la pena*, Córdoba, Alción Editora, 1995.
- VERA REMARTÍNEZ, ENRIQUE *et al.*, “Tendencia de la Tasa de Mortalidad en una prisión Española (1994-2004)”, *Revista Española Salud Pública*, n° 6, 2005.
- VERVAELE, J. A. E. y KLIP, A. H., “National report of the Netherherlands”, M. Delmas Marty y J. A. Vervaele (eds.), *The implementation of the Corpus Iuris 1997 in the member states/La mise en ouvre du Corpus Iuris 1997 dans les États Membres*, ol III, Intersentia, Antwerp-Groningen-Oxford, 2000, pp. 661/678.
- VIERAITIS, L. *et al.*, “The criminogenic effects of imprisonment: Evidence from state panel data, 1974 - 2002”, en *Criminology & Public Policy*, 2007, 6 (3).
- VITALE, GUSTAVO L., “Un proceso penal sin prisión (base mínima para el juicio justo y previo a la pena)”, en AA.VV, *Abolicionismo de la prisión sin condena. Una corriente latinoamericana en el siglo XXI*, Bs. As., Editores del Puerto, 2011.

- VITALE, GUSTAVO L., *Encarcelamiento de presuntos inocentes. Hacia la abolición de la barbarie*, Bs. As., Hammurabi, 2007.
- VOLCANSEK, MARY y LAFON, JACQUELINE L., *Judicial Selection, the Cross-evolution of French and American Practices*, Greenwood Press, 1988.
- VOLCANSEK, MARY, "Judicial Selection in Italy: a civil service model with partisan results", en Malleson y Russell, *Appointing judges in an age of judicial power*, University of Toronto Press, 2006.
- VON HIRSCH, ANDREW, "Sentencing Reform in Sweden", en Tonry, Michael y Kathleen Hatlestad, *Sentencing Reform in Overcrowded Times. A comparative Perspective*, New York, Oxford, Oxford University Press, 1997, pp. 211/216.
- VON HIRSCH, ANDREW, *Censurar y Castigar*, Madrid, Trotta, 2001.
- VOULTSOS, POLYCHRONIS *et al*; "Launching the Greek forensic DNA database. The legal framework and arising ethical issues", en *Forensic Sciences International: Genetics*, n° 5, 2011, pp. 407/410.
- WACQUANT, LOÏC, "O lugar da prisão na nova administração da pobreza", en *Revista Novos Estudos Cebrap* 80, marzo de 2008, pp. 9/19.
- WAKELING, H.; FREEMANTLE, N.; BEECH, A., y ELLIOTT, I., "Identifying predictors of recidivism in a large sample of United Kingdom sexual offenders: A prognostic model", en *Psychological Services*, 8(4), 2011, pp. 301/318.
- WARD, T. Y BEECH, A., "An integrated theory of sexual offending", en *Aggression and Violent Behavior*, 11, 2006, pp. 44/63.
- WHEELER, S., "Socialization in correctional communities", *American Sociological Review*, 1961, 26.
- WORRALL, J., "The effect of three-strikes legislation on serious crime in California", *Journal of Criminal Justice*, 2004, 32(4).
- WORRALL, J., "Racial composition, unemployment, and crime: Dealing with inconsistencies in panel designs", en *Social Science Research*, 2008.
- ZAFFARONI, RAÚL E.; ALAGIA, ALEJANDRO; SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal. Parte General*, Bs. As., Ediar, 2000.
- ZAFFARONI, RAÚL E.; ALAGIA, ALEJANDRO; SLOKAR, ALEJANDRO, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Bs. As., Ediar, 2002.
- ZAFFARONI, RAÚL E., "Cronos y la aporía de la pena institucional", en AA.VV., *Liber ad honores Sergio García Ramírez*, México, UNAM, 1998.
- ZAFFARONI, RAÚL E., "La creciente legislación penal y los discursos de emergencia", en AA.VV., *Teorías actuales en el derecho penal*, Bs. As., Ad-Hoc, 1998.
- ZAFFARONI, RAÚL E., *La cuestión criminal*. Buenos Aires, Planeta. 2012.
- ZAFFARONI, RAÚL E., *Manual de derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Bs. As., Ediar, 1979.
- ZAFFARONI, RAÚL E., "¿Qué pena!", en *Fascículos de Ciências Penais*, año 5, v. 5, n° 3, Porto Alegre, Sergio Ernesto Fabris, 1992.
- ZAFFARONI, RAÚL E., *Tratado de derecho penal*, Bs. As., Ediar, 1983, t. V.
- ZAYAT, DEMIÁN, "Méritos y política: La selección de jueces federales en Argentina", en *Centro de Formación Judicial* del CM de la CABA, Premio Formación Judicial , 2009.

ZIFFER, PATRICIA, “La idea de ‘peligrosidad’ como factor de la prevención especial. A propósito del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso ‘Fermín Ramírez’”, en *LL* 2007-A.

ZIFFER, PATRICIA, “Reincidencia, *ne bis in idem* y prohibición de doble valoración”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal*, III-7, 1997.

ZIFFER, PATRICIA, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Bs. As., Ad-Hoc, 1996.

ZIFFER, PATRICIA, *Medidas de seguridad*, Bs. As., Hammurabi, 2008.

ZYSMAN QUIRÓS, DIEGO, *Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos. Un estudio sobre las United States Sentencing Guidelines*, Madrid, Marcial Pons, 2013.

ZYSMAN QUIRÓS, DIEGO, *Sociología del castigo. Genealogía de la determinación de la pena*, Bs. As., Didot, 2012.

Sitios webs citados

<http://www.cij.gov.ar/gestion-judicial.html>

<http://www.csjn.gov.ar/data/plan.pdf>

<http://fundacionpensar.org/hacia-una-agenda-de-reforma-judicial/>

<http://www.fojas0.com/224Software.htm>

<http://www.cij.gov.ar/nota-8896-Implementan-sistema-de-audiencias-porvideoconferencia-para-agilizar-causas.html>

www.prisonstudies.org

www.census.gov