

Índice

1	Introducción
2	El sistema penitenciario argentino
3	El sistema penitenciario argentino
4	El sistema penitenciario argentino
5	El sistema penitenciario argentino

Capítulo I  
**INTRODUCCIÓN Y OBJETO DEL DERECHO PENITENCIARIO**  
 Fernando Argüelles

1	Introducción
2	El sistema penitenciario argentino
3	El sistema penitenciario argentino
4	El sistema penitenciario argentino
5	El sistema penitenciario argentino
6	El sistema penitenciario argentino
7	El sistema penitenciario argentino
8	El sistema penitenciario argentino
9	El sistema penitenciario argentino
10	El sistema penitenciario argentino
11	El sistema penitenciario argentino
12	El sistema penitenciario argentino
13	El sistema penitenciario argentino
14	El sistema penitenciario argentino
15	El sistema penitenciario argentino
16	El sistema penitenciario argentino
17	El sistema penitenciario argentino
18	El sistema penitenciario argentino
19	El sistema penitenciario argentino
20	El sistema penitenciario argentino
21	El sistema penitenciario argentino
22	El sistema penitenciario argentino
23	El sistema penitenciario argentino
24	El sistema penitenciario argentino
25	El sistema penitenciario argentino
26	El sistema penitenciario argentino
27	El sistema penitenciario argentino
28	El sistema penitenciario argentino
29	El sistema penitenciario argentino
30	El sistema penitenciario argentino
31	El sistema penitenciario argentino
32	El sistema penitenciario argentino
33	El sistema penitenciario argentino
34	El sistema penitenciario argentino
35	El sistema penitenciario argentino
36	El sistema penitenciario argentino
37	El sistema penitenciario argentino
38	El sistema penitenciario argentino
39	El sistema penitenciario argentino
40	El sistema penitenciario argentino
41	El sistema penitenciario argentino
42	El sistema penitenciario argentino
43	El sistema penitenciario argentino
44	El sistema penitenciario argentino
45	El sistema penitenciario argentino
46	El sistema penitenciario argentino
47	El sistema penitenciario argentino
48	El sistema penitenciario argentino
49	El sistema penitenciario argentino
50	El sistema penitenciario argentino
51	El sistema penitenciario argentino
52	El sistema penitenciario argentino
53	El sistema penitenciario argentino
54	El sistema penitenciario argentino
55	El sistema penitenciario argentino
56	El sistema penitenciario argentino
57	El sistema penitenciario argentino
58	El sistema penitenciario argentino
59	El sistema penitenciario argentino
60	El sistema penitenciario argentino
61	El sistema penitenciario argentino
62	El sistema penitenciario argentino
63	El sistema penitenciario argentino
64	El sistema penitenciario argentino
65	El sistema penitenciario argentino
66	El sistema penitenciario argentino
67	El sistema penitenciario argentino
68	El sistema penitenciario argentino
69	El sistema penitenciario argentino
70	El sistema penitenciario argentino
71	El sistema penitenciario argentino
72	El sistema penitenciario argentino
73	El sistema penitenciario argentino
74	El sistema penitenciario argentino
75	El sistema penitenciario argentino
76	El sistema penitenciario argentino
77	El sistema penitenciario argentino
78	El sistema penitenciario argentino
79	El sistema penitenciario argentino
80	El sistema penitenciario argentino
81	El sistema penitenciario argentino
82	El sistema penitenciario argentino
83	El sistema penitenciario argentino
84	El sistema penitenciario argentino
85	El sistema penitenciario argentino
86	El sistema penitenciario argentino
87	El sistema penitenciario argentino
88	El sistema penitenciario argentino
89	El sistema penitenciario argentino
90	El sistema penitenciario argentino
91	El sistema penitenciario argentino
92	El sistema penitenciario argentino
93	El sistema penitenciario argentino
94	El sistema penitenciario argentino
95	El sistema penitenciario argentino
96	El sistema penitenciario argentino
97	El sistema penitenciario argentino
98	El sistema penitenciario argentino
99	El sistema penitenciario argentino
100	El sistema penitenciario argentino

Capítulo I  
**¿Derecho penitenciario  
 o Derecho de ejecución penal?\***

\* Trabajo elaborado por ZULITA FELLINI, profesora de Derecho Penal y Proce-  
 sal Penal, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Magistrada del Tri-  
 bunal Oral de Menores, Buenos Aires.

*INTRODUCCION*

El presente trabajo constituye un esfuerzo por tratar de responder a los acuciantes reclamos sociales que se formulan acerca de la falta de eficacia para solucionar problemas de criminalidad.

Las exigencias que se ejercen desde algunos sectores de la comunidad son ciertamente indiscriminadas, afectando a todos los poderes del Estado. Resulta difícil para una sociedad en crisis de valores fundamentales aceptar la necesidad de fortalecer las instituciones del Estado y recrear la confianza en la justicia y en los operadores del Derecho penal.

Los medios de comunicación parecen no haber entendido acabadamente la responsabilidad que les compete en esta hora.

Ante este cúmulo de cuestionamientos debemos reflexionar acerca de la función a desarrollar por cada uno de los estamentos de la sociedad, y sobre quién o quiénes, y en qué momentos, ella misma debe orientar adecuadamente y hacer valer sus reclamos.

En esta tarea de análisis nos replanteamos el contenido y los objetivos del sistema penal en todas sus etapas, conjuntamente con la coherencia que debe existir entre ellas, en beneficio de la tranquilidad y seguridad que merecen los integrantes de la sociedad, sin dejar de tener en cuenta asimismo que ése siempre será un objetivo inalcanzable, si no se parte del respeto por las garantías individuales que están a cargo del Estado.

Se necesita una comprensión muy amplia de la problemática en cuestión. No existen las soluciones facilitadoras; en todo caso, ello contribuye a un desmembramiento social que incide en todos los factores de la cotidianeidad.

El sujeto del Derecho penal, la víctima, y la sociedad deben recobrar la confianza en las instituciones jurídicas.

En ese sentido se orienta esta modesta propuesta de reflexión.

Desde esa perspectiva, el sentido y la finalidad de las penas constituyen cuestiones de permanente redefinición entre los dogmáticos y los operadores del sistema penal.

Este ejercicio del pensamiento científico resulta útil para determinar la clase y medida de la respuesta penal; sin embargo, finalizar allí el cometido implica abarcar sólo en forma parcial el tema.

Cualquiera fuera la opción aceptada respecto de las teorías de la pena, el enfoque no puede concluirse mediante la imposición de ellas en el caso concreto; queda, por el contrario, un amplio ámbito poco explorado, o tal vez descuidado, del interés de los doctrinarios: es el tiempo de la ejecución.

Los legisladores, la sociedad y el sistema criminal en su gran mayoría, han fincado su preocupación en que ante la comisión de hechos delictivos, la justicia actúe con celeridad en la captura de los culpables y les imponga una pena.

La función del juez penal posee limitadas posibilidades de que por sus sentencias se lleve a cabo la reinserción del preso en mira a su futura vida en sociedad; la idea de "orientación a las consecuencias" se encuentra ante similares dificultades<sup>1</sup>. El juzgador no se halla, en la actualidad, en condiciones de seguridad para ponderar los efectos de sus fallos y de la ejecución de éstos sobre la futura vida social del autor, ya que no dispone de investigaciones empíricas serias y precisas que le permitan valorar la etapa de ejecución, ni evaluar los factores personales del reo, que sin duda se presentan e influyen sensiblemente en su vida social en libertad.

Para la praxis de la legislación y de la jurisprudencia penal, así como para la ejecución de la pena, la orientación a las consecuencias re-

<sup>1</sup> Hassemer, *Fundamentos del derecho penal*, p. 40.

presenta un cambio hacia un futuro incierto. La misma requiere un conocimiento del autor y de la víctima, una apertura hacia la ciencia criminológica y hacia los métodos de trabajo donde se utilicen hipótesis o resultados empíricos<sup>2</sup>.

— § 2 —

**REGIMEN DE GARANTIAS Y DERECHOS HUMANOS**

Una eficiente administración de justicia requiere, para cumplir con los fines del Derecho penal democrático, respetar las consignas que garanticen el debido proceso y la continuidad armónica en y durante el período de ejecución.

Si esto no es tenido en consideración con la importancia que merece, el sistema penal en su conjunto habrá fracasado.

En la actualidad constituye un error frecuente afirmar que la criminalidad se controla promoviendo leyes con penalidades más severas, o incorporando mayor cantidad de conductas al marco de la legislación penal, lo que contribuye a producir el efecto contrario, generando inflación y expansión del Derecho penal en detrimento de la seguridad jurídica de la sociedad y de los justiciables.

Ejemplo de esto puede encontrarse en las últimas reformas legislativas producidas en la Argentina durante el año 2004, como consecuencia de severos reclamos que se hicieran, exigiendo mayor rigor en la respuesta punitiva.

Se sancionó en ese marco la ley 25.882, el 7 de abril de 2004, promulgada el 22 del mismo mes, que modificó el art. 166 del Cód. Penal en referencia al robo con armas, aumentando el mínimo de la calificación cuando el autor hubiere utilizado armas de fuego, a la vez que aumentó la pena en aquellos casos en que no se hubiere podido determinar la aptitud del arma para el disparo. De manera tal que lo que se consideraba robo simple y se le imponía pena de un mes a seis años de prisión, con la reforma resulta agravado con pena de tres a diez años de reclusión o prisión. Se encuentran comprendidos en esta dis-

<sup>2</sup> Hassemer, *Fundamentos del derecho penal*, p. 40.

posición todos los supuestos en que el arma no hubiera sido secuestrada, fuere de utilería, etcétera. En caso de que el arma fuera de fuego se dispuso elevar en un tercio la pena, tanto del mínimo como del máximo<sup>3</sup>.

La ley 25.886 fue sancionada el 14 de abril de 2004 y promulgada el 4 de mayo; en igual sentido que la anterior, introdujo modificaciones al art. 189 bis, sobre la tenencia ilegítima de armas de guerra, agravando y añadiendo, a la vez, otras figuras al marco penal<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Art. 166, Cód. Penal: "Se aplicará reclusión o prisión de cinco a quince años: 1. Si por las violencias ejercidas para realizar el robo, se causare alguna de las lesiones previstas en los arts. 90 y 91; 2. Si el robo se cometiere con armas, o en despoblado y en banda. Si el arma utilizada fuera de fuego, la escala penal prevista se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo. Si se cometiere el robo con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada, o con un arma de utilería, la pena será de tres a diez años de reclusión o prisión".

<sup>4</sup> Art. 189 bis, Cód. Penal: "1. El que, con el fin de contribuir a la comisión de delitos contra la seguridad común o causar daños en las máquinas o en la elaboración de productos adquiriere, fabricare, suministrarle, sustrajere o tuviere en su poder bombas, materiales o aparatos capaces de liberar energía nuclear, materiales radiactivos o sustancias nucleares, o sus desechos, isótopos radiactivos, materiales explosivos, inflamables, asfixiantes, tóxicos o biológicamente peligrosos, o sustancias o materiales destinados a su preparación, será reprimido con reclusión o prisión de cinco (5) a quince (15) años. La misma pena se impondrá al que, sabiendo o debiendo saber que contribuye a la comisión de delitos contra la seguridad común o destinados a causar daños en las máquinas o en la elaboración de productos, diere instrucciones para la preparación de sustancias o materiales mencionados en el párrafo anterior. La simple tenencia de los materiales a los que se refiere el párrafo que antecede, sin la debida autorización legal, o que no pudiere justificarse por razones de su uso doméstico o industrial, será reprimida con prisión de tres (3) a seis (6) años. 2. La simple tenencia de armas de fuego de uso civil, sin la debida autorización legal, será reprimida con prisión de 6 (seis) meses a 2 (dos) años y multa de mil pesos (\$ 1.000) a diez mil pesos (\$ 10.000). Si las armas fueren de guerra, la pena será de dos (2) a seis (6) años de prisión. La portación de armas de fuego de uso civil, sin la debida autorización legal, será reprimida con prisión de un (1) año a cuatro (4) años. Si las armas fueren de guerra, la pena será de tres (3) años y seis (6) meses a ocho (8) años y seis (6) meses de reclusión o prisión. Si el portador de las armas a las cuales se refieren los dos párrafos que anteceden, fuere tenedor autorizado del arma de que se trate, la escala penal correspondiente se reducirá en un tercio del mínimo y del máximo. La misma reducción prevista en el párrafo anterior podrá practicarse cuando, por las circunstancias del hecho y las condiciones personales del autor, resultare evidente la falta de intención de utilizar las armas portadas con fines ilícitos. En los dos casos precedentes, se impondrá, además, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena. El que registrare antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas, o se encontrare gozando de una excarcelación o exención de prisión anterior y portare un arma de fuego de

La ley 25.890 fue sancionada el 21 de abril de 2004 y promulgada el 20 de mayo. Incorporó disposiciones tendientes a reprimir el abigeato, en el Capítulo II bis del Título VI, comprendidas en los delitos contra la propiedad. En los arts. 167 ter, quater y quinque se aumentó de tres a cuatro años el mínimo de la pena aplicable, además de crearse nuevas figuras penales, en las cuales se agravaron también los montos para los casos de hurto o robo de cabezas de ganado<sup>5</sup>.

cualquier calibre, será reprimido con prisión de cuatro (4) a diez (10) años. 3. El acopio de armas de fuego, piezas o municiones de éstas, o la tenencia de instrumental para producirlas, sin la debida autorización, será reprimido con reclusión o prisión de cuatro (4) a diez (10) años. El que hiciere de la fabricación ilegal de armas de fuego una actividad habitual será reprimido con reclusión o prisión de cinco (5) a diez (10) años. 4. Será reprimido con prisión de un (1) año a seis (6) años el que entregare un arma de fuego, por cualquier título, a quien no acreditare su condición de legítimo usuario. La pena será de tres (3) años y seis (6) meses a diez (10) años de prisión si el arma fuera entregada a un menor de dieciocho (18) años. Si el autor hiciere de la provisión ilegal de armas de fuego una actividad habitual, la pena será de cuatro (4) a quince (15) años de reclusión o prisión. Si el culpable de cualquiera de las conductas contempladas en los tres párrafos anteriores contare con autorización para la venta de armas de fuego, se le impondrá, además, inhabilitación especial absoluta y perpetua, y multa de diez mil pesos (\$ 10.000). 5. Será reprimido con prisión de tres (3) a ocho (8) años e inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena el que, contando con la debida autorización legal para fabricar armas, omitiere su número o grabado conforme a la normativa vigente, o asignare a dos (2) o más armas idénticos números o grabados. En la misma pena incurrirá el que adulterare o suprimiere el número o el grabado de un arma de fuego".

<sup>5</sup> Art. 167 ter, Cód. Penal: "Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años el que se apoderare ilegítimamente de una (1) o más cabezas de ganado mayor o menor, total o parcialmente ajeno, que se encontrare en establecimientos rurales o, en ocasión de su transporte, desde el momento de su carga hasta el de su destino o entrega, incluyendo las escalas que se realicen durante el trayecto. La pena será de tres (3) a ocho (8) años de prisión si el abigeato fuere de cinco (5) o más cabezas de ganado mayor o menor y se utilizare un medio motorizado para su transporte".

Art. 167 quater, Cód. Penal: "Se aplicará reclusión o prisión de cuatro (4) a diez (10) años cuando en el abigeato concurriera alguna de las siguientes circunstancias: 1. El apoderamiento se realizare en las condiciones previstas en el art. 164. 2. Se alteraren, suprimieren o falsificaren marcas o señales utilizadas para la identificación del animal. 3. Se falsificaren o se utilizaren certificados de adquisición, guías de tránsito, boletos de marca o señal, o documentación equivalente, falsos. 4. Participare en el hecho una persona que se dedique a la crianza, cuidado, faena, elaboración, comercialización o transporte de ganado o de productos o subproductos de origen animal. 5. Participare en el hecho un funcionario público quien, violando los deberes a su cargo o abusando de sus funciones, facilitare directa o indirectamente su comisión. 6. Participaren en el hecho tres (3) o más personas".

La ley 25.892 fue sancionada el 5 de mayo de 2004 y promulgada el 24 de mayo. Por ella se modificó el art. 13 del Cód. Penal en orden al tema de la obtención de libertad condicional para los condenados a reclusión o prisión perpetua.

Con anterioridad a la reforma, la misma se podía obtener a los veinte años del cumplimiento de la pena; la mencionada ley dispuso aumentarla a treinta y cinco años. Produjo otro cambio, en el art. 14, estableciendo que el beneficio no se podrá conceder a los condenados por los arts. 80, inc. 7°, 124, 142 bis, anteúltimo párrafo, 165, y 170, anteúltimo párrafo<sup>6</sup>.

La ley 25.893, sancionada el 5 de mayo de 2004 y promulgada el 25 del mismo mes, modificó el art. 124, estableciendo pena de prisión perpetua en caso de que resultare la muerte del ofendido, en los deli-

Art. 167 quinqué, Cód. Penal: "En caso de condena por un delito previsto en este Capítulo, el culpable, si fuere funcionario público o reuniere las condiciones personales descriptas en el art. 167 quater, inc. 4°, sufrirá, además, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena. En todos los casos antes previstos también se impondrá conjuntamente una multa equivalente de dos (2) a diez (10) veces del valor del ganado sustraído".

<sup>6</sup> Art. 13, Cód. Penal: "El condenado a reclusión o prisión perpetua que hubiere cumplido 35 treinta y cinco (35) años de condena, el condenado a reclusión o prisión por más de tres (3) años que hubiere cumplido los dos tercios, y el condenado a reclusión o prisión, por tres (3) años o menos, que hubiere cumplido un (1) año de reclusión u ocho (8) meses de prisión, observando con regularidad los reglamentos carcelarios, podrán obtener la libertad por resolución judicial, previo informe de la dirección del establecimiento e informe de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social, bajo las siguientes condiciones: 1°. Residir en el lugar que determine el auto de soltura; 2°. Observar las reglas de inspección que fije el mismo auto, especialmente la obligación de abstenerse de consumir bebidas alcohólicas o utilizar sustancias estupefacientes; 3°. Adoptar en el plazo que el auto determine, oficio, arte, industria o profesión, si no tuviere medios propios de subsistencia; 4°. No cometer nuevos delitos; 5°. Someterse al cuidado de un patronato, indicado por las autoridades competentes; 6°. Someterse a tratamiento médico, psiquiátrico o psicológico, que acrediten su necesidad y eficacia de acuerdo al consejo de peritos. Estas condiciones, a las que el juez podrá añadir cualquiera de las reglas de conducta contempladas en el art. 27 bis, regirán hasta el vencimiento de los términos de las penas temporales y hasta diez (10) años más en las perpetuas, a contar desde el día del otorgamiento de la libertad condicional".

Art. 14, Cód. Penal: "La libertad condicional no se concederá a los reincidentes. Tampoco se concederá en los casos previstos en los arts. 80, inc. 7°, 124, 142 bis, anteúltimo párrafo, 165 y 170, anteúltimo párrafo".

tos previstos en los arts. 119 y 120, referidos a los que vulneran la integridad sexual; con anterioridad a la reforma, la pena era de quince a veinticinco años<sup>7</sup>.

La ley 25.928 fue sancionada el 18 de agosto de 2004 y promulgada el 9 de septiembre. La misma modificó el art. 55 del Cód. Penal para casos de concurso real de delitos; de tal manera —reforma muy criticada— estableció que la suma de los máximos, que antes no podía exceder de veinticinco años de prisión o reclusión, se elevase a cincuenta años<sup>8</sup>.

Las reformas mencionadas recientemente, ponen en evidencia que el Parlamento responde con ellas a exigencias populistas, más que a concienzudos razonamientos e investigaciones de política criminal; responde esencialmente a demandas de seguridad de la sociedad, que suponen que el encierro resuelve todos los problemas, sin saber de qué manera.

Lo importante es que las penas elevadas conforman a quienes tienen por única pretensión que los delincuentes no salgan nunca de las prisiones. Las características y finalidades de la privación de libertad son una cuestión secundaria.

No se advierte fácilmente la relevancia que tiene en este sentido la última fase del proceso y, en consecuencia, se centra equivocadamente la atención en los aspectos legislativos y en la exigencia que pesa sobre los operadores judiciales, encargados de la individualización o determinación de la pena.

Lo que garantiza la seguridad de los miembros de una comunidad, no es sólo que la ley se cumpla, sino cómo se cumple.

La tranquilidad social se vería favorecida si realmente, durante el período de ejecución de las sanciones, los condenados fueran tratados con el respeto que merece su condición humana y la utilización

<sup>7</sup> Art. 124, Cód. Penal: "Se impondrá reclusión o prisión perpetua, cuando en los casos de los arts. 119 y 120 resultare la muerte de la persona ofendida".

<sup>8</sup> Art. 55, Cód. Penal: "Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena, la pena aplicable al reo tendrá como mínimo, el mínimo mayor y como máximo, la suma aritmética de las penas máximas correspondientes a los diversos hechos. Sin embargo, esta suma no podrá exceder de (50) cincuenta años de reclusión o prisión".

del tiempo que ello insume, sirviera para reflexionar sobre la necesidad de internalizar convicciones acerca de los límites que impone la convivencia social.

Esto significa respetar para ser respetados.

— § 3 —

SISTEMA DE SANCIONES

a — Penas privativas de libertad

Evidentemente, la pena privativa de libertad es la más gravosa en la escala de sanciones penales. Por ello debe utilizarse como último recurso, en su mínima expresión, y con máxima eficacia.

¿Para qué? No admite respuestas simples, ni en la actualidad, ni a través de los tiempos.

En cualquier caso, es aplicable a los condenados por la comisión de un ilícito grave, que no tenga previsto otra alternativa, y excepcionalmente durante el proceso respecto de quienes se presume, racional y fundadamente, que intentarán eludir la acción de la Justicia. Único supuesto en que se justifica la imposición de prisión preventivamente.

Todas las constituciones de los países occidentales y también los tratados internacionales de derechos humanos, entre los que se destacan la Convención de Derechos Civiles y el Pacto Americano de Derechos Humanos, han reivindicado los principios liberales que sostienen que la privación o restricción de la libertad del imputado sólo es posible, para asegurar cautelarmente el debido proceso, cuando ello resulte imprescindible para impedir el desbaratamiento de las pruebas y la posibilidad del cumplimiento de la pena<sup>9</sup>.

La vulneración de los principios del debido proceso, incluyendo en él al tiempo de ejecución de la pena, conlleva graves consecuencias jurídico-sociales.

<sup>9</sup> Cafferata Nores, *Garantías y sistema constitucional*, en "Revista de Derecho Penal", 2001-1, p. 129. También Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, t. II, p. 477 y siguientes.

La comunidad jurídica internacional ha establecido normas aceptadas por la mayor parte de los países civilizados que importan compromisos de los Estados, cuyo incumplimiento genera severas responsabilidades. Las mismas constituyen imperativos constitucionales.

El tratamiento de este tema ofrece interés desde distintas perspectivas; en efecto, deben involucrarse en él no sólo los juristas, sino también los psicólogos, médicos, sociólogos, filósofos, antropólogos, criminólogos, arquitectos, periodistas, trabajadores sociales y, obviamente, los gobernantes, los legisladores y los jueces. La problemática que encierra la prisión no podrá ser abordada por una ciencia aislada, con una mirada particular.

Tampoco podrá dejarse de lado la realidad de que es en las propias estructuras sociales y económicas de cada sociedad donde subyace la esencia misma de la cuestión penal.

b — La prisión

Alrededor del año 1828 comenzó a desarrollarse lo que se denominó "ciencia penitenciaria", a partir de la publicación de las obras de Julius, profesor de la Universidad de Heidelberg en Alemania, quien escribió sus *Lecciones previas sobre ciencias penitenciarias*, mientras que Luca publicó, en Francia, *Régimen penitenciario en Europa y los Estados Unidos*.

Se trataron allí cuestiones relativas a la selección de los penados, individualización de la pena y tratamiento progresivo.

Como consecuencia, comenzó a concebirse la idea del Derecho penitenciario en forma autónoma del Derecho penal.

Es así como se planteó esta cuestión en los congresos internacionales por aquellos tiempos, como en el de San Petersburgo del año 1900, entre otros. Las corrientes que forjaron este pensamiento tuvieron mayor auge en Italia, como era de suponer por la época, como ocurrió con la Escuela que dirigió Rocco, donde la primera cátedra de Derecho penitenciario estuvo a cargo de Novelli, quien era entonces director general de los institutos de Prevención y de la Pena de Italia. Posteriormente fue expositor, en el año 1932, en el Congreso de Palermo, sobre *La autonomía del derecho penitenciario*, postulando normas distintas e independientes a las existentes en las legislaciones penales y procesales y concibiendo a la pena como castigo.

En tal sentido se ha sostenido que el Derecho penitenciario es una perspectiva, esto es, un recetario, un repertorio de reglas; en suma, puede decirse que es una técnica para el castigo, la ejemplaridad, la expiación o la corrección<sup>10</sup>.

La concepción humanizadora de las ciencias penales criticó seriamente la terminología de "Derecho penitenciario", sosteniendo al respecto que se alude con ello a la idea arcaica de penitencia o castigo, contraponiéndose a la moderna concepción de readaptación o rehabilitación social.

Con este criterio se ha cambiado paulatinamente dicha denominación por la de "Derecho de ejecución penal". Se ha sostenido que la primera se refería solamente a la pena privativa de libertad, de allí también derivó el nombre de "penitenciarias" para reconocer los lugares de alojamiento de los reclusos; mientras que la segunda es abarcativa de otros tipos de sanciones, que en la práctica serían tanto las penas como las medidas de seguridad.

Ha sido ésta una breve referencia al origen terminológico de los conceptos a analizar, que obviamente no define ninguna cuestión, ya que siempre se ha tratado del objeto postergado de la ciencia en estudio. Parece razonable pensar, por otra parte, que no radica allí el contenido ni el alcance que se le debe dar a los planteos que, sin solución, se originan hoy en nuestros establecimientos carcelarios.

Es posible retomar entonces lo que verdaderamente interesa en este trabajo, es decir, si la ejecución de las sanciones se corresponde coherentemente con alguna de las teorías de la pena y, en este contexto, cuál es el sentido esperable de la privación de libertad.

#### — § 4 —

### FINES DE LA PENA Y FINES DE LA EJECUCION

#### a — Teorías de la pena

El punto del que partimos es la convicción de que el Derecho penal tiene su razón de ser última en aunar esfuerzos, a través de una cien-

<sup>10</sup> García Ramírez, *La prisión*, p. 29.

cia que aún no cobra real dimensión —la política criminal—, para garantizar una convivencia pacífica y libre en la sociedad.

Posiblemente, el estudio de las teorías de la pena haya contribuido, y deba continuar haciéndolo, a fortalecer la obtención de esas metas, cada una en alguna medida.

Así podría afirmarse que ellas cumplen funciones en distintos momentos históricos de su evolución, y también en diferentes momentos de la sistemática del Derecho penal; la prevención general operará sobre el conjunto de la sociedad, desde las prescripciones del legislador en la formulación de los tipos penales, y la prevención especial influirá en el delincuente individual y repercutirá en la sociedad. En la medida en que puedan conciliarse ambas, estaremos ante una teoría preventiva de la pena, con resultados beneficiosos para la sociedad, la víctima y el autor.

No obstante esto, la ideología subyacente en cada sociedad, o segmento de ella, puede confundir los objetivos marcados, o mantener subsistentes los imperativos retributivos de la pena, lo que ocurre frecuentemente y con mayor grado de perjuicio en la etapa de ejecución de la misma.

En Alemania, por ejemplo, la evolución de la teoría de la pena estuvo ligada filosóficamente, en el período de la posguerra, a las estructuras eclesiásticas, mediante lo cual pretendió contribuir a la realización de la Justicia, compensando la culpabilidad del autor y, de esta manera, restaurar el derecho transgredido, dentro de una concepción netamente retributiva. Las garantías del individuo, que habían sido desconocidas durante la dictadura nacional socialista, pasaron a tener un lugar preponderante dentro del Estado de Derecho. Los conceptos preventivos del sistema criminal fueron valorados dentro de la estructura de la prevención especial, con la ayuda del Estado orientada a la socialización y reintegración social.

La ley basada en ideales éticos dejó paso a las necesidades sociales, por lo tanto, se limitó considerablemente la concepción basada en el castigo como fundamento de la pena. Es importante la consideración de que la aplicación de los postulados preventivos, impuestos por tratamientos coactivos y penas indeterminadas al depender del mismo, conspiran contra la autonomía individual y la seguridad jurídica.

De todos modos, en la sociedad alemana y en otras, la idea de prevención marcó fundamentalmente al Derecho penal, produciéndose

un desplazamiento paulatino de la prevención especial a la prevención general.

Los bienes jurídicos individuales también ceden ante los de la colectividad y debe reconocerse que la idea del tratamiento en los casos individuales tampoco arrojó resultados satisfactorios comprobables en el cotejo de los ideales resocializadores.

No obstante ello, no es posible aceptar que el condenado sea expulsado de la sociedad, por lo que es necesario admitir que el Derecho penal tiene una **función social** que cumplir frente al mismo, la cual es posible si la **prevención especial y la prevención general están igualmente presentes**.

La combinación de estas metas, además de la limitación de las penas, puede ser considerada entonces eje central de la política criminal moderna<sup>11</sup>.

La ideología legitimadora del sistema penal sostuvo, como fundamento del principio de legalidad, rector del Derecho penal liberal, la exigencia de dar respuesta al contenido de los delitos y de las penas, y buscó formas de valorar su eficacia, sosteniendo que el Derecho no puede fundamentarse únicamente sobre sus caracteres formales, sino que requiere la instrumentación del contenido respecto de fines socialmente útiles. De ello se desprende la misión inadecuada de las teorías absolutas de la pena, que pretenden justificar la pena con la pena misma, como retribución justa del orden jurídico y, en consecuencia, se postula su reemplazo por las teorías utilitaristas clásicas que sustituyen la idea de retribución por la de fin.

La búsqueda de criterios utilitarios para legitimar los objetivos del sistema penal permanece inalterable en el desarrollo del pensamiento penal moderno.

Dejando de lado las referencias hechas respecto de las teorías absolutas es posible agrupar las llamadas **teorías relativas o utilitarias** de la pena, sin contar aquellas en las que se utilizan más de un modelo.

La doctrina frecuentemente alude, dentro de las teorías relativas, a las que responden a la prevención especial y a la prevención gene-

<sup>11</sup> Roxin, *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, p. 30 y siguientes.

ral, según sea el destinatario de la norma. En las primeras es el sujeto infractor y, en las segundas, la sociedad en su conjunto.

Las teorías de la **prevención especial se subdividen**, a su vez, en teorías de la **prevención especial negativa y positiva**. Las primeras tienen la función de neutralizar al infractor de distintas formas, que pueden consistir en el aislamiento, el alojamiento en lugares separados de los demás, hasta el aniquilamiento físico llevado a cabo de diferentes maneras. Las segundas postulan la necesidad del tratamiento del condenado para obtener su readaptación y reeducación para el reintegro a la vida social.

Las teorías de la **prevención general también admiten distintas funciones**, ya se trate de las de **prevención general negativa o positiva**.

Aceptan las primeras tener un mensaje disuasivo en la enunciación de la pena o en su aplicación al caso concreto, transmitiendo con ello la idea de contramotivación. Por el contrario, los partidarios de la **prevención general positiva sostienen que existe en la pena la función de declarar y afirmar valores y reglas sociales**, y de reforzar su validez, contribuyendo así a la integración del grupo social en torno a aquéllos y al restablecimiento de la confianza institucional menoscabada por la percepción de las transgresiones al orden jurídico<sup>12</sup>.

En la actualidad, esta última teoría ha sido reelaborada dentro del **marco conceptual que se basa en la teoría sociológica de los sistemas**<sup>13</sup>.

La teoría de la **prevención general positiva**, expuesta con amplitud en tiempos relativamente recientes, sostiene que la tarea principal de la pena y del Derecho penal consiste en la **estabilización social orientada al mantenimiento del sistema mediante el "ejercicio en la fidelidad al Derecho"**<sup>14</sup>.

La literatura del Derecho penal se ha ocupado de esta discusión en las últimas décadas —tal vez en forma desproporcionada, teniendo en cuenta su escasa utilidad en la práctica—, probablemente porque

<sup>12</sup> Posición que fuera luego ampliamente desarrollada por Jakobs, *Derecho penal. Parte general. Fundamento y teoría de la imputación*.

<sup>13</sup> Baratta, *Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal*, en "Poder y Control", n.º 0, 1986.

<sup>14</sup> Jakobs, *Derecho penal. Parte general. Fundamento y teoría de la imputación*, p. 23 y siguientes.



las soluciones arbitradas hasta el momento ya no resultan satisfactorias para dar respuesta al problema de la criminalidad.

Los menos afectados por ella son los sostenedores de teorías absolutas de la pena, defensores de posiciones dogmáticas sustentadas por Kant y Hegel<sup>15</sup>. Esto se puede constatar con la repercusión permanente que se observa en la actividad carcelaria.

En esta concepción, el fin de la pena es exclusivamente la realización de la justicia, o la respuesta a necesidades morales. Por ende, estas teorías legitiman la pena si ésta es justa; la pena necesaria es, en consecuencia, aquella que produzca al autor un mal, disminución de sus derechos que compense el que él ha causado libremente<sup>16</sup>.

Por lo tanto, la utilidad de la pena no integra el concepto de fundamento jurídico de la misma.

Es necesario recordar que se han desatado fuertes críticas en detrimento de la retribución, y algunas ponderaciones aceptables que impiden la utilización del individuo para fines preventivos generales, lo que significa que el hombre no debe ser usado como instrumento en beneficio de la generalidad.

#### b — Teorías de la ejecución penal

Desde algunos aspectos que no compartimos se ha tratado de desvincular conceptualmente los fines de la pena con los fines que persigue la ejecución penal.

Parece un contrasentido que ello pudiera interpretarse de esa manera y, por otra parte, aceptar tal posición conduce a que en el momento final de actividad del sistema penal se desvirtúen sus propios objetivos.

¿Cuál es la ventaja de que el juez, compenetrado con las más modernas teorías acerca de la función y fin que propone el Derecho penal, se pronuncie en sus sentencias conforme a sus convicciones, si posteriormente, durante el período de ejecución de la pena, la misma se aplica con absolutos parámetros de retribución?

<sup>15</sup> Stratenwerth, *¿Qué aporta la teoría de los fines de la pena?*, en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", n° 1 y 2, año 1, 1996, p. 176.

<sup>16</sup> Bacigalupo, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., p. 32.

Es aceptable que el Derecho penal deba cumplir funciones preventivas y al mismo tiempo de garantía; relación dialéctica entre el interés de disminuir la propia violencia del sistema penal y el de eliminar la violencia social extrapenal<sup>17</sup>.

La misión resocializadora o de prevención especial, que hemos mencionado como uno de los fines de la pena, no se limita al campo penitenciario o de ejecución de la sentencia, ya que si bien acordamos en que la prevención general constituye la función primaria del sistema penal en un Estado social y democrático de Derecho, ella es destinataria de las víctimas y de los victimarios, tanto como de los futuros o potenciales autores de delitos y, por ello, es también parte de su función garantizadora.

Por el contrario, la necesidad de la ejecución de la pena sin ninguna consideración de sus consecuencias sociales choca con el sentimiento jurídico moderno, motivo por el que, en un sistema penal coherente y confiable, debe insistirse en afirmar que el gran debate sobre la legitimidad de las penas, el "qué significan" y el "para qué sirven", debe estar íntimamente vinculado y encontrar respuesta en el ámbito de su aplicación.

La ejecución penal no puede desentenderse del objetivo de la pena<sup>18</sup>. Por el momento, es difícil aceptar que la ejecución de una pena sea algo distinto que la imposición de un mal al delincuente. El Estado social y democrático de Derecho no puede reducir su función a ser el carcelero del delincuente sin importarle cuál es su destino.

La ejecución de la pena debe ser algo más<sup>19</sup>.

Su aplicación debe restringirse a su mínima expresión.

#### c — Correspondencia entre ambas teorías

Coincidentemente con lo expresado anteriormente, las posibilidades de excarcelación deben ser consideradas en sentido amplio, con el objeto de que no se vulneren principios fundamentales como el de inocencia y humanidad, entre otros, privando de libertad a personas

<sup>17</sup> Silva Sánchez, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, p. 267 y siguientes.

<sup>18</sup> Zaffaroni - Alagia - Slokar, *Manual de derecho penal. Parte general*, p. 135.

<sup>19</sup> Sanz Mulas, *Alternativas a la pena privativa de libertad*, p. 163.

a quienes no se les haya comprobado su culpabilidad por el hecho que se les reprocha.

Lamentablemente son elocuentes las cifras que demuestran que las cárceles de nuestro país se encuentran superpobladas y —en su gran mayoría— por individuos sometidos a proceso, es decir, presos sin condena.

La opinión pública se encuentra cada vez más conmocionada por el conocimiento de situaciones vividas en nuestros establecimientos carcelarios, que ponen de manifiesto irregularidades que atañen a los derechos humanos de los reclusos, pero que sin duda, además, **controvierten cualquier finalidad que los legisladores y el Derecho penal mismo hayan tenido en consideración al delinear los objetivos de la privación de libertad.**

En tal contexto, **los fines se desvirtúan en desmedro de la sociedad, del autor y de las víctimas.**

El art. 18 de la Const. Nacional dice que: "... *Las cárceles serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas*", importante reglamentación internacional ha ratificado esto y ampliado el catálogo de derechos y garantías para las personas privadas de libertad.

No obstante ello, la realidad demuestra el incumplimiento de estas disposiciones, sin que se advierta aparentemente la gravedad del problema.

En un estudio realizado en el año 2000, en las cárceles de todo el país existían aproximadamente cuarenta mil personas detenidas, cifra que en el año 2004, según un informe dado a conocer por las autoridades nacionales, se ha elevado a casi sesenta y dos mil novecientas, sin ampliación de las plazas penitenciarias y, además, en ese ámbito, el 61% de los detenidos no ha recibido sentencia<sup>20</sup>.

Conforme a la misma investigación, en el año 2002, la Unidad 2 del Servicio Penitenciario Federal, pensada para condenados, alojaba a 1.570 procesados y sólo a 534 condenados.

Es importante el registro que indica que mientras el 86% de la población del Servicio Penitenciario Federal no llega a tener estudios

<sup>20</sup> Petrone, *Cárceles sanas y limpias*, p. 25 y siguientes.

secundarios completos, sólo el 34% accede a algún tipo de educación, contando la terciaria y la universitaria. Esto pone de manifiesto la selectividad del sistema.

¿Cuál sería la razonabilidad que justifique la imposición del mejor tratamiento resocializador en tales circunstancias? En todo caso, por fortuna se podría esperar que la cárcel no los desocialice.

Ante tal realidad es posible pensar que la correspondencia entre las teorías de la pena y su eficacia en el plano ejecutivo resulte imposible y, en ese caso, habrá que reformular el concepto de sociedad y su relatividad de acuerdo a su conformación.

**En una sociedad insegura, decadente, que en sí misma ya no se encuentra plenamente definida, en la que se cuestiona el ordenamiento general, rigen otras normas, tal vez aquellas en las que debe redefinirse el aseguramiento del orden y también los derechos de sus integrantes; en esas circunstancias, el Derecho penal en su conjunto se encuentra en situación límite y la función de seguridad del Estado ocupa el primer plano<sup>21</sup>.**

— § 5 —

**DERECHO DE EJECUCION PENAL**

Todo cuanto se ha dicho justifica la pregunta inicial: ¿Derecho penitenciario o Derecho de ejecución penal?

Se ha afirmado que la segunda acepción terminológica es más adecuada, porque representa la expresión de un saber jurídico que se ocupa de las leyes que reglamentan su ejercicio, el orden de los establecimientos, los derechos de los presos, los recursos para hacerlos efectivos, qué derechos son limitados por la pena y en qué medida, cómo debe ser el trato al que se somete a los presos, etcétera<sup>22</sup>.

En tal sentido, en el Congreso de las Naciones Unidas, celebrado en Ginebra en el año 1955, se aprobaron las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, que posterior-

<sup>21</sup> Lesch, *La función de la pena*, p. 52.

<sup>22</sup> Zaffaroni - Alagia - Slokar, *Manual de derecho penal. Parte general*, p. 134.

mente fueron revisadas en Kyoto en 1970. Finalmente en Tokio, en el año 1990, se aprobaron las Reglas Mínimas para las Medidas no Privativas de Libertad.

Esto tiene que ver con el sistema operativo y reglamentario de la aplicación de la pena; es, por lo tanto, Derecho de ejecución penal.

La pregunta inicial reviste carácter filosófico y, en ese sentido, llamar a este segmento del sistema penal "Derecho penitenciario", junto a la carga peyorativa de "la penitencia", se asemeja ciertamente a la verdad.

Dado que la privación de libertad, en última instancia, es un mal inevitable por el momento, y difícilmente dejará de serlo aunque se den ciertas circunstancias, deben aceptarse las reglas consensuadas internacionalmente, y respetárselas, buscando la obtención de objetivos que no representen ni la mera venganza, ni la utilización del ser humano para fines de prevención, ni el solo aislamiento de la sociedad. En todo caso, debería pensarse en evitar y contrarrestar al máximo los efectos desestabilizadores de la personalidad y de los bienes jurídicos de los reclusos que produce y reproduce la prisión, convirtiéndolos en seres humanos cada vez más vulnerables.

Desde este punto de partida se puede construir durante el tiempo de ejecución de la pena algo que resulte un beneficio para el sujeto y para la comunidad.

Pero para ello es imprescindible ampliar el enfoque de la cuestión reconociendo entonces que:

- a) La justificación de la imposición de una pena por el Estado responde a fines y objetivos que es imposible desvincular del momento de su aplicación.
- b) En la actualidad, a pesar del discurso resocializador, el cumplimiento de la pena responde a criterios de retribución.

En tal convencimiento es posible deducir que quien padece encierro debe estar privado únicamente del derecho de ambular libremente y, en consecuencia, se le deben respetar todos los demás; debe ser acreedor de un trato humano, acorde con el merecimiento de la dignidad de la persona.

En este sentido, desde hace ya mucho tiempo, se han levantado voces rigurosamente anticorreccionalistas y, por consiguiente, críticas

hacia cualquier sistema penitenciario inspirado en fines de prevención especial y en la filosofía del tratamiento resocializador<sup>23</sup>.

— § 6 —

### TRATAMIENTO

El cuestionable discurso del "tratamiento" parece a todas luces inaceptable, por cuanto no está claro en qué debe consistir el mismo, toda vez que históricamente ha permanecido ajeno y desvinculado de los fines de la pena, ni depende del tiempo de privación de libertad establecido en la sentencia por el juzgador.

Se lo hace emerger de otros factores que tienen que ver con cuestiones personales del sujeto.

El diagnóstico, base del mismo, constituye una violación a sus derechos fundamentales si es impuesto coactivamente; y si no se lo practica, carecerá de sentido su implementación.

Quienes sostienen la existencia de un sistema penal basado en la selectividad de sus operadores reconocen que la misma recae sobre los seres humanos más vulnerables de la sociedad. Por lo tanto, tratan de justificar el tratamiento sobre la función de aumentar el nivel de invulnerabilidad, mediante el ofrecimiento de mejorar niveles de conocimiento y percepción de la realidad, que sin duda los expondrá en menor medida a los embates de dicha selectividad. Sostienen que los partidarios de la resocialización —en realidad, cuando se logra—, muestran los éxitos de la *teoría de la invulnerabilidad*<sup>24</sup>.

Probablemente sea ésta una acertada justificación del empleo del tiempo, mientras el condenado esté privado de libertad.

El Derecho de ejecución penal existe, también los juzgados especializados; los encargados de controlar en esa etapa la aplicación de las penas son los jueces de ejecución penal.

La ley que en el orden nacional rige la materia es la 24.660, sancionada en el año 1996, bajo la denominación de "Ley de Ejecución de la

<sup>23</sup> Pavarini, *La cárcel en Italia, entre la voluntad de descarceración y necesidades disciplinarias*, en "Poder y Control", n° 3, 1987.

<sup>24</sup> Zaffaroni - Alagia - Slokar, *Manual de derecho penal. Parte general*, p. 134.

Pena Privativa de la Libertad". En su art. 1° establece que la finalidad de la ejecución penal será lograr que el condenado adquiriera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social. Por lo tanto, queda claramente especificado el fin resocializador que pretende<sup>25</sup>.

En el art. 228 se dispone que tanto la Nación como las provincias, dispondrán de un año para revisar sus ordenamientos legislativos y reglamentarios en materia penitenciaria con el objeto de concordarlos con la nueva normativa. Esto ha dado lugar a interpretaciones conflictivas respecto de la constitucionalidad del art. 228 de la ley 24.660 y de las disposiciones que en este ámbito pudieran arbitrar las provincias no sujetándose a lo dispuesto en la ley nacional.

Se ha preguntado, en este sentido, si la Ley de Ejecución Penal es competencia del Congreso Nacional, o si, por el contrario, las legislaturas provinciales disponen de amplias facultades para legislar en la materia.

Hasta el momento algunas legislaciones provinciales han adaptado la normativa procesal de diversas maneras: por ejemplo, Entre Ríos dictó la ley provincial 9117 que adhiere a los términos de la 24.660; lo mismo San Juan, con la ley 6883; Santa Fe hizo lo propio mediante la ley 11.661, con salvedades respecto del Capítulo XVI ("Personal institucional"); Catamarca dictó el decr. 1031 del Poder Ejecutivo, mediante el cual reglamenta artículos relacionados con las faltas disciplinarias de los internos.

La provincia de Buenos Aires, por su parte, dictó su propia ley penitenciaria, la 12.256, adecuándola a las previsiones de la normativa nacional. Esta problemática es recurrente en materia procesal, sin embargo, parece correcto interpretar que el art. 228 no es inconstitucional, entendiéndolo que el mismo fija un marco normativo que debe servir de base para la determinación de normas ejecutivas provinciales, las cuales deberán sujetarse a ella como límite mínimo<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> Salt, *Comentarios a la nueva ley de ejecución de la pena privativa de libertad*, en "Revista Nueva Doctrina Penal", p. 661 y ss. También, para toda la evolución posterior, ventajas y críticas a la ley, véase Rivera Beiras - Salt, *Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina*.

<sup>26</sup> Zaffaroni - Alagia - Slokar, *Manual de derecho penal. Parte general*, p. 705 y siguientes.

Es posible conjugar el mencionado tratamiento penitenciario, interpretando que el art. 1° de la ley se compadece con los fines establecidos en la teoría de la prevención general positiva, por cuanto ella tendría por objeto la internalización de normas jurídicas y, de esta manera, se aseguraría la vigencia de las mismas.

Cuando se habla de reinserción social es frecuente que no se tomen en cuenta factores de diversidad cultural que producen un cambio sustancial en las formas que deberán arbitrarse en pos del objetivo. Tampoco, que cada realidad surge de las circunstancias sociales, educativas, culturales, laborales, económicas, sanitarias, etcétera, de la conformación comunitaria.

Debería tenerse muy en consideración que si la política penitenciaria está orientada hacia esos difíciles objetivos de reeducación y reinserción social, el condenado a pena de prisión —por imperativo de ese modelo— gozará de los derechos fundamentales, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes al sistema de salud, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.

El sistema social en su conjunto debe estar informado y sus integrantes convencidos de que la cárcel no puede constituirse en un depósito de seres humanos sin ninguna alternativa. Es frecuente oír hablar, sin escándalo, de la ley de la cárcel, el código penal carcelario, etcétera, lo que hace suponer que los penados están sujetos a dobles sistemas de sanciones.

Esto pone de manifiesto el estrepitoso y amplio fracaso de una política penitenciaria que, de forma descontrolada, tiene vida propia y se nutre de sus mismas esencias, sin capacidad para organizar material e intelectualmente un régimen penitenciario serio, civilizado y respetuoso de la Constitución Nacional.

Cuando se hace referencia a la crisis de la prisión, que es la crisis de la pena privativa de libertad, pocas veces se pone el acento en la falta de capacitación, formación profesional, conocimientos sociológicos, filosóficos y psicológicos, que deben imperar y privilegiarse en los operadores del sistema.

Por lo tanto, debe insistirse en que no son las legislaciones las que modifican la realidad.

La crisis es de la propia justicia penal, del mismo Derecho penal, y el centro de las reformas de las leyes penales, de la misma justicia en materia criminal, se encuentra precisamente en la cuestión penitenciaria.

## Capítulo II

# Derecho penal y castigo, el mito del eterno retorno\*

\* Trabajo elaborado por MARIO A. VILLAR, profesor adjunto de Derecho Penal y Procesal Penal, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Doctorando de la Universidad Pompeu Fabre, Barcelona.

«Los sueños de la razón producen monstruos»

Goya<sup>1</sup>

— § 1 —

#### INTRODUCCION

Este Capítulo pretende tratar el tema del castigo penal oponiendo dos elementos que tienen un claro contraste dentro del Derecho penal y producen su particular “tensión esencial”; por una parte, la razón, que pareciera ser la fuente evidente de la respuesta penal al delito y, por otra, la violencia del castigo que es resultante de esa argumentación racional.

El Derecho penal tiende naturalmente a buscar una fundamentación que pueda remontarse a sus orígenes como institución social, porque en ellos es cuando prevaleció sobre las otras formas de sostenimiento de la sociedad o comunidad. Los sacrificios, los rituales propiciatorios, las ordalías o juicios de los dioses, etcétera, no eran flexibles a los cambios sin perder su significado originario. *El mito del eterno retorno* es el título de un libro de Eliade en el que estudia la tendencia de las sociedades tradicionales a la “rebelión contra el tiempo concreto, histórico; su nostalgia de un retorno periódico al tiempo mítico de los orígenes, al Tiempo Magno”<sup>2</sup>.

Esta tendencia se restablece en las sociedades modernas a través del Derecho penal, el origen de violencia que implica está siempre

<sup>1</sup> Blanco Martínez, *La utopía sería aquel lugar donde nada ni nadie sea humillado*, en “Heráclito”, revista electrónica, n° 3.

<sup>2</sup> Eliade, *El mito del eterno retorno. Arquetipos y repetición*, p. 9.

presente en los individuos de la sociedad. Esa tendencia primitiva predomina en lo que se califica de situaciones de crisis y el Derecho penal siempre plantea una crisis. La causa de la misma y el objeto de la violencia, que aquélla anuncia, es la peligrosidad de determinadas clases de individuos, sea por características físicas, culturales o ideológicas, de lugares y, por ende, de sus habitantes, en definitiva, un riesgo para la sociedad que encubre un riesgo en la forma de administración del poder. Para ejemplificar esta tendencia del poder es posible tomar lo que Umberto Eco planteaba, y creemos que Borges lo daba por sentado: que todos los libros se refieren a otros libros y que, por consiguiente, no hay literatura que no se apoye y refuerce algo ya antes escrito; así, el poder surgido o sostenido por la idea de peligrosidad recurre a pensamientos de las personas que se refuerzan cotidianamente con otras formas de ejercicio de poder y retiene la comunicación de los individuos en la sociedad dentro de ese esquema que el Derecho penal conlleva.

La moderna caverna de Platón es el conjunto de relaciones sociales permanentemente dirigidas por el entorno social que refuerza la misma idea del **Derecho penal: la violencia sobre lo peligroso.**

Esta práctica y teoría espontánea se encuentra plasmada en las teorías jurídicas que pretenden justificar el Derecho penal y el castigo. Esta explicitación no sería posible si no estuviéramos inmersos en un complejo de conductas e interacciones que hacen las veces de fuerza de gravedad tan consistente que impiden pensar en otra forma de ver el problema.

— § 2 —

**EL DERECHO PENAL: ESPEJO Y DIOS.  
PELIGROSIDAD Y VIOLENCIA**

Abundaremos a continuación la cuestión del espejo y de DIOS como símiles del Derecho penal.

El espejo nos llamó la atención debido a un texto de Melchior-Bonet<sup>3</sup>. En él se cita un registro de la Inquisición, del año 1321, que

<sup>3</sup> Cfr. Melchior-Bonet, *Historia del espejo*.

transcribimos a continuación: "Considerando que se han encontrado ciertos objetos entre sus pertenencias que se sospecha poseía para hacer maleficios y que ella ha reconocido como de su propiedad: dos cordones umbilicales de recién nacidos, sábanas manchadas de sangre menstrual, granos de incienso, un espejo y un pequeño cuchillo envueltos en una sábana de lino, recetas escritas ...".

A su vez, pocas líneas después cita a Hartlieb, autor de *El libro de las artes prohibidas*: "He visto maestros que pretenden preparar espejos de modo tal que cualquiera, hombre o mujer, pueda ver en ellos lo que desee"<sup>4</sup>.

El espejo es visto como un instrumento del diablo y como una forma de hechizar al que lo utiliza<sup>5</sup>; es posible recordar la leyenda de Narciso<sup>6</sup>, pero, a su vez, se dice que el único espejo puro es el espejo divino. El espejo resulta asociado, en su ambivalencia, al diablo y a DIOS.

El problema es que el espejo asociado al mal permite desconfiar, pero cuando se lo asocia con DIOS nos lleva a creer y, por lo tanto, a no cuestionar. Las alternativas no resultan muy halagüeñas, pero derivan en un eterno retorno.

El sistema penal es como un espejo y, como tal, tiene ese doble aspecto; es una creación humana que, por un lado, sirve para que la sociedad se mire y pueda preservarse a través de la amenaza penal y la concreción en castigo de la misma y, por el otro, como el reflejo nunca es idéntico al objeto que refleja, produce cambios en la sociedad; en cierta forma crea una conciencia determinada del objeto. Ha expresado Montaigne: "La semejanza no hace tanto lo uno como la diferencia hace lo otro"<sup>7</sup>.

La idea de que algo o alguien es peligroso para otro, sea éste un observador o el propio sujeto u objeto puesto en peligro, es inherente al sistema o a la justificación del sistema.

<sup>4</sup> Melchior-Bonet, *Historia del espejo*, p. 202.

<sup>5</sup> Existe un cuento de Borges sobre el espejo (*El espejo de tinta. Historia universal de la infamia*) en el cual lo relaciona con la culpabilidad.

<sup>6</sup> Narciso, enamorado de su propio reflejo, se suicida por no poder consumir su amor. El oráculo había previsto que viviría hasta muy viejo siempre que no se conociera a sí mismo (véase Graves, *Los mitos griegos*, t. I).

<sup>7</sup> Eyquem de Montaigne, *Ensayos*, III, 13.

La catalogación de ser peligroso genera, más allá del etiquetamiento y sus efectos, una prognosis acerca de su futuro social. El individuo peligroso no merece el resguardo social, no es ciudadano, está fuera del Derecho: "La transgresión de la ley pública que incapacita a quien la comete para ser ciudadano se llama crimen sin más"<sup>8</sup>. Esta postura, aun cuando más radicalizada, es la que adopta Fichte al definir al infractor de la norma como "una cosa ... una pieza de ganado"<sup>9</sup>.

Aun cuando pudiera parecer que las referencias anteriores apuntan a una visión, o a una corriente filosófica, abandonada, acerca del sujeto que realiza una infracción de la norma, este parecer se diluye si consideramos que Jakobs como representante actual de la llamada prevención general positiva expresa que: "El infractor de la norma ejecuta el hecho no porque sea persona, sino que, como persona, ha permanecido subdesarrollado, justamente, se ha quedado sólo en lo formal"<sup>10</sup>.

La fuerza expresiva de esta cita es más que elocuente, el criterio de peligrosidad es el subdesarrollo, no la infracción. Esta es un síntoma de una persona comunicativamente mal conformada. En otro párrafo expresa: "Si se trata al infractor de la norma del tipo esbozado en el ejemplo como persona normal, entonces, el significado de su conducta es definido como significado normal: la norma sufre erosión"<sup>11</sup>.

La teoría del castigo que subyace a esta argumentación sostiene que ante un suceso perturbador el mismo debe ser asignado a una persona que como responsable debe cargar con las consecuencias<sup>12</sup>.

Por supuesto que sin la ejecución de un acto prohibido por la norma no hay respuesta penal y que ese "subdesarrollo" como persona

<sup>8</sup> Kant, *La metafísica de las costumbres*, p. 166.

<sup>9</sup> Gottlieb Fichte, "Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre", en *Sämmlische werke*, 2. Abtheilung, t. I, ps. 1 y ss., 278 y s., citado por Jakobs, *Sobre la teoría de la pena*, conferencia pronunciada en Buenos Aires con motivo del homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa, p. 8.

<sup>10</sup> Jakobs, *Sobre la teoría de la pena*, conferencia pronunciada en Buenos Aires con motivo del homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa, p. 12.

<sup>11</sup> Jakobs, *Sobre la teoría de la pena*, conferencia pronunciada en Buenos Aires con motivo del homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa, p. 11.

<sup>12</sup> Jakobs, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, p. 8 y siguientes.

no es lo que le interesa al Derecho penal desde la perspectiva de la prevención general positiva, cuanto menos en la variante de Jakobs; sin embargo, no puede desconocerse como dato que se encuentra bajo la superficie de la fundamentación central.

La sanción no tiene un fin, sino que es en sí misma el logro de un fin, la constatación de que no cambia la realidad de la sociedad<sup>13</sup>. Es interesante ver cómo la idea del espejo sólo es vista en la perspectiva de mantener la configuración social, sin hacer consciente la modificación que el Derecho penal implica.

El sujeto peligroso sobre el cual debe recaer el acento es el que reconoce que viola el Derecho, se pretende que reconozca su anormalidad y peligrosidad para el *status quo* jurídico penal.

El Derecho es visto como si fuera un ente disociado del Estado, aun cuando reconozca que su voluntad es la que descansa detrás de las normas. La institución se disocia del Estado, sea como sea que éste se constituya políticamente (democrática o totalitariamente)<sup>14</sup>. Así, origina una barrera de protección de lo que la sociedad quiere preservar, pero la barrera —un instrumento— se vuelve DIOS y con ello se pierde la capacidad de cuestionarlo<sup>15</sup>.

El Derecho es lo que debe ser sin importar lo que es, aun cuando lo que debe ser y lo que es partan de la misma fuente: el Estado. Cuando Luis XIV decía "el Estado soy yo", él reconocía la arbitrariedad de no dar y exigir como si hubiera dado. Reconocía que establecer impuestos materialmente imposibles de cumplir y ordenar la muerte de quien no los pagara era válido. Esta autocontradicción aparente era válida en tanto era una cuestión de arbitrio.

<sup>13</sup> Jakobs, *Sobre la teoría de la pena*, conferencia pronunciada en Buenos Aires con motivo del homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa, p. 13.

<sup>14</sup> El autor citado precedentemente llega a la conclusión de que las violaciones de derechos humanos cometidas en Alemania Oriental no pueden ser juzgadas por el Tribunal Superior alemán, pues el castigo no sería una pena debido a que el sistema normativo vigente es distinto del que regía en esa sociedad (Jakobs, *Sobre la teoría de la pena*, conferencia pronunciada en Buenos Aires con motivo del homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa, p. 18).

<sup>15</sup> En el cielo no hay disidencia, sólo DIOS puede definir el tiempo y cualquiera que lo contradiga debe ser expulsado. ¿Es necesario para ello que él exprese la verdad o sólo es necesario que sea su voluntad? Esta idea hace que no exista, ni siquiera como posibilidad, la democracia en el cielo y que exista, sólo como posibilidad, en la tierra.



El monarca hacía lo que quería y el súbdito era una marioneta sin voluntad. Cuando sobreviene la revolución francesa no importa un cambio en cuanto al Derecho, éste exige sin mirar si el destinatario de la norma es capaz de cumplirla o no, esto reduce en el axioma que el Derecho es conocido por todos, de lo contrario la voluntad del sujeto sería tan buena como la del Estado y esto no lo admite ningún Estado.

“El Estado soy yo”, dice el Derecho. Tal es así que las “modernas” teorías acerca de la justificación del castigo giran alrededor de la reafirmación del Derecho y de la *autocomprobación mediante la cual la sociedad confirma su identidad*<sup>16</sup>. La fe en el Derecho es una expresión de un profundo contenido simbólico, evoca el fundamento formal de la Inquisición<sup>17</sup>, de las doctrinas de la Iglesia para justificar las cruzadas, evoca también un cierto primitivismo peligrosista enfundado en la idea del infiel, del hereje, de aquel que no es igual.

Cuando Chartier, comentando un libro de Gruzinski que se refiere a la colonización española en México y a la incertidumbre que causaba en los aborígenes la nueva religión y la confrontación con sus creencias, sostiene que la empresa colonizadora no implica solamente la expoliación de las riquezas, la dominación política o el control de los cuerpos, ella tenía un designio más ambicioso: *imponer a los vencidos una nueva manera de pensar la relación con lo sagrado, con el pasado, con el espacio*. Esta era una “colonización del imaginario” con una doble función, “... por un lado, el lento pero inexorable desmantelamiento de los esquemas de percepción y de representación que permitían la inteligibilidad del mundo en la sociedad antes de la llegada de los españoles; por otro, la apropiación, por parte de las culturas indígenas, de las técnicas, las creencias y los conceptos importados para someterlos”<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> *Sociedad, norma, persona en una teoría funcional del Derecho penal*, conferencia pronunciada con motivo del 25° aniversario del fallecimiento de D. Luis Jiménez de Asúa.

<sup>17</sup> Turberville, al referirse al fundamento de la inquisición, refiere que “... fundamentalmente se inspiró en la determinación tomada por todos los monarcas poderosos de su época, fuesen católicos o protestantes, de mantener el orden, la uniformidad y la obediencia a la autoridad de la iglesia, lo mismo que a la del Estado” (*La inquisición española*, ps. 29 y 30).

<sup>18</sup> Chartier, “La colonización de los pensamientos” (*La colonization de l’imaginaire. Sociétés indigènes et occidentalisation dans le Mexique espagnol, XVI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècles*;

Esta colonización del imaginario es el fundamento del Derecho penal y la otra cara de la metáfora del espejo. Este objetivo es demasiado amplio para el Derecho, debiendo conjugarse con otras formas de conformar el imaginario, tales como los medios masivos de comunicación. Pero en situaciones como las de nuestra sociedad actual el Derecho penal adquiere la forma de medicina salvadora aun asumiendo las contraindicaciones. El carácter cruento del Derecho penal es considerado como algo menor porque no afecta sino partes del cuerpo social que son irrelevantes, porque a pesar de una consideración agregativa de la sociedad, no es un verdadero cuerpo y las partes son separables del todo.

En la Grecia antigua el *pharmakos* era una solución para evitar la violencia sobre los verdaderos ciudadanos. En nuestra sociedad se aplica la idea del individuo *pharmakos*. Esta es conducente cuando en la sociedad los susceptibles de ser elegidos *pharmakos* no lo conocen explícitamente y se postula la idea de que la ley es igual para todos.

Los atenienses sabían qué significaba ser *pharmakos* y que tal calidad respondía a una institución legal. La violencia que implica esta posición es más profunda que la que se pretende evitar. La violencia del delito y la de la pena son primitivas, pero la de sentirse victimizado por una posición social es más profunda. Pero esta segunda violencia, para exteriorizarse, requiere conciencia del significado de la primera, lo cual no ocurre. Los rituales que rodean a esa venganza primaria, que es el castigo estatal, permiten solapar las consecuencias.

Asu vez, el catálogo interno de justificación del castigo es una muestra interesante para ver cómo se justifica teóricamente la institución y cómo el castigo individual aparece como irrelevante.

### — § 3 —

#### PODER: SIMBOLISMO Y PREVENCIÓN

La teoría “de moda” para la justificación del castigo es la prevención general positiva. Antes se reseñó su fundamento: reafirmar el

de Serge Gruzinski; París; Gallimard; col. “Bibliothèque des Histoires”, 1988, p. 374), en *El juego de las reglas: lecturas*, p. 191.

Derecho y la norma como expresión de la sociedad. Esta teoría trata de encontrar un fundamento de justificación del castigo en la necesidad de mostrar la vigencia de la norma que ha sido negada o desautorizada por alguien a quien se le asigna el suceso perturbador. La norma es un modelo de orientación acerca de lo que la sociedad en cuestión considera parte de su identidad<sup>19</sup>.

El problema es que la necesidad de estabilización depende de los actos externos que violen la norma, pero ello no significa que ese suceso perturbador deba ser asignado a quien ejecutó el acto para que pueda estabilizarse el sistema. La estabilización es una cuestión de supervivencia (visión heredada del organicismo) y admite cualquier medio para lograr el fin de autocomprobación social. En esta discusión acerca de fines y medios nos parece muy acertada la observación de Aldous Huxley: "Los buenos fines sólo pueden ser logrados usando medios adecuados. El fin no puede justificar los medios, por la sencilla y clara razón de que los medios empleados determinan la naturaleza de los fines"<sup>20</sup>.

En la novela *1984*, de Eric Blair —más conocido por su seudónimo, George Orwell—, la autocomprobación del sistema social —oficial— requería que existiera una adhesión incondicional al mismo, tal que el crimen mental debía ser castigado. Este castigo estabilizaba el sistema mucho más que el castigo de los actos.

La prevención general positiva y negativa dirigen su mirada a una estabilización de la norma, sea por la intimidación —supuestamente empírica— sea por una autocomprobación —supuestamente simbólica—. El sujeto que actúa es sólo una de las formas de elegir una vía a esa estabilización.

<sup>19</sup> El texto de los "Siete contra Tebas" es clarísimo cuando se refiere a la lapidación, la cual no está prevista como sanción para un delito ordinario. Indica que se trata de una medida extraordinaria, evidentemente exterior a los usos, a la que recurre Eteocles en una situación de extrema emergencia para la ciudad. Se trata de un procedimiento especial destinado a terrorizar al pueblo (y especialmente a las mujeres) y a conseguir garantías de absoluta e incondicional fidelidad a la patria (cfr. Cantarella, *Los suplicios capitales en Grecia y Roma. Orígenes y funciones de la pena de muerte en la antigüedad clásica*).

<sup>20</sup> Cfr. Huxley, *El fin y los medios. Una encuesta acerca de la naturaleza de los ideales y de los métodos empleados para su realización*, trad. de Jorge M. Bullrich.

Hemos llegado a un punto en la historia —histeria— del castigo en el cual se ha perdido conciencia de que el Derecho penal y la reacción punitiva son instrumentos, esto nos impide reemplazarlo o adaptarlo para que cumpla una función de utilidad social. El pasaje de la metáfora del espejo a la idea de DIOS tiene como componente la cuestión de fe que implica el Derecho.

La idea de que el Derecho penal estabiliza la norma y restablece la fe en el Derecho es tan primitiva y más peligrosista que la idea del castigo sacrificial sustitutivo. El principio de culpabilidad era más costoso que la sustitución, debido a la disgregación social que produciría y la reproducción de la violencia que significaba: "Convertir al culpable en víctima sería realizar el mismo acto que exige la venganza, sería obedecer estrictamente las exigencias del espíritu violento. Al inmolarse no al culpable sino a uno de sus allegados se apartan de una reciprocidad perfecta que se rechaza porque es demasiado abiertamente vengativa. Si la contraviolencia recae sobre el propio violento, participa, por este mismo hecho, de su violencia, y ya no se distingue de ésta. Ya es venganza a punto de desmesurarse, y se lanza a lo mismo que tiene por objetivo prevenir"<sup>21</sup>.

Aun cuando el principio de culpabilidad como responsabilidad personal era conocido desde épocas remotas, su aplicación podía resultar inconveniente socialmente, por ello en la literatura griega existe un cierto eclecticismo en su aplicación<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Girard, *La violencia y lo sagrado*, p. 33.

<sup>22</sup> En los poemas homéricos el significado del término *aitios* pasa de "causa", en sentido objetivo, al de culpable. Por ejemplo, cuando Aquiles recibe los heraldos de Agamenón para llevarse a Briseida, no se venga sobre ellos porque *ouk epaitioi* —no son culpables— (Cantarella, *Los suplicios capitales en Grecia y Roma. Orígenes y funciones de la pena de muerte en la antigüedad clásica*, p. 71). Se puede ver una aplicación retributiva del castigo en las palabras del corifeo en la tragedia de Eurípides, *Las Coéforas* (La orestia II) donde expresan: "No; di sólo 'que de muerte por muerte' / Y, ¿cómo no va a ser santo y piadoso devolver mal por mal al enemigo? / O las del coro: / A cambio de palabras enemigas, / que palabra enemiga se tribute. / Exigiendo su deuda, / tal es lo que pregona la Justicia: / Por un golpe de muerte, / golpe también de muerte; / contra acto criminal, el escarmiento. / Tal proclama un refrán tres veces viejo".

Sin embargo, por ejemplo, en el caso de la historia del Vellocino Lafistio, o las argonautas, los homicidios cometidos se expían mediante la ofrenda de sacrificios sustitutos o el cumplimiento de alguna tarea que purificara al asesino, esto último ocurre con el asesinato de Apsirto, hermano de Medea, por parte de Jasón.

La lógica del sacrificio es expuesta por Girard de la siguiente forma: "Aquí el sacrificio tiene una función real y el problema de la sustitución se plantea a nivel de toda la colectividad. La víctima no sustituye a un individuo especialmente sanguinario, sustituye y se ofrece a un tiempo a todos los miembros de la sociedad por todos los miembros de la sociedad. Es la comunidad entera la que el sacrificio protege de su propia violencia, es la comunidad entera la que es desviada hacia unas víctimas que le son exteriores. El sacrificio polariza sobre la víctima unos gérmenes de disensión esparcidos por doquier y los disipa proponiéndoles una satisfacción parcial.

"Entre la comunidad y las víctimas rituales no aparece cierto tipo de relación social, la que motiva que no se pueda recurrir a la violencia contra un individuo, sin exponerse a las represalias de otros individuos, sus allegados, que sienten el deber de vengar a su pariente.

"Si no existe ningún remedio decisivo contra la violencia de las sociedades primitivas, ninguna cura infalible cuando se turba el equilibrio, cabe suponer que, en oposición a las medidas curativas, asumirán un papel de primer plano las medidas preventivas. Aquí es donde reaparece la definición de sacrificio propuesta anteriormente, definición que la convierte en un instrumento de prevención en la lucha contra la violencia"<sup>23</sup>.

Girard ve en el ritual algo más allá de la utilización de un chivo expiatorio ajeno al conflicto, en una visión distinta a la que el propio autor esbozara en el texto de *La violencia y lo sagrado*, considera que el mito y el ritual recubren al elegido de unas fuerzas causales, tanto como para desencadenar el mal como para remediarlo; esta atribución permite extraer el sentido simbólico del proceso de ambas instituciones. A su vez, permite ver que, más allá de la interrupción de la violencia que significa castigar a otro distinto del culpable, la esencia del castigo está, en cualquier sistema de atribución de responsabilidad, más allá de la culpabilidad y se sienta en la idea de ejemplo, de moral de sangre. Esta fuerza simbólica es mucho más perdurable que la fuerza de la violencia que se ejerce sobre la víctima, a tal punto que la repetición de los actos rituales (religiosos o del proceso penal) son más justificantes que cualquier otra cosa, incluso que la rea-

<sup>23</sup> Girard, *La violencia y lo sagrado*, ps. 15, 20 y 25, respectivamente.

lidad de los hechos. En un pasaje de su teoría de la justicia, Rawls<sup>24</sup> afirma que atento a que no conocemos de antemano como fueron los hechos, la imparcialidad del proceso es la única garantía de que el resultado, cualquiera sea éste, será justo. En esta proposición, aparentemente con un sentido de protección de quien es sometido a proceso, se oculta esta idea del ritual y de la fuerza regularizadora del proceso y del castigo. El castigo juega cuando hay que restablecer el orden cuando el proceso determinó que el mismo había sido alterado. Ambas instituciones se afirman en lo simbólico.

Esta situación lleva ínsita una representación aún más primitiva y radical que es la de la necesidad de conjurar el peligro sobre la comunidad. El elegido, sea como chivo expiatorio por su especial posición social, étnica, religiosa, etcétera, o por su culpabilidad —concepto que es absolutamente parcial y falto de neutralidad a diferencia de lo que parece a primera vista— tiene que servir para conjurar ese peligro y por ello es reconocido como peligroso de antemano, esto quiere decir que, aun cuando se lo declare responsable o sujeto a castigo hoy, desde siempre fue peligroso, aun cuando no se lo detectara antes.

El distinto siempre lo fue. Edipo llevaba la desgracia desde el día en que nació aun cuando los hechos que la desencadenaron ocurrieran años después. En definitiva, la peligrosidad emanada de una sentencia es tan previa que luego se busca a esos "culpables sin condena". La idea que subyace es que ellos están ahí esperando para manifestarse como realmente son. La clase de persona que es sentenciada es la clase del estereotipo que espera oculto.

Las teorías del castigo actuales, en especial la de prevención general positiva, tienen un fuerte componente de ritual o mito al igual que las que generaron esa doble simbología del chivo expiatorio que describe Girard<sup>25</sup>.

La autocomprobación social, la fe en el Derecho y el restablecimiento de la norma son en sí la determinación del mal en el sujeto y que el bien —el derecho— resulta triunfante. Vemos que es un esquema encuadrable en cualquier mito. El bien representa a los normales, quienes no sólo siguen la norma sino que son hechos a la norma.

<sup>24</sup> Rawls, *Teoría de la justicia*, p. 108 y siguientes.

<sup>25</sup> Girard, *El chivo expiatorio*, p. 122.

La prevención general positiva supera a las teorías tradicionales, pues pretende ser atemporal; el castigo no guarda relación con el tiempo, no mira al pasado como la retribución, no mira al futuro como la prevención general negativa, no mira tampoco a la persona en el pasado o el futuro como la prevención especial, sólo mira al sistema y a las expectativas del mismo.

El peligrosismo es muy fuerte en este esquema porque lo ilegal es aquello que realiza el peligroso por su "escasa formación como persona". Luhmann, absolutamente claro en su crudeza, dice: "De este modo, la naturaleza dual del código de poder, que consiste en fuerza/debilidad y legal/ilegal, está en la duplicación de las combinaciones alternativas negativas y positivas: esto constituye el poder"<sup>26</sup>.

El poder no es algo que la sociedad como conjunto de individuos ostente aun cuando lo sustente mediante su propia neutralización como personas por mecanismos institucionales tales como el Derecho penal o el sistema punitivo.

#### — § 4 —

#### REFLEXIONES FINALES

Al releer las páginas precedentes, la pregunta evidente es por qué puede darse un mecanismo como el Derecho penal y que sea tan efectivo en mantenerse como única opción cuando sus resultados, en lo que convencionalmente llamamos realidad, son tan poco consecuentes con la idea de pacificación social originaria del sistema punitivo.

Entonces nos vinieron a la mente dos lecturas que no son propiamente jurídicas, de las cuales sólo la primera requiere una explicación, la segunda es más que expresiva y nos parece un final adecuado.

La primera es un enigma que plantea Gardner acerca del pretendiente de una princesa al cual el rey le había impuesto una tarea que consistía en matar a un tigre para poder casarse con su hija. El tigre estaría detrás de una de cinco puertas y sería una sorpresa, y el pretendiente debía comenzar a abrir las puertas por la número uno.

<sup>26</sup> Luhmann, *Poder*, p. 93. A su vez, afirma: "De este modo, la coerción física no puede entenderse como el último recurso en una escala de presiones siempre en aumento".

Ante este planteo, el joven pretendiente razonó que si era una sorpresa el tigre no podría estar detrás de la quinta puerta, porque dejaría de ser sorpresa. Así razonó que tampoco podía estar detrás de la cuarta, ni de la tercera, ni de la segunda, ni de la primera, porque no sería sorpresa. En conclusión pensó que no había ningún tigre detrás de las puertas. Sin embargo, al abrir la segunda puerta el tigre saltó sobre él y le dio muerte<sup>27</sup>.

El razonamiento nos parece tan convincente porque aceptamos incondicionalmente la primera conclusión respecto de la última puerta. Esta es nuestra visión del Derecho penal, aceptamos sin cuestionar que el castigo es la respuesta válida a ciertas situaciones o sujetos peligrosos cuya existencia y definición la sociedad refuerza con todas las formas de comunicación masiva e interpersonal y, a su vez, sin importar lo que ocurra seguimos encerrados en ese sistema de auto-comprobación, nuestro universo es esa aceptación inicial.

La segunda es mucho más directa y no necesita comentario. Es una historia de *Las metamorfosis*, de Apuleyo, y cuenta que Lucio compra unos pescados consiguiendo una rebaja de precio de cien a veinte denarios. En esos instantes se encuentra con Pitias, con quien había sido discípulo en Atenas, quien era edil y dirigía la policía del mercado. Cuando vio los pescados en su canasta le preguntó cuánto los había pagado y al escuchar el precio le preguntó cuál de los mercaderes le había vendido esa pacotilla a ese precio, él señaló a un viejito pequeño y Pitias lo reprendió con fuerza, ordenó a sus alguaciles que volcaran al piso el contenido de la cesta y pisotearan los pescados de Lucio hasta que quedaran triturados. Luego se dirigió a Lucio y le dijo que con este acto había hecho gran afrenta al vendedor y que se daba por satisfecho. A todo lo cual dijo Lucio: "estupefacto y conternado por lo sucedido, me dirijo a la casa de baños; las enérgicas medidas de mi prudente discípulo me habían dejado simultáneamente sin dinero y sin cena..."<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> Gardner, *Paradojas*, ps. 26 y 27. Puede verse una versión más desarrollada en *El ahorcamiento inesperado y otros entretenimientos matemáticos*.

<sup>28</sup> Achenbach, *Mimesis. La representación de la realidad en la literatura occidental*, ps. 65 y 66.

## — § 4 —

## DIFERENCIAS ENTRE AMBAS TEORIAS DE LA PENA

Hegel en todo momento habla de compensación, como conexión interna de dos determinaciones y que tienen también una existencia exterior diferente. En Kant, como él mismo lo dice, la ley del talión representa la igualdad. Igualdad excluida expresamente por Hegel.

En nuestra doctrina, Soler<sup>26</sup> establece la diferencia, en Kant habla de retribución moral, y en Hegel, la considera como teoría de la retribución jurídica.

La compensación se vincula con el valor, en cuanto igualdad interna de cosas absolutamente diversas en su existencia específica, es una determinación que se presenta como en los contratos<sup>27</sup>.

La pena en Hegel está vinculada con el todo, de un sistema racional, en su máximo esfuerzo. Y allí es un presupuesto dentro del Derecho abstracto. Presupuesto indispensable para concebir el Estado, y la historia universal. Este tratado<sup>28</sup>, pues en cuanto contiene la ciencia del Estado, no debe ser otra cosa, que el intento de exponer el Estado como algo en sí mismo racional. La enseñanza que puede radicar en él no consiste en enseñar al Estado cómo debe ser, sino en enseñar cómo el universo ético debe ser conocido.

Hegel reprocha a la moral de Kant, el aislar al individuo de la totalidad nacional; la universalidad formal de los deberes que prescribe hace perder de vista el todo. La virtud es entonces abstracta. No es una virtud cívica<sup>29</sup>.

En los tiempos que corren de desintegración general es bueno, tal vez, volver a Hegel, pues para él la tarea de la filosofía es demostrar el principio capaz de restaurar la unidad y la totalidad perdidas.

<sup>26</sup> Soler, *Tratado de derecho penal argentino*, t. II, ps. 322 a 324.

<sup>27</sup> Hegel, *Principios de la filosofía del derecho*, trad. de Juan Luis Vermal, p. 190.

<sup>28</sup> Refiriéndose a Hegel, *Principios de la filosofía del derecho*, trad. de Juan Luis Vermal, p. 60.

<sup>29</sup> Garaudy, *Dios ha muerto*, trad. de Matilde Alemán, p. 127.

## Capítulo IV

## La ilusión penal\*

\* Trabajo elaborado por JOSE M. SIMONETTI, sociólogo, profesor titular de la Universidad Nacional de Quilmes.

En estos tiempos progresistas, el castigo tiene mala prensa y los vientos de la época que, paradójicamente, llevan reclamos represivos, también le han traído complicaciones al Derecho penal, el cual es el derecho a castigar. No es su culpa, porque tampoco es su función dar cuenta de la necesidad o de la utilidad del castigo. Los responsables de explicarlo nunca van más allá de señalar que el castigo puede resultar "ejemplificador"; una buena amenaza general capaz de meter miedo o, en el caso de la privación de la libertad, un recurso para sacar de circulación a alguien por el tiempo necesario, no se sabe para qué, y cuya duración no tiene relación con proceso de resocialización alguno, ya que esto sólo existe en los papeles.

En estos tiempos progresistas, el castigo tiene mala prensa y los vientos de la época que, paradójicamente, llevan reclamos represivos, también le han traído complicaciones al Derecho penal, el cual es el derecho a castigar. No es su culpa, porque tampoco es su función dar cuenta de la necesidad o de la utilidad del castigo. Los responsables de explicarlo nunca van más allá de señalar que el castigo puede resultar "ejemplificador"; una buena amenaza general capaz de meter miedo o, en el caso de la privación de la libertad, un recurso para sacar de circulación a alguien por el tiempo necesario, no se sabe para qué, y cuya duración no tiene relación con proceso de resocialización alguno, ya que esto sólo existe en los papeles.

Pero a nadie le gusta conjugar las primeras personas del verbo castigar y así —y afortunadamente— el progreso del Derecho penal se ha ido construyendo históricamente como un sistema de condiciones, requisitos y límites al castigo, es decir, a la violencia del Estado que no por estatal deja de ser violencia.

Sin embargo, el público le reclama soluciones al Derecho penal y es en este punto que nos parece oportuna una reflexión acerca de este escenario de sociedades violentas, que consagran la impunidad y, al mismo tiempo, castigan sin que nadie se haga cargo ni lo explique, en las que se alimenta temerariamente un populismo represivo, añorante de la picota medieval<sup>1</sup>, y en la que tanto las demandas de castigo, como la correlativa impunidad tienen un sesgo social que hace

<sup>1</sup> Que era una cosa para meter miedo en serio.

al sistema penal funcional a las identidades sociales involucradas en los conflictos, con la pretensión de transformarlo en administrador de éstos.

— § 1 —

*LO QUE HAY POR DEBAJO DEL DERECHO PENAL*

*a — Sociedad y explicación sobre la sociedad*

Como resuena en la palabra, toda sociedad es una asociación, la institución de un vínculo entre los elementos que la integran. La sociedad de los hombres no escapa al concepto general, pero en su análisis siempre se han planteado dos formas extremas que, casi groseramente simplificadas, podríamos expresar así: una que la considera como si fuera un hecho espontáneo (no viene al caso si realmente lo cree, o hace como si así lo fuera); la otra que la concibe como un resultado, un producto, una construcción, un artificio.

Si se tratara de un hecho espontáneo la explicación estaría fuera de sí. Su historia y la lógica de su funcionamiento deben ser demostradas por un observador independiente de esa realidad, en el sentido que no pertenece o se contamina con ella<sup>2</sup>, se le aparece como dato exterior, quien proveerá las categorías para su comprensión. Es decir, aportará la racionalidad de la que carece la realidad.

Pero debe tenerse en cuenta que si la sociedad fuera un hecho espontáneo, su sistema normativo participa de esa espontaneidad y, en última instancia, y a pesar de sus propias expresiones, tendrá causas, razones y una lógica de funcionamiento que se nos escapan en términos de certeza; las explicaciones sólo podrán ser conjeturales.

Pero si la sociedad es un artificio, una construcción en la que, además, está presente la voluntad, su sistema normativo también ha sido construido y su explicación debe ser buscada en el proceso del cual surge. Así, la racionalidad que subyace en los vínculos sociales proviene del propio proceso de producción de éstos, de su institución o de su constitución<sup>3</sup>. Así, las definiciones y los conceptos no son rótulos

<sup>2</sup> Esta es la idea vulgar y errónea de "objetividad".

<sup>3</sup> No es casual la elección de estos dos términos.

que se colocan desde afuera, sino la expresión intelectual de ese mismo proceso<sup>4</sup> que busca los términos de su orden interno.

De modo tal que cuando hablamos de garantías, derechos, delitos, penas, estamos haciendo referencia a los contenidos sustanciales del propio proceso histórico. No es lo mismo la libertad para un ciudadano romano que para un protagonista de la Revolución Francesa, y esto no sucede sólo en las ideas, sino en la vida que las anima, que les ha provisto de alma y que esas ideas representan.

Obviamente, las líneas precedentes sólo son una simplificación que nos sirve para entrar en tema y señalar los límites del escenario. Las cosas no son tan así, ya que todos nacemos arrojados y asociados a una sociedad que nos preexiste y sobre la cual no tenemos voluntad, ni hemos sido consultados, por lo menos hasta la mayoría de edad. Pero, por el otro lado, nunca nos falta oportunidad para reflexionar y actuar en consecuencia respecto de la organización y los fines de la sociedad en la que nos toca vivir. La cotidiana reiteración de los actos que se vinculan a la asociación y a la condición de asociado expresan consentimiento.

El iusnaturalismo tenía una interpretación claramente orientada hacia esta segunda hipótesis.

Así, según manifiesta Hobbes, "Entre las artes, algunas son demostrables, otras indemostrables; y son demostrables aquellas cuya construcción del sujeto está en poder del mismo artista, quien, en su demostración, no hace más que deducir las consecuencias de su propia operación. La razón de ello se halla en que la ciencia de cada sujeto es derivada de un preconocimiento de las causas, de la generación y construcción de las mismas; y, en consecuencia, donde las causas son conocidas hay lugar para la demostración, pero no allí donde las causas deben buscarse. La geometría, por lo tanto, es demostrable, porque las líneas y las figuras acerca de las cuales razonamos, son trazadas y descritas por nosotros mismos; y la filosofía civil es también demostrable porque somos nosotros mismos los que hace-

<sup>4</sup> Podríamos decir, por ejemplo, que la historia argentina comienza en la colonia, pero en 1853 sus protagonistas se reúnen, manifestando su voluntad de hacerlo, redactan un Preámbulo, que dice quiénes son y para qué se reúnen y a continuación expresan los términos de su asociación. Constituyen una Nación. No se puede pedir más manifestación de voluntad.

mos la sociedad. Pero, como no conocemos la construcción de los cuerpos naturales, sino que la indagamos a partir de sus efectos, no hay demostración de aquellos cuyas causas debemos buscar, sino tan sólo acerca de lo que pueden ser"<sup>5</sup>.

El propio Hobbes cierra la idea: "Además, la política y la ética, vale decir, la ciencia de lo justo y de lo injusto, de lo *aequus* y de lo inicuo, pueden demostrarse a priori en cuanto los principios por los cuales se conoce qué es lo justo y lo *equum*, y sus contrarios, lo injusto y lo inicuo, esto es, las causas de la justicia (vale decir, las leyes y los pactos) las hicimos nosotros. En efecto, antes del establecimiento de leyes y pactos no existía ni justicia ni injusticia, ni naturaleza del bien ni del mal público entre los hombres, más que entre las bestias"<sup>6</sup>.

Esto nos coloca en el punto al que queríamos llegar.

*b — Sociedad y sistema normativo.  
La ley como condición de la inclusión*

En cuanto asociación de los hombres, en toda sociedad se puede reconocer la existencia de dos elementos; un fin común, un bien público al que se aspira en tanto objetivo que determina la utilidad de esta asociación para la vida de sus integrantes y un sistema normativo que establece los términos y regula las condiciones de funcionamiento de la asociación. Teniéndolo en cuenta, se elaboraron las clásicas distinciones entre multitud y pueblo, que repercuten sin coincidencia exacta en la que se establece entre público y privado.

Cicerón nos recuerda que: "Así, pues, la cosa pública (república) es lo que pertenece al pueblo; pero pueblo no es todo conjunto de hombres reunido de cualquier manera, sino el conjunto de una multitud asociada por un mismo Derecho que sirve a todos por igual ... Así pues, todo pueblo, que es tal conjunción de multitud, como he dicho, toda ciudad, que es el establecimiento de un pueblo, toda república,

<sup>5</sup> Hobbes, "Six lessons to the professors of the mathematics", en *The english works of Thomas Hobbes of Malmesbury*, vol. VII, p. 183 y ss., citado por Mondolfo, *Verum et factum*, p. 63 y siguientes.

<sup>6</sup> Hobbes, *Opera philosophica quae latine scripsit*, ps. 61 y 62, citado por Mondolfo, *Verum et factum*, ps. 63 y 64.

que como he dicho es lo que pertenece a un pueblo, debe regirse, para poder perdurar, por un gobierno. Este debe servir siempre y ante todo a aquella causa que lo es también de la formación de la ciudad; luego puede atribuirse a una sola persona o a unas pocas escogidas o puede dejarse a la muchedumbre de todos"<sup>7</sup>.

Obsérvese que el concepto puede extenderse a cualquier forma de organización social, desde una nación, las sociedades anónimas del Derecho comercial, o el matrimonio civil.

El paso siguiente llega naturalmente. Si el sistema normativo no es espontáneo sino un resultado, el problema será determinar quién establece la ley. Varían las respuestas históricas y abarcan desde la figura paternal, pasando por el linaje, hasta desembocar en la soberanía popular.

Modernamente, soberanía es la capacidad de crear e imponer ese sistema normativo<sup>8</sup>. Este es el contenido central de la historia política de la modernidad: la lucha por la soberanía.

Para Locke, "... El poder político es el derecho de dictar leyes bajo pena de muerte y, en consecuencia, de dictar también otras bajo penas menos graves, a fin de regular y preservar la propiedad y ampliar la fuerza de la comunidad en la ejecución de dichas leyes y en la defensa del Estado frente a injurias extranjeras. Y todo ello con la única intención de lograr el bien público"<sup>9</sup>.

Colocando el problema en una esfera más cercana al Derecho penal podríamos recordar lo dicho por Beccaria: "Las leyes son las condiciones con arreglo a las cuales los hombres, naturalmente indepen-

<sup>7</sup> Cicerón, *Sobre la república*, I, 24, p. 62. «*Populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus*».

<sup>8</sup> «*La première marque du prince souverain c'est la puissance de donner loi à tous en général et à chacun en particulier, qui est incommunicable aux sujets ... sous cette même puissance de donner et casser la loi sont compris tous les autres droits et marques de souveraineté ... comme décerner la guerre ou faire la paix; connaître en dernier ressort des jugements de tous magistrats; instituer et destituer les plus grands officiers; imposer ou exempter les sujets de charges et subsides; octroyer grâces et dispenses contre la rigueur des lois; hausser o baisser le titre, valeur et pied des monnaies ...*» (Bodin, *Les six livres de la République*, Libro I, Capítulo 11).

<sup>9</sup> Locke, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, p. 35.



dientes, se unieron en sociedad. Cansados de vivir en perpetuo estado de guerra y de gozar de una libertad que, a causa de su incierta duración, era de escaso valor, sacrificaron una parte de ella para disfrutar del resto en paz y seguridad. La suma de todas esas porciones de la libertad de cada individuo constituyó la soberanía de la Nación y fue confiada a la custodia del soberano, como legítimo administrador. Pero no bastaba simplemente con establecer esa custodia, sino que también era necesario defender la libertad de la usurpación de todos los individuos que siempre tratarían de quitar a la masa su propia porción y de menoscabar la de los demás. Por lo tanto, se necesitaban remedios perfectamente visibles para impedir que el despotismo de cada persona sumergiese a la sociedad en el caos en que antes había estado. Esos remedios son las penas establecidas para quienes violan las leyes ...”<sup>10</sup>

Aquí se percibe la relación estrecha entre la escuela clásica del Derecho penal y de la criminología con la filosofía política de su época, ya que la preocupación teórica no se centra en el análisis de las causas o motivaciones del delito como si fuera un hecho natural, autónomo y espontáneo sino, más bien, en construir una fundamentación de la potestad punitiva del Estado y, en función de ello, un concepto del delito y de la necesaria y adecuada respuesta social.

Este discurso sobre el Derecho penal también es un discurso explícito sobre el orden social; la justificación de la pena es política.

Obsérvese que lejos de esta justificación política de la pena se ubican los defensores de la “mano dura”, la “tolerancia cero” y demás variantes del populismo patibulario, que no pueden comprender que el crimen siempre es un atentado contra la libertad de los otros y, en definitiva, contra los derechos humanos, por lo que no puede ser combatido con otro crimen o con menos derechos.

Las hilachas que muestra la vida cotidiana no se pueden ocultar en la teoría; la “tolerancia cero” supone tolerancia, es decir, parte de aceptar que pueden existir criterios de elasticidad en la aplicación de la ley, obviamente, discrecionales.

<sup>10</sup> Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas*, ps. 5 y 6, citado por Taylor - Walton - Young, *La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada*, p. 19.

El párrafo transcrito de Beccaria es famoso, pero contiene una afirmación tan obvia que hace pasar casi desapercibida su importancia. Se trata de la idea de las leyes como condición de la unión de los hombres en sociedad, es decir, de la ley como condición de la inclusión social o, dicho en términos sociológicos, de la ley como instrumento de la integración social.

No se trata sólo de un concepto de la teoría sociológica, sino del resultado de un proceso histórico. *Aequare leges omnibus* (hacer las leyes iguales para todos) era un antiquísimo principio del Derecho, que fue la enseña de las luchas que la plebe condujo en Roma desde la época arcaica, e inspiró la acción de los movimientos populares hasta la plena secularización del Derecho y de la jurisprudencia. Hablamos de la secularización del Derecho, porque en esa época arcaica la jurisprudencia era monopolio del colegio de pontífices. Recién un plebiscito<sup>11</sup> del 300 a. C., fuertemente resistido por los patricios, permite que en el 257 se encontrara un plebeyo entre ellos<sup>12</sup>.

No es diferente el sentido de todas las luchas para limitar el poder, desde la Carta Magna, el *Bill of Rights*, las Declaraciones Universales de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, dan cuenta de limitaciones al poder feudal, revoluciones burguesas, procesos de unificación nacional, etcétera.

Es decir, hablamos de integración social y de incluido en referencia a quien es alcanzado y obtiene su identidad social por mediación de la ley<sup>13</sup>. Por el contrario, será excluido quien no goza de la protección de las leyes. Habitualmente se analiza la exclusión social desde un esquema teórico que define como tal a quien se encuentra por debajo de un coeficiente conformado por una serie de valores sobre ingresos, actividad laboral, vivienda, educación, etcétera. Sin embargo, la experiencia cotidiana nos señala que, antes que nada, los excluidos son aquellos a quienes el Estado sólo llega como policía.

<sup>11</sup> El concepto proviene de una expresión latina construida a partir de *plebs, plebis*, la plebe, y *cito, citas, citare*, que significa convocar. El tribuno de la plebe la convocaba para conocer su opinión.

<sup>12</sup> Véase De Martino, “Certeza del diritto in Roma antica”, en *Diritto economia e società nel mondo romano*, ps. 423 a 450.

<sup>13</sup> Es persona porque es un centro de imputación de normas y no a la inversa.

c — *El Derecho como la institución de la vida.*

«*Vitam instituere*», el «*ars iuris*»

La idea de que la ley instituye, en el sentido de otorgar identidad, tiene raíces muy antiguas. La fórmula *vitam instituere* (instituir la vida) que, en palabras de Legendre<sup>14</sup>, condensa el poder de evocación del concepto de institución, es una expresión que pertenece a la larga tradición del Derecho romano y que se hace eco de fórmulas clásicas, en el sentido de establecer u ordenar la vida<sup>15</sup>.

En el ámbito estrictamente jurídico se reconoce su origen en un fragmento de Marcio<sup>16</sup>, del Libro I de sus *Instituciones*, quien cita un pasaje de Demóstenes referido al pacto común de la ciudad, donde la función de la ley es la de ordenar la vida de los ciudadanos. Tal es el sentido de la expresión “instituir”.

“*Vitam instituere*, literalmente: instituir la vida. Esta fórmula sobrecogedora fue acuñada por el Derecho romano, ‘momento inaugural’ del Derecho occidental. Instituir la vida es instituir la subjetividad. Instituir la subjetividad significa fabricar el dispositivo jurídico destinado a tomar el sujeto a su cargo. No hay otro sujeto que el instituido. Instituir significa poner los límites como efecto de normatividad jurídica. Estamos, entonces, ante una dimensión antropológica mayor que bien puede calificarse como la dimensión jurídica de la vida. El Derecho no es algo que la vida humana pueda o no contener, sino que es una de las vertientes de su constitución como tal”<sup>17</sup>.

“*Vitam instituere* comporta, simultáneamente, la alusión al principio político (el Poder) y al edificio de normas jurídicas que en la sociedad —como enseña Legendre— cumplen la ‘función general antropológica’: hacer nacer al ser humano, hacerlo vivir y acompañarlo hasta su muerte”<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> Legendre, “Apostille-Sur la formule *vitam instituere*”, en *Sur la question dogmatique en Occident*, ps. 106 a 108.

<sup>15</sup> Cicerón, *De finibus*, 4, 17 (“*veterum philosophorum praeceptis instituta vita*”) y Salustio, *De coniuratione Catilinae*, 31, 7 (“*ita se ab adolescentia vitam instituisse*”).

<sup>16</sup> Jurisconsulto del siglo III.

<sup>17</sup> Legendre, “Apostille-Sur la formule *vitam instituere*”, en *Sur la question dogmatique en Occident*, ps. 106 a 108.

<sup>18</sup> Legendre, “Apostille-Sur la formule *vitam instituere*”, en *Sur la question dogmatique en Occident*, ps. 106 a 108.

“El Derecho es el ámbito de la condición humana instituida. Es precisamente la ley la que marca al sujeto y lo ubica en el orden jurídico-institucional. Ya Aristóteles decía ‘quien ... carece de ciudad está por debajo o por encima de lo que es el hombre’ (*Política*)”<sup>19</sup>.

Con estas ideas se vincula el concepto del *ars iuris*, es decir, del Derecho concebido en el sentido de ordenar el mundo con palabras.

La idea del Derecho como el ordenamiento y la institución de la vida social a través de las palabras exige en éstas determinadas condiciones. Para que una sociedad alcance alguna persistencia en el tiempo requiere justicia, es decir, que cada uno obtenga de esa asociación el reconocimiento de lo que le corresponde y le sea reconocido. Es la idea de “dar a cada uno lo suyo”. Requiere, asimismo, la verdad: el lenguaje que expresa y hace operativa esta asociación entre los hombres y sus fines debe estar de acuerdo con la realidad de los hechos.

Una es condición de la otra. No puede haber una explicación verdadera que no haga referencia a la justicia y no puede haber justicia sobre palabras no verdaderas. De modo tal que la verdad en las palabras es condición del orden y el orden condición de la verdad, de una verdad legal y honrada como tal, de lo que es dicho porque es lo que debe ser dicho<sup>20</sup>. Se trata de la palabra y de la verdad necesaria.

El Derecho y la ley son palabras que ordenan la vida, de tal modo que esta condición del lenguaje en su dimensión institucional es el elemento central a través del cual se vincula la justicia con la verdad.

d — *La idea del Derecho como herramienta de clase*

Aunque contiene momentos de verdad, el argumento del Derecho burgués como herramienta de clase que responde exclusivamente a la necesidad de explotar al proletariado es un prejuicio muy difundido y tal vez un poco unilateral. El desarrollo de la burguesía requería un Derecho organizado como la ley del más débil —situación del burgués— para enfrentar a los poderosos. De este proceso histórico sur-

<sup>19</sup> Kozicki, *¿La vida o la bolsa?*, LL, ejemplar del 23/2/99.

<sup>20</sup> Que no es lo mismo que andar diciendo verdades todo el tiempo. Véase Croce, “*Di-re la verità*”, en *Etica e politica*, a cura de Giuseppe Galasso, p. 45.

ge la afirmación de las libertades individuales, de los derechos individuales, los derechos humanos, el derecho a la rebelión, etcétera<sup>21</sup>.

El concepto de derechos fundamentales coincide puntualmente con la idea de Beccaria, porque resultan ser fundamentales los derechos que se consideran como el fundamento —piénsese en fundacional— de la pertenencia de los individuos a la sociedad. Normalmente tenemos el reflejo de suponer que estos derechos son fundamentales simplemente porque son importantes, ya que están referidos a bienes considerados como imprescindibles para la vida humana. Pero, invirtiendo el razonamiento, también podemos decir que el fundamento —en el sentido de aportarle finalidad— de la unión de los hombres en sociedad es la defensa de estos derechos. Es decir, la sociedad existe para sostener estos derechos<sup>22</sup> y esta idea se sustenta en el concepto de que estos derechos son patrimonio de los hombres por el solo hecho de serlo.

Resumiendo, el concepto del Derecho como herramienta de clase puede sostenerse respecto del mundo burgués, pero recordando que uno de sus elementos centrales es la idea, profundamente burguesa, de que el que atenta contra los derechos ajenos (y el poderoso viene incluido aquí), sólo puede ser limitado mediante la ley, que lo coloca en igualdad de condiciones a los demás hombres frente al poder del Estado. Esta afirmación sorprendente, no es sólo un enunciado intelectual, proviene del proceso histórico del cual surge el criterio de igualdad ante la ley, que la burguesía intenta garantizar no sólo bajo las declaraciones históricas de igualdad de los hombres<sup>23</sup> sino también bajo dos criterios instrumentales, los requisitos de abstracción y generalidad de la ley.

Sin embargo, el conflicto queda subyacente en la sociedad. Esta constitución de la sociedad postula alcances igualitarios de la ley en la esfera de lo público, pero desaparece el elemento de equidad en la

<sup>21</sup> Estos temas están excelentemente tratados en Ferrajoli, "Derechos y garantías. La ley del más débil", en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*; ídem, *El garantismo y la filosofía del derecho*. Véanse también Fioravanti, *Los derechos fundamentales y*, del mismo autor, *Constitución de la antigüedad a nuestros días*.

<sup>22</sup> Piénsese en el Preámbulo de nuestra Constitución.

<sup>23</sup> "Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano", etcétera.

sociedad civil —esfera de lo privado— en la cual se genera y reproduce la desigualdad. El pase mágico está en que la igualdad ante la ley coloca como formalmente iguales a quienes son desiguales en la realidad y, como siempre, allí pierden los débiles<sup>24</sup>.

#### e — El tema del Código Penal: crimen y castigo

Un repaso histórico demuestra que el castigo es la única respuesta que la sociedad ha elaborado frente al crimen. "La pena que le corresponde, la pena adecuada": a cada crimen le corresponde una pena y sólo una —la suya, la pena que le (a él, a ese crimen en concreto) corresponde— y viceversa, que no hay pena sin un crimen previo que la haya desencadenado. Recuérdese que las penas sólo son el remedio que la sociedad pone frente al despotismo individual de aquel que no cumple con la ley, agrediendo la libertad de los otros. Nuevamente aparece aquí la ley establecida como condición de la integración social<sup>25</sup>.

De modo tal que el núcleo del tema deriva de esa tensión, a veces misteriosa, creada entre los términos de crimen y castigo, delito y pena. También hay una fórmula de aceptación casi universal, que indica que la pena debe ser proporcionada al crimen que la motiva, inmediata al crimen que la desencadena, e inexorable, en el sentido de que no puede haber un crimen sin castigo.

Pero como respuesta violenta, la pena no puede reparar; sólo intimida, porque es un castigo. En esta ecuación radica el fracaso manifiesto de la prisión, que sólo tendría sentido a partir del supuesto, como en el siglo XVIII, de que hay algo en el detenido que la prisión puede reparar en un tiempo determinado. Sólo se trata entonces de una venganza impuesta públicamente, pero venganza al fin. Este escenario erige al sistema penal en protagonista de la administración de

<sup>24</sup> Un ejemplo sencillo es comparar las posibilidades de defensa en juicio de un delincuente de cuello blanco y un asaltante callejero, lo cual no significa caer en la trampa de pensar que esto transforma al último en una buena persona.

<sup>25</sup> "... Remedios perfectamente visibles para impedir que el despotismo de cada persona sumergiese a la sociedad en el caos en que antes había estado. Esos remedios son las penas ..." (Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas*, citado por Taylor - Walton - Young, *La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada*, p. 19).

la violencia pública, es decir, de la justicia como ejercicio de una venganza expropiada a la víctima. Recuérdese que la venganza privada de la Edad Media era una institución basada en el reconocimiento del linaje como eje de las relaciones sociales. La sangre, la familia, eran el fundamento, porque la familia era la base de la organización social, la unidad productiva y también era familiar el modo de ejercer el poder y resolver los conflictos políticos.

De tal modo, la ofensa recaía sobre el linaje y el derecho y la obligación de castigar era puesta en cabeza del linaje agraviado, sin intervención del poder político ni de terceros.

La aparición histórica y el concepto de individuo como fundamento de las relaciones sociales con el surgimiento del trabajo asalariado, el crecimiento del poder real, el absolutismo y el desarrollo de los Estados nacionales constituyen el núcleo del proceso a través del cual el poder político va expropiando el primitivo derecho a la venganza y se va creando la figura del Estado como el monopolista de la violencia legítima. Pero tampoco debemos enamorarnos de este concepto, porque el linaje también tenía un monopolio reconocido sobre aquella violencia, que también era legítima.

— § 2 —

**EL POPULISMO PATIBULARIO, O DE COMO UNA SOCIEDAD  
QUE TERMINO CON LA SEGURIDAD DEL DERECHO,  
AHORA RECLAMA EL DERECHO A LA SEGURIDAD**

*a — El discurso represivo y la impunidad*

Por estos días presenciamos un generalizado reclamo represivo, que tiene un sesgo claro, ya que identifica como potencialmente peligrosos sólo a los sectores más pobres y vulnerables de la sociedad. Es difícil contestar a ello, porque no hay respuesta frente a las víctimas, el dolor y lo irreparable y no hay víctimas buenas o malas.

Pero este reclamo sólo es represivo; no considera por qué es más insegura la Argentina, ni el hecho de que no han sido los pobres los culpables de ello, sino el proceso de destrucción del Estado y de la sociedad civil, logrado a través de la ilegalidad del poder y la corrupción, y la institución de la valorización financiera como eje de la vida

social y económica, con su secuela de desocupación y deterioro de las condiciones de vida, salud, educación, seguridad social y ciudadana.

Las autoridades se hacen rápido eco del populismo patibulario, porque presumen que la sensibilidad frente al problema les otorga popularidad entre las clases medias. Así es que se han perpetrado reiteradas reformas contra el Código Penal. No se vincula la inseguridad con los atentados a las instituciones democráticas, el terrorismo de Estado, una inexplicada deuda externa, la delincuencia económica y de cuello blanco, los delitos favorecidos o encubiertos desde el Estado, como el "corralito", el contrabando de armas, el megacanje, los atentados de la embajada de Israel y la AMIA, las coimas en el Senado para dictar una ley de flexibilización laboral, el uso reiterado del crimen organizado para ajustar cuentas políticas, puesto de manifiesto a través de homicidios resonantes, pero siempre irresueltos, el otorgamiento indebido de facultades extraordinarias al Poder Ejecutivo, etcétera.

Se reclama entonces un hipotético y difuso derecho a la seguridad, sin reconocer que ello —como señalara Baratta<sup>26</sup>— implica y hace previamente necesaria la seguridad del Derecho, ya que ambos conceptos son términos mutuamente mediados, en el sentido de que cada uno supone y requiere la existencia del otro para su realización.

Cuando el Estado renuncia a proveer justicia, seguridad, educación y salud, el ciudadano común está excluido. Esta exclusión significa que esos derechos han dejado de existir, que no son generalizables y que han devenido un privilegio, por demás incierto, de algunos. Ya no estamos asociados para tener esos derechos. La certeza de la ley ha pasado a ser un bien privado, de modo tal que se plantea una seguridad sólo posible al margen de la ley, colocándose la inseguridad en cabeza de los excluidos y el exceso en manos de los defensores de las víctimas.

Se dirá que el Estado no está para dar trabajo. Es cierto, para eso está el mercado. Pero el Estado debe garantizar la equidad en las relaciones laborales, la seguridad ciudadana y la seguridad social, y las mayores víctimas de la inseguridad son los pobres. Si el Estado no

<sup>26</sup> Cfr. Baratta, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*.

puede aportar seguridad, ni el mercado.—la sociedad civil— trabajo, ¿para qué sirve —asociarse— la sociedad?

De modo tal que la certeza del Derecho, que también es la garantía contra la impunidad, es el presupuesto de la igualdad de condiciones de los ciudadanos en el ordenamiento de una Nación. Por esa razón, el reconocimiento de este principio fue reiteradamente reivindicado por movimientos políticos que expresaban las aspiraciones de las clases populares. **Se ha perdido de vista que la exclusión es lo opuesto a la certeza del Derecho.** Ello se ha hecho posible, entre otras cosas, porque se ha generalizado una interpretación del concepto de exclusión como de mera carencia económica, lo que ciertamente no es independiente de la protección de la ley, aunque a primera vista lo parezca.

Así es que sólo se piensa en el excluido en cuanto pobre o carenciado de bienes económicos y, de ese modo, se cierra el argumento, porque se intenta entregarle por vía de la beneficencia y de la caridad los bienes a los que debería tener derecho en cuanto ciudadano y por el solo hecho de serlo. De esta manera, el remedio profundiza la enfermedad, que es la carencia de las condiciones de la ciudadanía.

Pero, en el fondo, se trata de un país sórdido en el cual está instalada la determinación por construir una sociedad sin verdad ni justicia, e ignorar la relación entre crimen y poder político. Desde el punto de vista de la sociedad, sólo hace falta recordar el “corralito” y sus antecedentes; un Congreso que garantizó lo que se derogó dos meses después, y un capitalismo que intenta reiteradamente funcionar sin respetar el derecho de propiedad y logra que el Estado lo respalde contra los intereses del público. No hace falta demostrar nada más, todo ello se acredita con la reiterada aparición de hechos de la política en la crónica policial y la existencia de numerosas investigaciones criminales en las que están involucrados funcionarios públicos, empresarios y políticos.

De modo que tiene sentido aquí hablar de crimen e impunidad, porque se trata de una impunidad construida. Se trata de la impunidad como garantía para la utilización sin consecuencias del delito como instrumento de políticas que no serían posibles por medios legales.

Las ciencias sociales tienen la deuda de establecer cuáles han sido las relaciones entre el crimen, la economía y la política, y el impacto que han tenido sobre la sociedad civil los procesos de representación política y el Estado.

*b — Las relaciones de funcionalidad entre las formas rentísticas del capitalismo aventurero, y la ilegalidad del poder y las formas de crimen organizado vinculadas a la política*

Hay relaciones de funcionalidad entre las formas rentísticas instauradas a partir de 1976, propias del capitalismo aventurero y no innovador, y un proceso más profundo, aunque menos perceptible de ilegalidad del poder, que fue necesario para llevarlas adelante, lo que también determinó la aparición de formas de crimen organizado vinculadas a la política.

Utilizamos el concepto de “capitalismo aventurero” en el sentido de Weber, como capitalismo sin ley, opuesto al racional<sup>27</sup>. El capitalismo racional requiere el cálculo económico y un Derecho previsible que regule las conductas de los actores sociales. Utilizamos el concepto de renta de Ricardo<sup>28</sup>, una mera creación de valor nominal, que

<sup>27</sup> “Para nosotros, un acto de economía ‘capitalista’ significa un acto que descansa en la expectativa de una ganancia debida al juego de recíprocas probabilidades de cambio; es decir, en probabilidades (formalmente) pacíficas de lucro” (Weber, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, p. 9). “La índole racional del Derecho y la administración, pues el moderno capitalismo industrial racional necesita tanto de los medios técnicos de cálculo del trabajo, como de un Derecho previsible y una administración guiada por reglas formales; sin esto, es posible el capitalismo aventurero, comercial y especulador, y toda suerte de capitalismo político, pero es imposible la industria racional privada con capital fijo y cálculo seguro. Pues bien, sólo el Occidente ha puesto a disposición de la vida económica un Derecho y una administración dotados de esta perfección formal técnico-jurídica” (ps. 15 y 16).

<sup>28</sup> “... Sin embargo, me parece que nuestro autor (el señor Malthus) ha caído en algunos errores que su autoridad hace más necesario dilucidar, si bien su característica sinceridad convierte nuestra tarea en desagradable. Uno de estos errores reside en suponer que la renta es una ganancia líquida y constituye una nueva creación de riqueza. Yo no admito todas las opiniones del señor Buchanan acerca de la renta, pero concuerdo completamente con las que expresa en el siguiente pasaje, que cita de su obra el señor Malthus, y, por lo tanto, debo disentir de los comentarios que el señor Malthus hace acerca de ellas ... En este sentido ésta (la renta) no constituye adición general al capital de la comunidad, pues el excedente neto en cuestión no es sino un ingreso transferido de una clase a otra, y de la simple circunstancia de que cambie así de manos es claro que no puede resultar ningún fondo del cual se paguen impuestos. El ingreso que se paga por el producto de la tierra existe ya en manos de quienes compran esa producción, y aunque el precio de subsistencia fuera más bajo, todavía permanecería en sus manos, en donde sería tan posible gravarlo como cuando, por un precio más alto, es transferido al terrateniente ... sólo tengo que añadir que la renta es una creación de valor, tal como yo entiendo esa palabra, pero no una creación de riqueza ... Ahora bien, este valor es, desde

supone una transferencia de ingresos entre clases sociales, sin la correlativa creación social de riqueza. Desde el punto de vista de las transformaciones sociales que acarrea, ello supone la sustitución de una cultura de trabajo por una cultura de renta, basada en la valorización financiera.

Basualdo ha dicho que: "... La dictadura militar que comienza en 1976 rompe el comportamiento económico y social que regía el funcionamiento de la sociedad argentina. Hasta ese momento, la producción industrial era el eje fundamental de su dinámica económica. Se trataba de una industria orientada al mercado interno con un significativo grado de concentración económica donde el capital extranjero era predominante ... La dictadura interrumpe la industrialización sustitutiva e impone un nuevo comportamiento económico y social basado en la valorización financiera. No se trata únicamente de la enorme rentabilidad que obtienen los bancos, sino también de la renta financiera que perciben los capitales oligopólicos líderes en las restantes actividades económicas, entre las que se cuenta la producción industrial, agropecuaria y, más recientemente, los servicios públicos privatizados. Esto es posible porque la tasa de interés supera la rentabilidad de las otras actividades económicas, se registra una notable concentración del ingreso y la deuda externa opera como una fenomenal masa de recursos pasibles de ser valorizados en la economía interna por parte del sector más concentrado del capital, sobre la base de las notables diferencias que presenta la tasa de interés interna respecto de las vigentes en el mercado financiero internacional"<sup>29</sup>.

luego, nominal, ya que no aumenta en nada la riqueza; es decir, los artículos de primera necesidad, las comodidades y los placeres de la sociedad. Tendremos precisamente la misma cantidad de mercancías y no más ... La renta es, entonces, una creación de valor, pero no una creación de riqueza; no añade nada a los recursos del país, no permite mantener flotas y ejércitos, pues el país tendría un mayor fondo disponible si sus tierras fueran de una mejor calidad y pudiera emplear el mismo capital sin generar una renta ... Debe admitirse, entonces, que el señor Sismondi y el señor Buchanan —pues las opiniones de ambos son sustancialmente las mismas— acertaron al considerar la renta como un valor puramente nominal, que no adiciona la riqueza nacional, sino que es simplemente una transferencia de valor, provechosa sólo para los terratenientes y proporcionalmente perjudicial para el consumidor" (Ricardo, *Principios de economía política y tributación*, p. 297 y siguientes).

<sup>29</sup> Basualdo, *Sistema político y modelo de acumulación en la Argentina*, p. 13.

De este fenómeno da cuenta un prolongado proceso de involución económica y de redistribución regresiva del ingreso, que se expresa en una cultura de "nuevos ricos" y la aparición de una peculiar categoría de empresario, cuyo beneficio proviene casi exclusivamente de una renta de privilegio obtenida del Estado.

La ilegalidad del poder se hace necesaria porque, en este escenario rentístico, el predominio en el mercado y el consiguiente beneficio de actores económicos exige hacer precarios los supuestos de la legalidad, la seguridad jurídica, la igualdad ante la ley, la previsibilidad y la confianza que requiere el funcionamiento de un mercado capitalista racional e innovador. El mero recuerdo del proceso privatizador nos exime de mayores ejemplos.

La "mano invisible" del mercado se asienta en procesos de cooperación, que sólo son posibles en el contexto de una interacción institucional repetida a lo largo del tiempo y que se funda en el ejercicio y el respeto de la legalidad. En ausencia de normas que regulen la vida social, sólo queda lugar para la violencia o el fraude.

Pero hay una segunda línea en la cual se establecen vínculos entre estos procesos y la crisis de un embrionario Estado de Derecho, lo que se expresa fundamentalmente en la pérdida de legitimidad de la democracia representativa, con el consiguiente descrédito de la política y los políticos.

El Estado, en tanto creación o artificio destinado a dotar de unidad política a un pueblo, se plantea modernamente bajo la forma del Estado constitucional de Derecho, sustentado sobre dos principios: el de la participación —de los ciudadanos—, referido a los términos en que todos y cada uno de ellos participa de los derechos y garantías fundamentales, y el principio de división de poderes.

En cuanto Estado de Derecho, el fin político del Estado se realiza mediante un sistema normativo. De modo tal que los derechos fundamentales, como vínculos sustanciales, están dictados y protegidos normativamente con un alcance universal que les permita alcanzar a todos los ciudadanos, quedando fuera de alcance de las decisiones de alguna mayoría circunstancial y del mercado.

Para que la finalidad política del Estado se alcance a través del imperio de la ley es necesario introducir en el concepto de ley ciertas cualidades. El Estado de Derecho presupone la soberanía de la ley, entendida de un modo determinado, dotada de varios requisitos. Uno de

ellos es que el legislador quede vinculado a su ley, para que ésta no sea arbitraria y se trate de una norma con ciertas propiedades: rectitud, razonabilidad, justicia, etcétera.

El debate ideológico que podría abrirse aquí puede ser obviado cuando se tiene en cuenta que todas estas propiedades presuponen y requieren que la ley tenga un carácter general y abstracto.

La relación entre el requisito de generalidad de la ley y el segundo principio del Estado de Derecho —la división de poderes—, se funda en la necesidad de separar el poder del Estado que legisla para la generalidad y el que la aplica en la particularidad.

Este escenario se vincula con nuestros argumentos anteriores en la medida en que, cuando la renta se origina en una decisión política que la transforma en renta de privilegio, la ley pierde su carácter general y, en consecuencia, se produce un uso ilegal del poder.

Pero también hay vínculos entre los modos de participación política, la ilegalidad del poder y la exclusión.

La corrupción, especialmente bajo la forma de la ilegalidad del poder, la exclusión y la impunidad son tres procesos paradigmáticos de la particular construcción de las relaciones sociales y políticas en la Argentina, donde la ley, en lugar de marcar los términos de inclusión de los ciudadanos en la sociedad, se ha transformado en la herramienta o el modo en el que se alcanza, se manifiesta y se consolida dicha exclusión.

No es posible considerarlos separadamente, como si sólo se tratara de fenómenos que coinciden casualmente en un mismo tiempo y espacio. Impunidad, ilegalidad del poder y exclusión social son los modos distintos en expresión y modalidades, pero homólogos en significación y consecuencias, en los que los procesos de utilización privada o particular de la ley, que es por naturaleza pública, y la correlativa exclusión de la ciudadanía en su producción y efectos, se manifiesta en las sociedades latinoamericanas.

No interesa aquí entrar en análisis fenomenológicos, que por otra parte abundan. Parece más importante poner de manifiesto un aspecto común a todos y al que generalmente se le presta poca atención. La corrupción del funcionario es la utilización del espacio público (del pueblo, de todos) con una finalidad y en beneficio de los intereses de un actor privado, que lo corrompe para monopolizar el uso de sus funciones y privar a la colectividad del derecho a su utilización. Dicho

más sencillamente: la corrupción es el acto de ocupar privadamente el espacio público o de usar las decisiones públicas en beneficio privado y excluir de estos ámbitos al público, es decir, al pueblo soberano.

Bajo la forma de ilegalidad del poder, la corrupción no es un fenómeno circunstancial; resulta funcional al establecimiento de una economía de renta, en el aludido sentido de creación de valor nominal y transferencia de ingresos entre sectores sociales, sin creación de riqueza. De modo tal que es un factor importante en los procesos de concentración del ingreso.

De manera invertida, pero concurrente, la exclusión implica un impedimento insalvable para ejercer la titularidad de los derechos fundamentales, a cuyo reconocimiento y preservación está destinado el espacio público. No se trata solamente de un nivel grosero de pobreza y de ruptura de los lazos sociales, sino del hecho de que vastos sectores de la población quedan fuera de la ley y privados de los derechos que les corresponden como ciudadanos. Si el Estado no quiere o no puede proveer seguridad física, ni justicia, ni salud, ni educación, ni tutelar la propiedad privada, no existe motivo alguno para que los hombres se asocien para formar parte de él.

La impunidad garantiza al autor y al resultado.

Una vez rotas las condiciones de asociación, que son las leyes, el Estado pierde sentido y desaparece la sociedad, en el concepto riguroso de asociación humana. La única relación con el Derecho que conservan los excluidos está dada por su posibilidad de ser alcanzados por un sistema penal a cuya formación son ajenos.

En síntesis, así como la corrupción es un modo de ilegalidad del poder destinado a excluir del beneficio de la ley al público en función de su utilización en beneficio privado, la exclusión consiste en la imposibilidad generalizada de obtener el reconocimiento de los derechos fundamentales por parte del Estado.

Por ello y al mismo tiempo, constituyen los disparadores empíricos más caracterizados de la crisis de legitimación del poder político; así, la ilegalidad del poder y la exclusión aparecen como la negación del Estado de Derecho y de la representación política y construyen una verdadera crisis de la legitimidad política.

El concepto de seguridad jurídica requiere la existencia de la ciudadanía. En sentido inverso, la destrucción de la ciudadanía también supone la de la sociedad civil y del mercado interno.

Parece demasiado pretender que el Derecho penal nos resuelva todo esto. Pero el reclamo tiene una ventaja: como el Derecho penal no puede, aumentamos las penas y todo podrá seguir como está ¡Qué lejos ha quedado Carrara!

Carrara manifiesta que: "Por lo tanto, debiendo ser el juicio penal el último instrumento de la tutela del derecho, es evidente que los ordenamientos procesales tienen que ser adecuados para un doble servicio: esto es, para la tutela del derecho que tienen los buenos al castigo del culpable, y para la tutela del derecho que tiene el procesado de no ser sometido a castigo sin deméritos, o más allá de la justa medida de sus deméritos ... De aquí nace la dificultad máxima para quien debe dictar reglas de procedimiento penal; la dificultad, quiero decir, de conciliar la tutela del derecho en el acusado con la tutela del derecho en los coasociados"<sup>30</sup>.

El mismo autor aclara con una nota al pie: "En el conflicto entre estas dos necesidades ¿cuál debe prevalecer? Sin duda que debe prevalecer la de tutelar el derecho del acusado. Y la razón cardinal de semejante respuesta es palpable: porque si se viola el derecho en daño del acusado se causa un daño cierto y positivo: la condena del inocente. Mientras que si, prefiriéndose la absolución en el caso de duda, se ha (frente a la verdad desconocida) violado el derecho que tengan los coasociados al castigo del culpable, no se ha producido nada más que un mero peligro. De esta manera, la diferencia entre una u otra consecuencia es precisamente la que intercede entre afrontar un mal y afrontar un peligro. Además, al mal real de la condena del inocente se une un doble peligro, también para los coasociados, esto es: 1º) el peligro de que el verdadero culpable que ha quedado impune se sienta incitado a nuevas lesiones del derecho; 2º) el peligro que cada uno experimenta de ser, a su vez, víctima de un error judicial; por lo cual, los ciudadanos hesitan entre el temor a la delincuencia y el temor a las aberraciones judiciales, y se sienten cada vez menos seguros, y la justicia se vuelve antipática".

Continúa diciendo: "Hoy en día, nadie osaría impugnar a cara descubierta esta verdad. Pero, sin embargo, las tradiciones de la anti-

<sup>30</sup> Carrara, *Programa del curso de derecho criminal dictado en la Real Universidad de Pisa*, § 816, p. 190.

gua barbarie hacen repetir, a veces también hoy, la blasfemia de que una sentencia absolutoria constituye un escándalo político<sup>31</sup>. El verdadero escándalo ocurriría si se viese a los tribunales condenar siempre, y se viera jueces a los cuales les pareciese que cometerían un pecado si absolviesen, y que temblasen como poseídos por la fiebre y suspirasen como ante un gran infortunio en el acto de firmar las absoluciones, sin temblar ni suspirar al firmar las condenas. Sería un verdadero escándalo, porque con esto se arraigaría profundamente en el pueblo la idea funesta de que los jueces criminales ocupan su sitial para condenar y no para administrar justicia imparcial. Esto mataría toda fe en la justicia humana, demostrando que la razón de la condena no es el hecho de haber sido declarado culpable, sino el de haber sido acusado. Las sentencias absolutorias reafirman en los ciudadanos la opinión de la propia seguridad, mientras que, por el contrario, las condenas recaídas sobre la base de argumentos falaces, generan, en quien reflexiona, un sentimiento de peligro mucho más pavoroso de lo que es la impunidad de un culpable. El deseo de ver siempre condenado, que algunos acarician de manera que constituye una verdadera monomanía, es una aberración de la razón penal, es un insulto a la humanidad, así como es una irreverencia a la magistratura lamentar las absoluciones"<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> Recuérdese la repercusión pública de la sentencia recaída en el caso de la AMIA.

<sup>32</sup> Carrara, *Programa del curso de derecho criminal dictado en la Real Universidad de Pisa*, § 816, p. 190.



... de la reserva de jurisdicción... el principio acusatorio... la etapa de ejecución de la pena... el rol del juez... el rol del defensor... el rol de la víctima... el rol de la sociedad...

ARTÍCULO 170.º

En el presente artículo se establece... el principio acusatorio... la etapa de ejecución de la pena... el rol del juez... el rol del defensor... el rol de la víctima... el rol de la sociedad...

\* Trabajo elaborado por ANDRES HARFUCH, profesor adjunto de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad de Buenos Aires; defensor oficial general de San Martín. ROLANDO VELA, abogado; miembro de la carrera docente del Departamento de Derecho Penal y Criminología, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. DURGA ANGULO, prosecretaria de la Defensoría General de San Martín; miembro de la carrera docente del Departamento de Derecho Penal y Criminología, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

Capítulo VI  
La vigencia del principio acusatorio  
en la etapa de ejecución de la pena

*Observaciones críticas al fallo «Romero Cacharane» de la CSJN\**

\* Trabajo elaborado por ANDRES HARFUCH, profesor adjunto de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad de Buenos Aires; defensor oficial general de San Martín. ROLANDO VELA, abogado; miembro de la carrera docente del Departamento de Derecho Penal y Criminología, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. DURGA ANGULO, prosecretaria de la Defensoría General de San Martín; miembro de la carrera docente del Departamento de Derecho Penal y Criminología, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

INTRODUCCION

En 1928, Beling escribió lo siguiente: “La ejecución de la pena es esencialmente actividad de la justicia administrativa, y no es actividad judicial”<sup>1</sup>. Este paradigma ha cambiado completamente. Por ello, más de sesenta años después, Maier, en su no menos célebre obra, sostuvo: “La evolución, sin embargo, parece encaminarse hacia la judicialización de la ejecución penal”<sup>2</sup>.

Judicialización de la etapa de ejecución de la pena es vigencia plena del principio acusatorio. Sus lineamientos básicos: división clara de los roles de requerimiento y de decisión, imparcialidad del juez, función ejecutiva de la pena a cargo exclusivamente del fiscal<sup>3</sup>, plena

<sup>1</sup> Beling, *Tratado de derecho procesal penal*, p. 367.

<sup>2</sup> Cfr. Maier, *Derecho procesal penal*, 2ª ed., t. I, p. 82.

<sup>3</sup> Nada impide que la ley establezca otro actor para llevar adelante la función de ejecutar la pena. No necesariamente debe ser el Ministerio Público Fiscal. Hemos hecho referencia a él porque así lo establece el único modelo legislativo existente en el país (Código Procesal Penal del Chubut, al que nos referiremos más adelante) y a que ya existe la función del fiscal de ejecución penal. No obstante, el propio Beling sostiene que quien debe encargarse de la ejecución punitiva es el Ministerio Público: “Sin embargo, la Administración de justicia de los *Länder* (provincias) puede determinar que, en lugar del Ministerio Fiscal de los Tribunales de Primera Instancia, actúen fiscales de los Juzgados Municipales o los funcionarios de la secretaría o ... los jueces municipales” (*Tratado de derecho procesal penal*, p. 368).

vigencia del derecho de defensa del condenado, audiencia oral y pública, derecho al recurso y, a nuestro juicio, participación ciudadana<sup>4</sup>.

El trascendental fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Romero Cacharane"<sup>5</sup> marcó un importantísimo precedente, al afirmar la vigencia del principio de judicialización. Sin embargo, ¿asume el fallo todas las implicancias del principio acusatorio antes descriptas? Entendemos que el mismo todavía evidencia algunos déficit —que seguramente darán origen a otros pronunciamientos— que son fuente de gran parte del enorme problema carcelario argentino, cuya causa central —a nuestro modo de ver— es el modelo de concentración absoluta de poder del que goza la Administración en esta etapa. El mismo que detentaba el inquisidor medieval. El mismo poder absoluto alrededor del cual orbitan, al parecer sin encontrar todavía su verdadero rol, el Ministerio Público y el juez de ejecución.

El objetivo sintético de este trabajo es reafirmar que el principio de judicialización y el principio acusatorio son componentes inescindibles de la fase ejecutiva de la pena.

— § 2 —

**LA PROTECCION DEL DERECHO INTERNACIONAL  
Y DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES A LOS CONDENADOS**

Es cada vez más intensa la forma en que el derecho de los penados es tutelado merced al reconocimiento del control jurisdiccional. Comenzaron por intermedio de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, que desde 1994 son parte de nuestra Constitución Nacional, y siguieron con las sentencias que en su consecuencia fueron dictadas por los tribunales internacionales.

Para poner un solo ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sentó un precedente muy destacado, que es el caso

<sup>4</sup> En nuestra opinión, el juicio por jurados —en rigor técnico, la participación ciudadana— es consustancial al principio acusatorio. Formulado negativamente, no puede predicarse de acusatorio un determinado sistema de enjuiciamiento sin jurados.

<sup>5</sup> CSJN, 9/3/04, "Romero Cacharane, Hugo Alberto s/Ejecución penal", R. 230. XXXIV (véase *infra*, Apéndice).

"Campbell & Fell" del 28 de junio de 1984. Allí hubo un reconocimiento expreso, entre otros tópicos, al principio de judicialización de la ejecución de la pena. Expresaron los jueces europeos "que en el ámbito penitenciario hay razones de hecho y políticas que justifican un régimen disciplinario especial; por ejemplo, consideraciones de seguridad y de orden, necesidad de reprimir la mala conducta de los presos con toda la rapidez posible ... no obstante ... la justicia no puede detenerse a las puertas de las cárceles".

Es decir, el TEDH reconoce que en el ámbito carcelario es necesario un sistema sancionador, pero evidentemente debe haber un control jurisdiccional y que éste no puede renunciar a la salvaguarda de derechos fundamentales de los condenados.

Campbell y Fell eran dos militantes del IRA<sup>6</sup>, uno de ellos sacerdote, que estuvieron presos desde los años '70. Recién en el año 1984 se pronunció el TEDH. Si bien el fallo fue tomado como un pronunciamiento de la doctrina legal internacional sobre la independencia e imparcialidad de los jueces, su origen provenía de que tanto Campbell como Fell habían sido sustraídos de la jurisdicción durante toda su prisión y sujetos a la más grande cantidad de vejámenes posibles por parte de la Administración (entre otros, sanciones, traslados por distintos lugares, alejamiento de la familia y de cualquier ideal resocializador, falta de abogado defensor, de un procedimiento determinado, etcétera). El TEDH falló de acuerdo a la doctrina legal a la que ya hiciéramos referencia, recientemente adoptada por nuestra Corte Suprema de Justicia, tal cual veremos más adelante.

— § 3 —

**EVOLUCION NORMATIVA**

La ley 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, fue el resultado reglamentario del paradigma del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su recepción en nuestra Constitución Nacional en 1994. En esta perspectiva, el juez hoy en la Argentina es-

<sup>6</sup> Siglas del Ejército Republicano Irlandés (*Irish Republican Army*).

tá vinculado a esta nueva dimensión sustancial de la legalidad, ya no de la legalidad simplemente formal, que ha consagrado el ideal resocializador (art. 5º, inc. 6º, CADH).

La ley 24.660 asegura al preso un *determinado espacio que comprende un ámbito de litigio y un determinado ejercicio de derechos que está en permanente tensión*.

Lo que queremos resaltar es que el principio de judicialización y el principio acusatorio en esta fase son la variable de ajuste de esta inevitable tensión. De allí nuestra mirada crítica sobre la ley y el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Nuestra ley de ejecución penitenciaria 24.660 es una copia del modelo italiano, al cual Ferrajoli se ha encargado de pulverizar desde todos los puntos de vista. Particularmente, el gran autor italiano sostiene que la pena como acto estatal no tiene la misma certeza en su determinación. La pena se toma sobre el más puro arbitrio, sobre hechos no probados, sobre hechos indeterminados y es por eso que categóricamente afirma *que el funcionamiento del sistema de ejecución ni siquiera se soluciona con la participación judicial en la ejecución de la pena*<sup>7</sup>. “La reforma de la prisión se ha realizado al precio de su transformación en pena desigual, atípica e incierta y de la consiguiente disolución de las garantías de la pena. Es una sanción cuya naturaleza y medida no están vinculadas a presupuestos de hecho predeterminados legalmente y comprobados judicialmente, sino definidos discrecionalmente, poco importa si por la autoridad carcelaria o por el juez de ejecución”<sup>8</sup>.

— § 4 —

LAS GARANTIAS EN LA EJECUCION DE LA PENA

Resulta indiscutido que el principio de legalidad es la piedra fundamental del Derecho penal liberal. La formulación de este principio

<sup>7</sup> La misma idea es afirmada en el formidable trabajo de Christie, *Una sensata cantidad de delito*, p. 116.

<sup>8</sup> Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 721.

exige que no se agote una vez dictada la sentencia condenatoria, sino que debe comprender la fase de ejecución de la pena. En su correcta y completa interpretación debe decirse que no hay crimen ni pena sin ley previa. Expresa esto que la ley previa está vinculada no sólo con la descripción de la conducta prohibida, sino también con la pena. Cuando nos referimos a la pena aludimos tanto a su aspecto cuantitativo como cualitativo, es decir al *quantum* de la pena como a las condiciones de ejecución, ambos aspectos que, en mérito al principio de legalidad, deben estar fijados por una ley previa.

La ley penitenciaria viene a cumplir ese rol, que determina las condiciones a las cuales se tiene que ajustar el cumplimiento de la pena. Estas cuestiones son las abarcadas por el llamado principio de legalidad en la ejecución (legalidad ejecutiva).

Lamentablemente, más allá de la proclama del principio, en los hechos, la legalidad ejecutiva ha sido abandonada al dejar al arbitrio del servicio penitenciario las condiciones de encierro y, fundamentalmente, la aplicación de sanciones disciplinarias que inciden en el acceso a modalidades atenuadas de cumplimiento de la pena.

En la práctica puede ocurrir que entre dos personas condenadas a un mismo tiempo de encierro, merced al sistema de premios y castigos controlado por el servicio penitenciario, una de ellas alcance la libertad antes que la otra.

Por otro lado, la aplicación de castigos y otras sanciones —v. gr., el encierro en celdas de aislamiento, requisas vejatorias al preso y sus parientes— también modifica —y cómo— el modo en que se cumple la pena privativa de libertad.

Es evidente que no puede dejarse librado a la discrecionalidad de la Administración penitenciaria las condiciones cualitativas de cumplimiento de la pena de encierro. Si el principio de legalidad se extiende a la etapa del cumplimiento de la pena, esto nos lleva a concluir que se trata de la aplicación de Derecho penal material y, por lo tanto, exige el control judicial. La judicialización de la ejecución de la pena viene como corolario del principio de legalidad ejecutiva. Ahora bien, esto también demanda que la función jurisdiccional debe estar regulada con la consecuente aplicación de todo el sistema de garantías, tanto sustanciales como adjetivas, es decir, todas y cada una de las garantías involucradas en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal. Sintéticamente, el orden de progresión que encadena un

principio con otro es el que sigue: legalidad ejecutiva, judicialización y sistema acusatorio.

Por sobre todas las cosas, dentro de este esquema fuertemente acusatorio y adversarial, debe garantizarse en forma imperiosa el *derecho de defensa*. Sobre esto versa “Romero Cacharane”. Si es necesario, en función del art. 18 de la Const. Nacional, asegurar la vigencia del derecho de defensa en la etapa de la *instrucción, del juicio y del recurso*, más aún lo es en el momento donde se evidencia la coacción más violenta que puede ejercer el Estado sobre los individuos, esto es, el cumplimiento de la pena. El condenado tiene que tener la posibilidad de hacer valer sus derechos en la ejecución de la pena. Esto es una constante: por ejemplo, si hay determinadas condiciones de encierro, cualitativas y cuantitativas, que se deben respetar *por estar definidas de antemano en la ley*, es preciso brindar la posibilidad al condenado de exigir que el cumplimiento de la pena se adecúe a esa legalidad ejecutiva. Es decir, que se respeten las condiciones de ejecución que estaban previstas antes de la comisión del hecho por el cual resultó condenado. Estas y no otras son las que deben aplicarse al condenado, salvo, y esto en función del principio de ley penal más benigna aplicado a la ejecución, que resulten más beneficiosas para él.

Otro aspecto importante que se deriva del derecho de defensa —y del principio acusatorio— es la igualdad de armas. Si es fundamental en la etapa previa a la determinación de la pena, más aún es indispensable una vez dictada una sentencia condenatoria. Este principio debe ser robustecido para asegurar, entre otras cosas, que el condenado a una pena privativa de libertad tenga igualdad de condiciones para contradecir las infracciones que eventualmente le impute el Servicio Penitenciario durante el período de cumplimiento de la sentencia y que, en definitiva, pueden mejorar o empeorar el modo en que ejecuta la pena. En esto se debe garantizar, y ello como un derivado de la igualdad de armas, el acceso a la justicia, es decir, la posibilidad cierta de que el condenado tenga un remedio rápido, inmediato y directo. Nótese que la mayoría de los remedios procesales pasan por manos del sistema penitenciario.

El autor español Manzanares Samaniego, en relación con la situación en España, decía que todos los esfuerzos están centrados en la posibilidad de llegar a una sentencia justa, pero una vez que se arriba a ella, parece que el Derecho y todos sus operadores pierden sus

fuerzas y dejan librada la ejecución de la pena a la Administración<sup>9</sup>. Es ni más ni menos que la fuga del Poder Judicial. Allí es donde más aparece vulnerada y violentada la garantía del acceso a la justicia. Peor aún, cuando hablamos de la Administración nos referimos al Poder Ejecutivo, pero también en este nivel se produce una segunda huida de la pena, consumada cuando el poder civil de la Administración deja exclusivamente librada la ejecución de la misma a una fuerza de seguridad, el Servicio Penitenciario.

— § 5 —

#### EL FALLO «ROMERO CACHARANE» DE LA CORTE SUPREMA

Ahora bien, estas cuestiones del principio de legalidad ejecutiva, el acceso a la justicia, la vigencia del derecho de defensa, la aplicación de las garantías en la etapa de ejecución, fueron rápidamente objeto de sentencias de la Corte con su actual composición. En marzo de 2004, nuestro Máximo Tribunal se pronunció en la causa “Romero Cacharane”.

Los hechos que se relacionan con el caso indican que el Servicio Penitenciario de la provincia de Mendoza impone una sanción a un condenado consistente en el encierro durante quince días ininterrumpidos en una celda de aislamiento. La defensa interpone un recurso —intervención crucial del asistente técnico durante esta etapa— ante el juez de ejecución, que era precisamente uno de los jueces que había pronunciado la condena, pero esta vez en función de ejecución. Dicho juez confirma la sanción impuesta por el Servicio Penitenciario y se fundamenta en dos cuestiones. La defensa había alegado que, según el art. 91 de la ley 24.660, se le debía brindar al sancionado la posibilidad de efectuar su descargo y producir prueba en relación con la sanción que se le imputaba. El juez sostuvo que la provincia de Mendoza no se había adecuado todavía a los requerimientos de la ley 24.660, es decir, no había realizado las modificaciones necesarias para asegurar su vigencia, *por lo que las garantías en ella*

<sup>9</sup> Cfr. Manzanares Samaniego, “El juez de vigilancia penitenciaria”, en *Lecciones de derecho penitenciario*.

contenidas no podían resultar operativas. Por otro lado, y esto es lo que verdaderamente debe destacarse, afirmó que “el interno fue identificado por personal penitenciario como uno de los partícipes de los hechos juzgados, y que este elemento hacía que la sanción impuesta administrativamente fuera legal y oportuna”, con lo cual toma la prueba construida por el mismo organismo que impuso la sanción y sin contradicción alguna.

Contra el pronunciamiento del juez de ejecución, la defensa recurre en casación con fundamento en la inobservancia y errónea aplicación de la ley sustantiva 24.660 (art. 91) y por violación a las garantías de la defensa en juicio y debido proceso legal (arts. 18, Const. Nacional; 8º, ap. 2º, Convención Americana sobre Derechos Humanos), al homologar la sanción disciplinaria sin que el interno haya podido efectuar su descargo.

La Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal no abre la vía, entre otras cuestiones, alegando que “las acotadas cuestiones de naturaleza netamente jurídica que resuelve el juez de ejecución no estaban sujetas a embate casatorio a no ser que se encontraran vinculadas con el título ejecutivo de la condena (art. 491, Cód. Proc. Penal de la Nación)”.

La defensa de Romero Cacharane interpone recurso extraordinario, alegando que la Cámara Nacional de Casación Penal “realizó una interpretación distorsionada del art. 491 del Cód. Proc. Penal (que autoriza exclusivamente por medio del recurso de casación a revisar lo decidido por el juez de ejecución) a tal punto que lo derogó”. Agrega que lo resuelto supone denegación de justicia y, en consecuencia, la violación de la defensa en juicio y debido proceso legal que ampara la doble instancia, pues “... importa la sustracción de toda especie de revisión posterior ...” y “... la supresión de la función jurisdiccional de los magistrados en su más amplio alcance ...”. En los fundamentos del recurso de la defensa se puede claramente observar su intento por confirmar la vigencia del doble conforme también durante la etapa de ejecución, principio que se deriva del proceso de conocimiento previo a la sentencia condenatoria y que, indudablemente, debe tener aplicación plena en las sanciones que se pretendan imponer para modificar las condiciones cualitativas del cumplimiento de la pena.

Ante el rechazo del remedio federal, la defensa recurre a la Corte y ésta decide hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso

extraordinario y dejar sin efecto la sentencia apelada. En el considerando séptimo del voto de los doctores Zaffaroni y Maqueda, el tribunal señala que “resulta anacrónico distinguir entre cuestiones administrativas y netamente jurídicas”<sup>10</sup> y se preocupa por evidenciar que este tipo de interpretaciones provoca un debilitamiento de las garantías y del control jurisdiccional que se ven condicionados por el aumento de la discrecionalidad del Servicio Penitenciario.

En el mencionado voto se señala que las cuestiones traídas por la defensa estaban sometidas al control jurisdiccional y al doble conforme<sup>11</sup>. También es importante destacar que señalaron que “todo lo referente a la proporcionalidad de la sanción disciplinaria así como al procedimiento llevado a cabo para su imposición, constituían cuestiones vinculadas directamente con puntos regidos por nuestra Constitución, a la ley 24.660 y a las normas de Derecho internacional dentro de las cuales ésta se encuentra inserta por decisión del legislador al sancionarla”.

En el precedente citado no cabe duda que nuestro Máximo Tribunal de la Nación ha dejado claramente expresado que durante la etapa de ejecución rigen todas las garantías del Derecho penal como del Derecho procesal penal, si es que esta distinción pudiera hacerse. Prueba de ello es la afirmación en la que se postula que “uno de los principios que adquiere especial hábito dentro de las prisiones es el de legalidad, ello por cuanto la manera en que las autoridades penitenciarias le dan contenido concreto al cumplimiento de la pena dis-

<sup>10</sup> Los votantes señalan que “la negativa del *a quo* de habilitar la vía casatoria, con sustento en diferenciar cuestiones administrativas de cuestiones jurídicas responde a una concepción anacrónica de la ejecución de la pena en la que la relación de sujeción especial del condenado con el Estado se da dentro de un ámbito ‘administrativo’ donde no existe delimitación de derechos y obligaciones de modo que todo queda librado a la discrecionalidad del Estado” (Mapelli Caffarena, *Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario*, en “Revista de Estudios Penales y Criminológicos”, t. XVI, 1993, ps. 282/325, Universidad Santiago de Compostela, España). La concreción práctica de ese sistema se da con: a) restricciones a los derechos fundamentales de los reclusos; b) el ablandamiento del principio de legalidad en sede ejecutivo-penal-penitenciaria; y c) el debilitamiento del control jurisdiccional de la actividad administrativa (Rivera Beiras, *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría*, Cap. V, “El status jurídico de los reclusos”, ps. 333/369).

<sup>11</sup> Consid. 21 del voto de los doctores Zaffaroni y Maqueda.

puesta por la autoridad judicial y sus sucesivas alteraciones pueden implicar una modificación sustancial de la condena y, por lo tanto, queda a resguardo de aquella garantía”<sup>12</sup>.

En palabras de Eberhard Schmidt, el juez Petracchi señala que “la ejecución de la pena no es sino la realización del Derecho penal material y que la distinción entre cuestiones que hacen al ‘título ejecutivo de la condena’ y a la ‘forma de cumplimiento de la condena’ no tiene fundamento legal, desnaturaliza la judicialización de la pena y restringe indebidamente la vía recursiva”<sup>13</sup>. Petracchi agrega, ahora con apoyo en Ferrajoli<sup>14</sup>, que “a veces las decisiones de los jueces tienen que ver con cuestiones administrativas, pero ellas, en muchos casos, inciden en la determinación de las condiciones de encierro y, por lo tanto, en la determinación cualitativa o cuantitativa de la pena, y por ello son susceptibles de control casatorio”.

Por otra parte, el voto del juez Fayt es ponderable en cuanto expresa que el principio de judicialización de la pena, de alguna manera, “viene a desplazar, incluso, funciones que antes eran propias de la administración y que pasan a ser originarias y propias del juez de ejecución”<sup>15</sup>. Este voto es importante porque es el atisbo de lo que deberían ser los próximos fallos de la Corte sobre este tema, donde se robustece la idea que aquí propiciamos en cuanto a la plena vigencia de las garantías en la etapa de ejecución. Agrega Fayt que para lo único que está habilitado el Estado respecto de una persona condenada a una pena de encierro es a la privación de la libertad, pero bajo determinadas condiciones y en absoluto respeto de sus derechos fundamentales. Fayt agrega que “este control judicial permanente durante la etapa de ejecución tiene como forzoso consecuente que la vigencia de las garantías constitucionales del proceso penal se extienda hasta su agotamiento. En efecto, si la toma de decisión por parte de los jueces no se enmarca en un proceso respetuoso de las garantías constitucionales del Derecho penal formal y material, la ‘ju-

<sup>12</sup> Consid. 16 del voto de los doctores Zaffaroni y Maqueda.

<sup>13</sup> Conf. consids. 7° y 8° del voto del doctor Petracchi.

<sup>14</sup> Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 408.

<sup>15</sup> Conf. consid. 4° del voto del doctor Fayt.

dicialización’ se transforma en un concepto vacío de contenido, pues el control judicial deja de ser tal”<sup>16</sup>. Respecto al caso sometido a análisis, Fayt señala que el encierro en una celda de aislamiento provoca una modificación de las condiciones de ejecución de la pena, que altera la legalidad ejecutiva y funciona como una pena accesoria. Es claro que la pena determinada en sede judicial no se agota con el dictado de la sentencia sino que se determina a lo largo de un proceso que requiere del control jurisdiccional.

Los votos de los jueces Boggiano y Vázquez giran en torno a la necesidad de garantizar el doble conforme en la etapa de ejecución.

En definitiva, lo trascendente de este fallo es que la Corte Suprema empieza a tratar temas a los que antes no se avocaba por cuestiones formales y se pronuncia sobre la ejecución penal, entendiendo que es aplicación de Derecho penal material que requiere control judicial. Sin embargo, el principal déficit del fallo es que la Corte no ha profundizado sobre cuestiones que se desprenden naturalmente de lo que han votado, a saber, exigir la institución de un verdadero procedimiento de ejecución penal en donde se regulen las formas que deben observarse para asegurar las garantías de esta etapa<sup>17</sup>, a plantear el escenario en que éste debe desarrollarse y, finalmente, cuáles son los actores legitimados para obrar en él y si es necesario redefinir algunas funciones o crear otras. El fallo “Romero Cacharane” de la Corte Suprema debe ser visto como un puntapié inicial: es altamente positivo el reconocimiento de las garantías y la vigencia de los principios constitucionales en la etapa de ejecución de la pena, pero el riesgo de que todo quede en mera declamación es muy alto. En los hechos, y más allá de este pronunciamiento, tal como funciona actualmente la fase de ejecución de la pena —con un poder absoluto y discrecional del Servicio Penitenciario consagrado por la propia ley— el sistema continuará generando permanentes violaciones a los derechos fundamentales de las personas condenadas e indefensas. Esto requiere un cambio, y nuestro trabajo apunta a analizar aquellas condiciones que se necesitan para crear un escenario más propicio.

<sup>16</sup> Consid. 5° del voto del doctor Fayt.

<sup>17</sup> Cfr. Binder, *El incumplimiento de las formas procesales*. Allí el autor explica la función de garantía que cumplen las formas procesales.

## — § 6 —

**HACIA LA VIGENCIA DEL SISTEMA ACUSATORIO  
(EL AVANZADO MODELO  
DEL CODIGO PROCESAL PENAL DEL CHUBUT)**

Tal como lo han informado coincidentemente juristas como Roxin<sup>18</sup> y Maier<sup>19</sup>, el Derecho de ejecución penal nunca fue considerado una rama del Derecho procesal penal, tanto como del Derecho administrativo. Pero mientras nuestro Código Penal prevea un importante número de decisiones sobre la pena —para fijarla, suspenderla, transformarla o hacerla cesar— que deban emanar de los jueces, la aplicación de las normas del Derecho procesal penal es indiscutible<sup>20</sup>.

Es decir, el Derecho procesal penal está llamado a intervenir en la fase de la ejecución de la pena estableciendo, según lo sostiene Maier, “el tribunal competente para ello, el procedimiento para lograr la decisión, la clase y la forma de la decisión y la posibilidad eventual de su impugnación, con lo que se amplía el contenido antes descripto, que sólo corresponde al llamado proceso de conocimiento”<sup>21</sup>. Seamos conscientes que hablar de esto hoy en la Argentina parecería una especie de utopía, porque dentro de los muros lo único que realmente existe es el Servicio Penitenciario. Sin embargo, veremos el ejemplo del nuevo Código Procesal Penal de la provincia del Chubut, obra del doctor Maier.

Así como dentro del proceso de conocimiento podemos hablar de la división del poder —juez, fiscal y defensor— (incluso el mismo proceso está dividido en tres fases), es casi una quimera hablar de esto en la

<sup>18</sup> Roxin, *Derecho procesal penal*, p. 502: “Mientras que, habitualmente, la ejecución de la pena es considerada como (última) parte del procedimiento penal, la ejecución de la pena privativa de libertad está fuera del proceso penal”.

<sup>19</sup> Cfr. Maier, *Derecho procesal penal*, 2ª ed., t. I.

<sup>20</sup> Beling, *Tratado de derecho procesal penal*, p. 368 y ss., en donde, ya en 1928 (fecha original de la obra), enumera la cantidad de decisiones en esta etapa que deben ser resueltas por auto del tribunal de primera instancia y en audiencia pública. Entre nosotros, Maier (*Derecho procesal penal*, 2ª ed., t. I, p. 81) las señala: arts. 2º, párr. 2º, 10, 13, 20 ter, 21, 24, 25, 34, inc. 1º, 65, 68 y 69, Código Penal.

<sup>21</sup> Maier, *Derecho procesal penal*, 2ª ed., t. I, p. 82.

fase de ejecución, pero es un imperativo que debe extraerse de la plena vigencia de los pactos internacionales. Este es el estado de las doctrinas alemana e italiana dominantes sobre el punto, que no discuten ya la aplicación íntegra de todas las garantías del Derecho procesal penal y su forma de actuación en el área de la ejecución de la pena<sup>22</sup>.

Por supuesto que ésta no es un área de fácil delimitación, ya que se trata de un escenario de enorme tensión. El poder que tiene el Estado de ejecutar la pena es un poder de altísima intensidad, dado el nivel de afectaciones a derechos básicos de la persona que ello implica (separación por sexos, separación de la familia, de su medio social, castigos adicionales, etiquetamiento, etcétera). Muchas de estas afectaciones, las más de las veces, son irreversibles<sup>23</sup>. Las tensiones que existen entre el Poder Judicial y la Administración en esta fase, consecuentemente, son quizás las aristas más evidentes de la famosa dicotomía entre garantías civiles y defensa social. Se refleja esto claramente en el pronunciamiento de la Corte al que aludimos, que contradice fuertemente a aquellos jueces que aún sostienen que ciertas decisiones (sanciones, correctivos, traslados, calificaciones, cambios de régimen, etcétera) del Servicio Penitenciario *no integran el título ejecutivo de la pena*, eufemismo bajo el cual se esconde esta fuga desvergonzada a la que Salt llama *tendencia hacia la administrativización* de la faz de ejecución de la pena<sup>24</sup>. Por otro lado, es justo reconocer la decisión de muchos otros jueces y magistrados que siempre han reclamado para sí, no por decisión voluntaria propia, sino por una correcta lectura de la Constitución, esta fase de la ejecución punitiva.

Se define que la sentencia judicial de condena que impone una pena de reclusión o prisión o que dispone una medida de seguridad es el título legítimo mediante el cual el Poder Judicial pone a disposición de la Administración a una persona para que ésta ejecute todas sus consecuencias jurídicas<sup>25</sup>. Pero el Poder Judicial se reserva una im-

<sup>22</sup> Cfr. por todos —y citado por el juez Petracchi en su voto— Schmidt, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, p. 23 y siguientes. En Italia, Cordero, *Procedimiento penal*, p. 461.

<sup>23</sup> Christie, *Una sensata cantidad de delito*, p. 158.

<sup>24</sup> Salt, *Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina*, p. 261.

<sup>25</sup> Maier, *Derecho procesal penal*, 2ª ed., t. I, p. 82.



portante facultad, que es la de transformar, hacer cesar, suspender o modificar cualquiera de estas incidencias que inevitablemente sucederán dentro —quizás— de una etapa que, en caso de condenas largas, va a llevar muchísimos más años que el propio proceso de conocimiento. Sin embargo, el ejercicio práctico de las garantías se desvanece tras la sentencia firme y el escenario cambia dramáticamente: de un esquema de litigio con división tripartita de funciones (acusación, defensa, sentencia) se pasa sin más a otro escenario de absoluta concentración de poder que durará mucho más que el anterior. Trágica posición del imputado, ahora condenado. Los condenados a prisión de por vida, o a largas sanciones temporales, no pueden ser dejados en condiciones absolutamente jurídicas, como efectivamente lo es entregar a una fuerza de seguridad administrativa a una persona prácticamente por el resto de sus días, con intervenciones, casi diríamos, formales del juez<sup>26</sup>.

— § 7 —

**LOS DOS PARADIGMAS EN PUGNA:  
EL «BUEN INSPECTOR» VS. EL «ESPACIO DE LITIGIO»**

Como fue dicho antes, la Corte Suprema en “Romero Cacharane” sienta un precedente fundamental, pero necesitará de otros fallos para agotar todas las consecuencias posibles que supone el respeto al principio de judicialización de la pena. Existen dos modelos de control de ejecución de la pena, o mejor dicho, podemos imaginar dos modelos, por supuesto, descartando que la Administración tenga todo el poder en esta fase.

*a — Modelo 1*

Este primer paradigma es el llamado *buen inspector de cárceles*, es decir, la creación de un juez de ejecución que, para muchos autores, es suficiente para sostener que ya se ha judicializado la etapa. Es muy loable la creación de un juez de ejecución, quizás también distinto de aquél que dictó la sentencia después de un proceso de cono-

<sup>26</sup> Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas*, ps. 12 y 13.

cimiento para regular todas estas alternativas que van a darse en la etapa de la faz penitenciaria. Pero es un juez del cual puede predicarse que todavía tiene un tinte tutelar inquisitivo y que se mueve dentro del paradigma en el cual el juez es quien resuelve en su despacho —aun *de oficio* y en desmedro de la imparcialidad—, sin partes que confronten hechos entre sí, sin audiencia pública, sin prueba, sólo con un expediente plagado de papeles cargados de eufemismos y frases hechas, pero que periódicamente tiene que ir a la cárcel a inspeccionar en qué condiciones están los presos. Principio este último que es políticamente correcto y hasta una exigencia constitucional (art. 18, *in fine*, Const. Nacional). Pero sabemos no sólo que el Estado nunca va a disponer de la cantidad necesaria de jueces de ejecución como para controlar aquello que sucede tras los muros, sino que tampoco éste parece ser el único camino correcto.

En la faz del proceso de conocimiento, esto es, en la acreditación del hecho y en la determinación de la autoría y responsabilidad se ponen en juego valores cruciales del hombre. De allí el impresionante desarrollo de la dogmática penal, que expresa un modelo de creación de una determinada forma de razonar la ley tendiente a dar certeza y brindar estrategias al individuo de cómo sortear al sistema penal. De allí también la teoría del bien jurídico, limitadora por excelencia de la medida de la pena según el grado de su afectación. Sin embargo, a todo este gran desarrollo científico que tiene lugar dentro del proceso de conocimiento le corresponde, en el capítulo de la individualización de la pena, el más puro arbitrio judicial. ¿Por qué se imponen quince años en vez de diez?, esto nunca se sabrá muy bien. Por supuesto que son cada vez más los esfuerzos y las investigaciones tendientes a fijar parámetros objetivos para establecer en cuanto a la definición del monto de la pena, la clase y la ejecución, pero debe admitirse que estamos todavía en las sombras de esta investigación y que, en la actualidad, el juez mantiene un enorme poder discrecional<sup>27</sup>.

A este escaso desarrollo dogmático de la teoría de aplicación de la pena<sup>28</sup> le corresponde, hasta como consecuencia lógica y natural, que

<sup>27</sup> Por todos, cfr. Ziffer, *Lineamientos de la determinación de la pena*.

<sup>28</sup> Tan sólo en algunas provincias (Chubut, Catamarca, Buenos Aires) se ha consagrado expresamente la llamada *cesura del debate*, esto es, someter al capítulo de indivi-

en el ámbito de ejecución de la pena reine el poder absoluto y omnímodo de la Administración. En este ámbito, hablar de división de poderes es quimérico. Hablar de presos con defensa para poder defenderse de las sanciones impuestas por ésta es imposible. **Hablar de acceso a la justicia es utópico.** Esto ha llevado a Rivera Beiras a acuñar su famosa definición del recluso como *un ciudadano de segunda categoría*. Categoría devaluada por la propia ley<sup>29</sup>.

Este paradigma al que hoy responde la Argentina con el rol que cumplen los jueces de ejecución ha producido algunos beneficios y avances por sobre el poder de la Administración. Pero todavía podemos reconocer el **sesgo inquisitivo** del todopoderoso juez de ejecución que, incluso, será un gran inspector, pero que, **en la realidad, no controla nada, ni lo podrá hacer. Si lo hiciera, sería muy poco lo que podría controlar, dada la magnitud de lo controlado. El camino debe llevarnos a otro lugar.**

Para una excepcional recreación de lo que significa este primer paradigma del juez de ejecución (fulminado por Carrara en 1875), citamos a Ferrajoli: “Francesco Carrara, después de haber expresado su ‘repugnancia en admitir que un sanedrín de esbirros asalariados por un gobierno tuviera derecho de hacer ineficaces las sentencias de los jueces’, habló del poder de éstos como ‘de un poder secreto que actúa en la sombra’<sup>30</sup>. La justicia de vigilancia penitenciaria instituida en el actual sistema italiano es obvio que no merece, ni formal ni sustancialmente, el apelativo de ‘sanedrín de esbirros’. Pero esto no cambia la naturaleza arbitraria de su poder. Por más dotados de humanidad y de sabiduría que puedan estar los jueces de vigilancia penitenciaria, es el objeto y la naturaleza de sus decisiones lo que hace que su función no sea jurisdiccional sino administrativa. La autori-

dualización de la pena a las formas previstas para el proceso de conocimiento. El acusador, en audiencia pública, invoca y prueba las circunstancias de hecho y de Derecho que, a su juicio, deben atenuar o agravar la pena, reclama un monto y forma de ejecución de la pena. El imputado y su defensor, alegarán las suyas y resistirán con prueba de descargo y un juez imparcial dirimirá la cuestión.

<sup>29</sup> Cfr. Rivera Beiras, *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría*.

<sup>30</sup> Carrara, *Programa de derecho criminal. Parte general*, vol. II, ps. 28 y 29.

dad que dispensa o que niega un beneficio penal, de cualquier modo que se la llame, *no comprueba hechos en un régimen de contradicción y de publicidad, sino que valora y juzga la interioridad de las personas*, no decide sobre la comisión de un delito, es decir, sobre una hipótesis empírica verificable y refutable, como exige el carácter cognoscitivo propio de la jurisdicción, sino inmediatamente sobre la ‘ausencia de peligrosidad’ de un hombre, su ‘buena conducta’, su ‘arrepentimiento sobrevenido’, o sobre otras valoraciones análogas, inverificables e irrefutables por su naturaleza. Es este poder ilimitado el que hace liberticida y total a la institución carcelaria: porque reduce la persona a la cosa, poniéndola completamente en manos de otro hombre y lesionando con ello su dignidad, sea quien fuere, incluso el más sabio y honesto, el que debe decidir. La libertad, según sus definiciones clásicas, consiste en la certeza de las expectativas, en la inmunidad frente a intervenciones arbitrarias, en la facultad de poder hacer o pensar y, antes aun, de ser lo que se quiere sin temor a infringir la ley. Aquí, por el contrario, todo el ser del detenido se encuentra comprometido por la pena: una vez encarcelado él no tiene una pena cierta que cumplir, sino un mañana incierto que deberá contratar día a día con sus carceleros<sup>31</sup>.

#### b — Modelo 2

Al modelo que acabamos de exponer se le opone un segundo paradigma —a nuestro juicio, verdadera expresión del principio de judicialización—, un modelo de control de ejecución de la pena pensado como *un espacio de litigio para los presos*, alejado absolutamente de ese tinte tutelar e inquisitivo. Se lo reconoce fácilmente en el juez de ejecución omnipotente que define, sin ningún tipo de contradictor ni debate, sobre hechos empíricamente verificables, si cesa o no, si se transforma o no, si se suspende o no, una determinada consecuencia extraída de la pena. En este modelo debe exigirse un *espacio de litigio* para los presos con garantía del juez de ejecución como tercero imparcial. Para superar este paradigma del buen inspector de cárceles y del rasgo tan tutelar que exhiben el Código Procesal Penal de la

<sup>31</sup> Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ps. 408 y 409.

Nación y la ley 24.660, este modelo intenta generar un escenario judicial donde el condenado pueda pelear por sus derechos, pueda controvertir con prueba de hechos las afirmaciones de la contraparte y donde el juez de ejecución garantice esta tutela judicial y las reglas de juego entre las distintas partes que deban confrontar. Esta propuesta viene a formularse como una extensión del paradigma adversarial que debería superar a esta concepción inquisitiva que tiene, todavía hoy, el primer modelo descripto.

Lo que pretendemos sostener es que determinadas condiciones que surgen de la pena y que deben ser definidas a lo largo del encierro carcelario, que pueden hacerla cesar, modificar, transformar o suspender, tienen que ser obtenidas a partir de una audiencia oral y pública, contradictoria e inmediata ante un tribunal, con prueba de cargo y de descargo, con asistencia por parte del condenado de un defensor técnico, y que éstos tengan, a su vez, un contradictor *que no debe ser la Administración*<sup>32</sup>. Esta no es parte dentro de la faz de ejecución de la pena sino que es a la jurisdicción lo que la Policía es a la Fiscalía, un auxiliar que nunca podría ser parte de este proceso.

Sin dejar de mencionar que en nuestro país el Ministerio Público ha destinado fiscales a la etapa de ejecución, la adopción del segundo paradigma consiste en que la tarea de la Fiscalía no termine una vez obtenida la sentencia de condena, que no se limite a su intervención en la etapa de conocimiento tratando de actuar la ley penal, de averiguar la verdad real y de ejercer la titularidad de la acción, sino que debería recaer sobre el Ministerio Público Fiscal la carga de la pena. Esto es, v. gr., si un condenado solicita la libertad condicional y el Ministerio Público Fiscal se opone, tendrá que producir su prueba, sostener la pretensión, ya no punitiva, derivada del título ejecutivo de la pena y con amplia contradicción por parte de la defensa y del condenado en *audiencia pública ante un tribunal*.

Esto último es muy importante, ya que de nada valdría tener fiscales de ejecución y jueces de ejecución si no se regula claramente el procedimiento y la forma en que se obtendrán las decisiones y la posibilidad de impugnarlas.

<sup>32</sup> Salt, *Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina*, p. 269.

De otro modo, el mismo trámite de libertad condicional antes mencionado se desarrolla hoy del siguiente modo: no hay audiencia, el fiscal contesta por escrito en mérito a informes que nunca produjo y que, como ha dicho Ferrajoli, están llenos de conceptos huecos e in comprobables: "no sometimiento al tratamiento reeducativo", "sus carencias psicofísicas", "su inadaptación social"<sup>33</sup>.

Con el posterior traslado a la defensa se pretende dar por abastecida la garantía del pseudocontradictorio y el juez resuelve sin siquiera ver al condenado. Esta situación es insostenible, puesto que el fiscal no produce la prueba, le llega íntegramente realizada por la Administración, no tuvo la oportunidad de ser controvertida por la defensa ni por el condenado y tampoco fue obtenida en una audiencia oral en presencia del tribunal que debe fallar. Amén de que su contenido no está constituido por hechos controvertibles propios de un proceso de conocimiento, sino que, por disposición de la propia ley, es un modelo claramente inquisitorial que gira sobre "la observación científica de la personalidad"<sup>34</sup>.

Tampoco sería útil regular los órganos que van a intervenir, el modo en que lo harán y cómo se tomarán las decisiones si no se define qué asuntos reclaman la garantía de la jurisdicción en la fase de ejecución de la pena, más allá de las enumeradas en el Código Penal. Y el fallo "Romero Cacharane" se ocupa, precisamente, de ir señalando determinados actos de la Administración que en realidad debieron haber sido resueltos de otro modo muy distinto. Salt observa lo dificultoso de esta labor, pero es allí donde la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación puede marcar muy claramente qué tipo de decisiones alteran el contenido de la pena y cuáles no<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 721.

<sup>34</sup> "Optimismo terapéutico", llamó el genial Cordero, en su obra *Procedimiento penal*, a lo que se pretende hacer en esta etapa con este modelo inquisitivo de control de ejecución: "Enarbolan esta bandera los dos órganos adscritos a la supervigilancia, magistrado y tribunal: los legisladores creen o esperan, o lo dan a entender, que los regímenes penales reeducan; todo está en adecuarlos a los reeducandos (el art. 13 del régimen penitenciario emplea un título cruel, en cuanto al cientificismo criminológico, sin miramientos a su decoro lingüístico: 'individualización del tratamiento')".

<sup>35</sup> Cfr. Salt, *Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina*, p. 207.

## — § 8 —

**EL MODELO DEL CODIGO PROCESAL PENAL  
DEL CHUBUT**

Obra de Julio Maier, como se ha dicho, el Código Procesal Penal del Chubut (ley 4566) es la única ley procesal penal de la Argentina que responde íntegramente al segundo modelo que hemos expuesto. Allí se determina que el Ministerio Público Fiscal es el órgano ejecutor de las penas. Esta ley ha redefinido el principio de judicialización al que la Corte de Suprema ha hecho referencia en "Romero Cacharane".

Vale la pena citar textualmente parte de la Exposición de Motivos:

... Es así que él practica el cómputo definitivo de las penas divisibles y controla directamente el cumplimiento de las condiciones relativas a la condenación condicional, efectúa el control general sobre la pena privativa de libertad y se encarga de ejecutar la pena de multa. Cualquier decisión del Ministerio Público que no fuera compartida por el condenado o por su defensor genera un incidente que debe decidir un juez del tribunal, por regla general, salvo cuando está prevista una integración plural del tribunal (por ejemplo, libertad condicional).

Se ha querido, con ello, ser consecuente con el resto del procedimiento y con la función establecida para los jueces, al evitar, también en la ejecución penal, que con ello operen de oficio o, directamente, frente al imputado, como defensores del interés que representa la pena estatal (resguardo de su imparcialidad). Los jueces, de esta manera, conservan pura su función principal de decidir conflictos cuya titularidad o protagonismo pertenece a otros.

B. Control judicial de la ejecución. Tal como quedó expresado bajo la letra anterior, **a los jueces no les corresponde inmiscuirse de oficio en la ejecución penal, sino** que, antes bien, ellos intervendrán cuando entre el organismo ejecutor y el ejecutado emerjan conflictos que un tercero imparcial debe decidir. El condenado y su defensor pueden plantear estos incidentes directamente ante el tribunal (art. 238), que, entonces, oír al Ministerio Público; pero lo habitual será que se arribe a la decisión del tribunal por desavenencia con el dictamen del Ministerio Público que fija el rumbo de la ejecución penal (por ejemplo, art. 234). En general, la libertad anticipada requiere decisión judicial (art. 235), promovida por el Ministerio Público o por el condenado, lo mismo que la revocación de la libertad condicional o de la condenación condicional (arts. 236 y 237).

C. Procedimiento. Se ha optado por proseguir el método de las audiencias orales y públicas para decidir los incidentes principales de la ejecución penal, como por ejemplo, la libertad condicional y la rehabilitación, pero

los demás incidentes pueden decidirse de la misma manera no bien el tribunal, por su importancia, lo estime necesario (arts. 235, párr. 4º, y 238, párr. 2º).

Contra la sentencia del tribunal se prevé un recurso de casación ortodoxo, fundado sólo en el motivo de la inobservancia o la errónea aplicación de la ley penal, por ante el Tribunal Superior.

## — § 9 —

**PARTICIPACION CIUDADANA EN LA FASE  
DE EJECUCION DE LA PENA: DEBATE ABIERTO**

Por último, también consideramos que en algunas decisiones trascendentes, fundamentalmente por la gravedad de la pena, el tribunal competente en esta etapa debe integrarse con ciudadanos legos. El tema no es objetivo de este trabajo (lo será en otros que lo continuarán), sino que sólo se trata de esbozarlo. Pero del mismo modo en que se propone un escenario de litigio en el que el condenado goce de todas las garantías que naturalmente ejerce en un proceso de conocimiento, signado por el principio acusatorio, también debe contar con la garantía de que la definición de ciertas decisiones respecto del título ejecutivo de la pena, no sea una resolución exclusivamente estatal.

La ciudadanía, a través de la garantía del juicio por jurados (art. 24, Const. Nacional), interviene y participa en la Administración de justicia. Y así como nos referimos a la progresiva judicialización de esta etapa de ejecución de la pena, también existe un concepto progresivo de lo que significa la participación ciudadana, que no sólo se reduce al juicio por jurados clásico que da su veredicto respecto del hecho y la culpabilidad o no del acusado<sup>36</sup>. De hecho, la creciente intervención de la víctima en el proceso penal es claramente una manifestación más de participación ciudadana. Lo mismo puede predicarse del *amicus curiae*, en tanto asociaciones y grupos de la sociedad civil intervienen con capacidad de influir en la decisión de un caso. Para

<sup>36</sup> Cfr. Binder, "El juicio por jurados en la Constitución Nacional", en *Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal*; Harfuch, *El juicio por jurados como participación popular en el proceso penal*, en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia", año VIII, n° 14, 2002, p. 355.

ciertas decisiones, quizás sólo para aquellas de mucha gravedad o de gran importancia para la comunidad, la ley podría disponer que los ciudadanos integren el tribunal competente del mismo modo que un tribunal de escabinos. Es decir, con mayoría ciudadana y frente a quienes se desarrollará la audiencia pública. Es la mejor forma de que la comunidad participe activamente, no ya en la atribución de responsabilidad a una persona, sino en un tema tan importante para la vida comunitaria como lo es el de la pena.

## Capítulo VII

# Garantías constitucionales de los detenidos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica en perspectiva comparada \*

\* Trabajo elaborado por RICARDO M. PINTO, juez subrogante en lo Criminal de Instrucción. Miembro de la Carrera Docente del Departamento de Derecho Penal y Criminología, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Profesor adjunto de Derecho Constitucional, Universidad del Salvador.

### INTRODUCCION

La finalidad de este Capítulo es analizar los fallos de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, dada la importancia de los precedentes de este tribunal y la repercusión en la jurisprudencia nacional. En este sentido, tanto en materia de ejecución penal, como en otros supuestos, la Corte Suprema de la Nación cita, y hace suyos, conceptos de la Corte norteamericana. En este aspecto, en los fallos "Dessy" y "Romero Cacharane" la Corte nacional menciona expresamente y se guía por antecedentes de los EE.UU., como ser los precedentes "Procurier v. Martínez", "Farmer" y "Wolf".

Por este motivo, esta investigación intenta brindar un detallado análisis del criterio de la jurisprudencia de los EE.UU., para que pueda servir de guía en la doctrina y jurisprudencia nacionales en el análisis de ejecución de la pena. Se pone especial énfasis en asegurar las garantías constitucionales de los detenidos, en la inteligencia de que una de las funciones del Poder Judicial consiste en proteger el debido respeto de los derechos constitucionales de los internos. Asimismo, se comparan estos criterios con los fallos de la Corte Suprema nacional. Por último, se presentan las conclusiones en perspectiva comparada.

De esta forma, el objetivo central es presentar una sistematización de esta doctrina judicial, por cuanto entendemos que es necesario que nuestra doctrina pueda contar con una aproximación clara y precisa de los fallos de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica. Se busca entonces, permitir que el lector pueda for-

mular su propio juicio crítico respecto a la exactitud y pertinencia de las citas extranjeras que efectúa nuestro más Alto Tribunal.

La comprensión de nuestra jurisprudencia debe ser comparada con la que utiliza como fuente, en tanto sólo se la podrá comprender claramente si se la inserta en perspectiva en un contexto histórico amplio. Gadamer señala que el prejuicio, el preenjuiciamiento, es aquello que guía nuestra comprensión de un texto y surge intersubjetivamente de la comunidad en la cual estamos insertos<sup>1</sup>. La comprensión interpretativa se origina en el contexto sociocultural del intérprete, lo cual permite comprender la dimensión histórica de un texto<sup>2</sup>. Por eso, Habermas toma las premisas hermenéuticas de Gadamer y señala que la comprensión de un texto implica replantearlo en términos que posea sentido en un momento histórico. En esta inteligencia, Ricoeur considera que el eje conceptual de la idea de Gadamer es la conciencia histórica y que, por eso, la hermenéutica filosófica rehabilita el prejuicio, como preenjuiciamiento. Es así como se puede considerar que Gadamer reivindica las grandes ideas del Romanticismo frente al Iluminismo: prejuicio, tradición y autoridad<sup>3</sup>. Para evitar estas limitaciones, Ricoeur toma de Habermas el sentido crítico de la teoría de la acción<sup>4</sup>. Entiende Ricoeur que la toma de distancia con el texto es lo que hace posible la interpretación. El distanciamiento es entonces lo que permite la mediación hermenéutica, conciliando la razón con la tradición<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Gadamer, *Verdad y método II*, p. 382.

<sup>2</sup> Gadamer reivindica así las características históricas del sentido mentado. El sentido de la acción social surge de una tradición cultural, y la comprensión del mismo por sus intérpretes depende de la inserción de éstos en una determinada tradición de investigación (*Verdad y método II*, p. 366).

<sup>3</sup> Pinto, "La ciencia política", en *Introducción a la ciencia política*, p. 79.

<sup>4</sup> Para Habermas, fiel a la idea de la Escuela de Frankfurt, el interés que orienta el conocimiento es el interés técnico, instrumental, que regula las ciencias empírico-analíticas. De esta forma la ciencia y la tecnología constituyen la ideología del capitalismo contemporáneo. Frente a esa acción instrumental, que pone al hombre al servicio del hombre, reivindica un interés práctico, kantiano, una acción comunicativa orientada a la búsqueda de la comprensión del sentido de la acción humana. La comprensión permitirá discernir cómo se internalizan las normas que institucionalizan los roles sociales para así poder superarlas en búsqueda de una mayor justicia (conf. Pinto, "La ciencia política", en *Introducción a la ciencia política*, p. 80).

<sup>5</sup> Pinto, "La ciencia política", en *Introducción a la ciencia política*, p. 81.

Aplicados estos conceptos a la investigación es factible visualizar con mayor claridad cuál es la importancia de conocer las razones e ideas que nutren los fallos de la Corte norteamericana, por cuanto la interpretación de nuestra Constitución y de los fallos de la Corte Suprema nacional requieren que nos apropiemos de los precedentes extranjeros que aquí se utilizan. La apropiación y el distanciamiento del intérprete, en tanto procesos dialécticos, permiten la comprensión de los textos nacionales<sup>6</sup>. Para analizar en forma complementaria la jurisprudencia extranjera puede recurrirse entonces a la dialéctica permanente, entre comprender y explicar. La comprensión de los textos nacionales sólo se puede efectuar si previamente se toma conocimiento de las fuentes en las que se sustenta<sup>7</sup>. La explicación de estos fallos permite validar la interpretación propia, en tanto constituye una refutación de otras perspectivas de comprensión<sup>8</sup>.

— § 2 —

CRITERIO GENERAL DEL CONTROL JURISDICCIONAL  
SOBRE LAS CONDICIONES DE DETENCION  
DE LOS PENADOS Y PROCESADOS

El parámetro para valorar si un acto de la Administración es razonable reside en considerar si la finalidad de éste está dada por legítimos intereses penales.

<sup>6</sup> Señala Pinto que la hermenéutica y la teoría crítica son diferentes, pues se originan en dos tradiciones culturales diferentes, el Romanticismo y el Iluminismo, pero son complementarias ("La ciencia política", en *Introducción a la ciencia política*, p. 80).

<sup>7</sup> En términos generales podría decirse que el modelo del *common law* que se utiliza como autoridad en los fallos de la Corte norteamericana, y criterios *utilitaristas* y *pragmáticos* en su interpretación de la Constitución, debe ser comparado con el modelo *européo continental* que nutre a la legislación procesal de nuestro país y las ideas del *Iluminismo* que siempre están presentes en la interpretación de las prescripciones constitucionales. La fundamentación que se detalla más adelante permitirá analizar estas posturas.

<sup>8</sup> Debemos hacer nuestros los conceptos de Bobbio en tanto que "... la solución crítica ... está por su naturaleza continuamente sujeta a nuevos controles, está destinada a ser revisada. Es entonces una solución que por su naturaleza no excluye el diálogo, sino que lo exige; no interrumpe la discusión, sino que la provoca y se alimenta de ella" (*Política e cultura*, p. 19).

La Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, en el precedente "Turner"<sup>9</sup>, explicó que para determinar la razonabilidad de una regulación en una unidad de detención se guía a partir de las siguientes pautas:

- a) Si existe una conexión racional entre la regulación estatal y el interés legítimo que se busca legislar.
- b) Si existen alternativas para que los detenidos ejerzan los derechos que son regulados.
- c) Si el ejercicio del derecho peticionado afectará al servicio penitenciario, a los otros detenidos, o la administración de los recursos de la unidad de detención.
- d) Si existe una alternativa a la regulación cuestionada que permita que los detenidos ejerzan el derecho peticionado, a un costo mínimo para los intereses de la Administración penitenciaria.

En este aspecto, la Corte Suprema rechazó el concepto de la "alternativa menos restrictiva" cuando valora la constitucionalidad de una regulación de la Administración<sup>10</sup>. Sin embargo, la existencia de alternativas puede constituir una prueba de que la regulación es irrazonable, en cuanto "respuesta desproporcional" a los intereses de la unidad de detención<sup>11</sup>.

La Corte Suprema de la Nación en el fallo "Dessy"<sup>12</sup>, por medio de los doctores Petracchi, Fayt y Boggiano, en su voto explicó que para restringir válidamente la inviolabilidad de la correspondencia se requiere "a) que haya sido dictada una ley que determine en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a tomar conocimiento del contenido de dicha correspondencia; b) que la ley esté fundada en la existencia de un sustancial o importante objetivo del Estado, des-

<sup>9</sup> "Turner", 482 US 89.

<sup>10</sup> "Turner". Es decir que la Corte Suprema norteamericana rechaza el concepto de "alternativa menos restrictiva" y adopta la postura de "razonabilidad" para controlar las normas que regulan las cartas y publicaciones que reciben los detenidos.

<sup>11</sup> "The Georgetown Law Journal", Criminal Procedure Project, 89:1898, Washington, 2001.

<sup>12</sup> CSJN-Fallos, 346:LXXIV.

vinculado de la supresión de la inviolabilidad de la correspondencia epistolar y de la libertad de expresión; c) que la aludida restricción resulte un medio compatible con el fin legítimo propuesto, y d) que dicho medio no sea más extenso que lo indispensable para el aludido logro". De esta manera, la Corte nacional se expide en forma similar a la jurisprudencia extranjera que se comenta, al requerir una razonabilidad en la restricción de los derechos de los internos.

### — § 3 —

#### DERECHOS Y GARANTIAS

##### a — Derecho a la libre expresión y a asociarse

Resulta claro que la Administración penitenciaria no debe interferir en el ejercicio del derecho constitucional a la libre expresión, a no ser que la intromisión sea necesaria para regular la situación, al presentarse un legítimo interés penitenciario. La Corte Suprema norteamericana en el fallo "Thornburgh v. Abbott"<sup>13</sup> siguió el criterio del precedente "Turner v. Safley", al sostener que resulta constitucionalmente admisible limitar la correspondencia entre los internos, aun cuando se restrinja la libertad de expresión, por cuanto la medida está "relacionada en forma razonable con los intereses penales".

##### b — Derecho a recibir y enviar correspondencia

La importancia del ejercicio de estas medidas por parte de los detenidos se encuentra relacionada en forma íntima con la finalidad de reinserción social de la pena. Por este motivo, toda restricción por parte del Estado debe ser razonable a los fines buscados. La Corte Suprema de Justicia de la Nación analizó este tipo de restricciones, en el fallo "Dessy"<sup>14</sup>, al considerar que no era válida la regulación penitenciaria que permitía la apertura indiscriminada de la correspondencia que recibían y remitían los detenidos en la unidad penitencia-

<sup>13</sup> "Thornburgh v. Abbott", 490 US 401 (1989).

<sup>14</sup> CSJN-Fallos, 346:LXXIV.



ria. Este fallo de la Corte nacional constituye una pauta fundamental en el análisis de los derechos de los detenidos, y demuestra la fuerte incidencia de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica en nuestro más Alto Tribunal.

Por el otro lado, los custodios no pueden reprimir a los internos por ejercer su derecho a la libre expresión<sup>15</sup>. Estas premisas dejan en claro que los internos tienen el derecho a recibir y enviar información, que sólo puede ser limitado si existe un interés de la Administración que esté relacionado en forma razonable con los fines buscados en el lugar de detención.

En este sentido, las cartas que reciben los detenidos, tanto de otros internos, como de extranjeros, pueden ser limitadas "si afectan la seguridad, el orden, o la disciplina de la institución o si pueden facilitar conductas delictivas"<sup>16</sup>. De esta forma se consideró que la correspondencia que envían los detenidos no reviste, en principio, peligro para la seguridad de la unidad de detención o para otros intereses penitenciarios y, por lo tanto, no puede prohibirse si no hay una razón legítima de la Administración. Este criterio surge del precedente "Procurier v. Martínez"<sup>17</sup>, —mencionado por nuestra Corte Suprema en el fallo "Dessy"— de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, en el cual se estableció que las regulaciones que prohibían las cartas de los detenidos que contenían quejas eran inválidas porque no había un interés gubernamental legítimo<sup>18</sup>.

Los jueces Petracchi, Fayt y Boggiano, en su voto en el mencionado fallo "Dessy", al comentar el precedente "Procurier v. Martínez" de la Corte norteamericana sostuvieron que "no es admisible que las autoridades penitenciarias puedan censurar la correspondencia de los presos simplemente para eliminar opiniones no lisonjeras o desagradables, o declaraciones inexactas sobre los hechos".

<sup>15</sup> "The Georgetown Law Journal", Criminal Procedure Project, 89:1903, Washington, 2001.

<sup>16</sup> De acuerdo al fallo "Thornburgh v. Abbott".

<sup>17</sup> "Procurier v. Martínez", 416 US 396, 415.

<sup>18</sup> Sostuvo la Corte que las restricciones a la correspondencia que envían los detenidos son legítimas sólo si son necesarias para buscar un interés de la Administración penitenciaria, en tanto podrían existir planes de escape, actividad delictiva, o el peligro a la seguridad de la prisión, circunstancias que permitirían controlar las misivas.

Relacionado con el ejercicio del derecho a la libre expresión se encuentra la posibilidad que deben tener los detenidos de comunicarse y asociarse y, en este sentido, a recibir visitas. Estos derechos que permiten la resocialización del interno sólo pueden ser restringidos si la Administración tiene un interés legítimo<sup>19</sup>. Por este motivo no puede trasladarse a un interno de una unidad a otra como medida retributiva porque ejerció sus derechos constitucionales<sup>20</sup>.

### c — Derecho a la libertad religiosa

La Administración penitenciaria le debe brindar la oportunidad a los internos para ejercer su libertad religiosa de acuerdo al criterio de la Corte Suprema norteamericana en el precedente "Cruz v. Beto"<sup>21</sup>. Por este motivo la limitación de este derecho debe estar relacionada en forma razonable con un interés penitenciario válido<sup>22</sup>.

Asimismo, a fin de valorar la razonabilidad de las normas que limitan la libertad religiosa, deben tenerse en consideración los siguientes presupuestos:

1. Que la regulación esté vinculada con la rehabilitación de los internos, el orden de la unidad y la seguridad.
2. Que no existan alternativas para la regulación.
3. Que existan otras alternativas para ejercer su derecho.
4. Que las prácticas religiosas requieran de un lugar específico con medidas excepcionales que pongan en peligro la seguridad de la unidad de detención.

Siguiendo este criterio, la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica consideró constitucionales las normas penitenciarias

<sup>19</sup> La Corte Suprema de los Estados Unidos en el fallo "Meachum v. Fano", 427 US 215, 225 (1976), estableció que los detenidos no tienen un derecho a permanecer en una unidad específica.

<sup>20</sup> "Meachum v. Fano", 427 US 215, 225 (1976).

<sup>21</sup> "Cruz v. Beto", 405 US 319, 322 (1972).

<sup>22</sup> Conforme fallo "O Lone v. Estate of Shabazz", 482 US 342 (1987).

que prohibían a los internos musulmanes retornar a sus edificios de alojamiento durante el día, para asistir a los servicios religiosos<sup>23</sup>.

*d — Derecho a tener acceso a la justicia*

Uno de los derechos sustanciales que debe garantizar el Estado es el derecho del detenido a tener acceso a un juez para efectuar peticiones<sup>24</sup>. Según la Corte Suprema norteamericana, los detenidos tienen el derecho a poseer una adecuada y efectiva posibilidad de acceder a un juez. Así, la Administración penitenciaria tiene la obligación de asistir en forma efectiva a los detenidos cuando pretendan preparar solicitudes ante los tribunales. En este sentido deben tener la posibilidad de acudir a una biblioteca y obtener asistencia letrada<sup>25</sup>. Sin embargo, tales requerimientos no pueden efectuarse a la Administración. Para poder solicitar estos derechos los detenidos deben demostrar un perjuicio, al estar imposibilitados de poder acceder a los tribunales.

En el caso "Lewis v. Casey"<sup>26</sup> la Corte norteamericana sostuvo que existe una afectación a los derechos constitucionales si la Administración no provee acceso a una biblioteca o asistencia letrada a los detenidos, causándole un daño actual al requirente<sup>27</sup>.

Se le admitió a la Administración la restricción de este derecho si existe un interés legítimo, como ser, preservar la seguridad y el orden interno, prevenir la introducción de elementos peligrosos, y requerir que la biblioteca sea utilizada por los usuarios<sup>28</sup>. La Corte norteamericana, en el precedente "Wolff v. Mc Donnell"<sup>29</sup>, analizó el

<sup>23</sup> "O Lone v. Estate of Shabazz", 482 US 342, 350-353 (1987).

<sup>24</sup> "Bounds v. Smith", 430 US 817 (1977).

<sup>25</sup> "The Georgetown Law Journal", Criminal Procedure Project, 89:1898, Washington, 2001.

<sup>26</sup> "Lewis v. Casey", 518 US 343 (1996).

<sup>27</sup> Se admite en la jurisprudencia que las presentaciones realizadas por los detenidos tienen fecha cierta con su presentación en el lugar de detención (*The prison mail box exception*), conforme fallo "Houston v. Lack", 487 US 266 (1988).

<sup>28</sup> "The Georgetown Law Journal", Criminal Procedure Project, 89:1901, Washington, 2001.

<sup>29</sup> "Wolff v. Mc Donnell", 418 US 539 (1974).

derecho a acceder a los tribunales y estableció que existía una violación a la Constitución si la regulación le prohibía a los internos intercambiar consultas mutuamente, limitando la posibilidad de consultar con asistentes legales.

*e — Derecho a no sufrir registros y secuestros arbitrarios.  
Derecho a la privacidad*

Se considera en la jurisprudencia de los EE.UU. que aunque los detenidos retienen derechos sobre sus objetos personales, los oficiales a cargo de su custodia pueden registrar sus habitaciones discrecionalmente, sin que se pueda imputar que exista una afectación a los derechos constitucionales. Ello es así, en tanto los detenidos no tienen una expectativa razonable de privacidad en el interior de sus celdas<sup>30</sup>.

Así, se ha interpretado que el secuestro de los elementos de un interno no constituye una afectación a la garantía procesal contra los secuestros arbitrarios si se realiza con motivo de legítimos intereses penitenciarios<sup>31</sup>.

Se afirma que la justicia puede analizar la constitucionalidad de las medidas que implican una intromisión seria sobre el cuerpo de los internos, como requisas y exámenes corporales. A estos fines el control de legitimidad del acto tendrá en cuenta la razonabilidad de la medida, que tiene por objeto efectuar un balance entre la necesidad estatal para realizar una requisita determinada y el grado de intromisión que sufre el afectado. Sostuvo en esta inteligencia la Corte Suprema norteamericana, en el precedente "Bell v. Wolfish", que la vulneración de la privacidad personal no debe ser abusiva<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> En este aspecto, fallo "Hudson v. Palmer", 468 US 517 (1984); "The Georgetown Law Journal", Criminal Procedure Project, 89:1898, Washington, 2001. El concepto de "razonable expectativa de privacidad" de la doctrina de los Estados Unidos de Norteamérica se refiere al concepto de privacidad que debe respetar el Estado en las intromisiones que realice sobre el domicilio y las personas (conforme fallo "Katz").

<sup>31</sup> Fallo "Hudson", en donde se sostuvo que los internos pueden peticionar contra estas medidas si estiman que constituyen un agravamiento de las condiciones de detención en tanto trato cruel, si el registro es realizado en forma maliciosa y degradante. Asumimos (sostuvo la Corte) que los oficiales tienen competencia para secuestrar los bienes de los internos, pero esto no implica que puedan abusar de estas atribuciones.

<sup>32</sup> "Bell v. Wolfish", 441 US 520, 559 (1979).

Se consideró que el tribunal debe ponderar el grado de intromisión, la forma en que se efectúa, la justificación para realizarla y el lugar en el cual se practica<sup>33</sup>. Este criterio es similar al expuesto por la Corte Suprema nacional en el fallo "A., M. s/Recurso de amparo"<sup>34</sup>.

Sostuvo la Corte nacional que la decisión de la Administración no era arbitraria, por cuanto no había otro medio para detectar la presencia de elementos prohibidos que los visitantes puedan ocultar en su ropa o en el cuerpo. Reconoció la Corte que la medida implicaba una seria intromisión en la intimidad del visitante, pero que la medida era admisible al intentar preservar la seguridad de los detenidos.

En el supuesto tratado, en los EE.UU. se consideró que era proporcional y razonable, como medida con fines de seguridad para evitar el contrabando de estupefacientes, que la Administración registrara el cuerpo de los internos y visitas.

En sentido opuesto se ha expedido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la sesión n° 1321 del 15/10/96, al analizar la denuncia contra el Estado argentino por parte de la damnificada, al no obtener de la justicia nacional una respuesta positiva a su pretensión<sup>35</sup>. El caso involucró la negativa de la peticionante a someterse a una requisita por parte de las autoridades penitenciarias que exigían que para tener un contacto directo con su esposo debía desnudarse y soportar una revisión vaginal antes de ingresar<sup>36</sup>.

La Comisión sostuvo que para realizar estas medidas debía existir una ley que las autorice, necesidad de practicarlas, y que sólo se podía efectuarlas en forma razonable y proporcional a los fines buscados. En este sentido la Comisión consideró que la gravedad de este tipo de medidas requería que el Estado argentino demostrara que eran absolutamente necesarias para el objetivo de seguridad, y por

<sup>33</sup> Este precedente trataba sobre los registros de procesados en prisión preventiva, pero se aplica este criterio de balance entre el derecho del detenido y el interés estatal a todas las requisitas, al no haberse expedido la Corte expresamente respecto de los condenados.

<sup>34</sup> CSJN, 21/11/89, A.531.XXII, CSJN-Fallos, 312:2218.

<sup>35</sup> Informe 38/96, caso 10.506, Argentina.

<sup>36</sup> Véase el comentario de Salt, *La opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre registros corporales a las visitas de establecimientos carcelarios*, en "Revista Nueva Doctrina Penal", 1997-A-457 y siguientes.

eso sólo podrían ser válidas estas revisiones si en un caso particular hubiera motivos de sospecha de que existe peligro para la seguridad. Por otro lado, la Comisión recurrió al concepto de que no había otra medida que permitiera lograr el objetivo de seguridad buscado, con una restricción menor de los derechos<sup>37</sup>. También sostuvo que era necesaria una orden judicial a estos fines.

*f—Derecho a condiciones dignas de detención. Atención médica. Tratamiento disciplinario. Condiciones de detención*

Conforme las previsiones de la Octava Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica las personas privadas de su libertad tienen derecho a no sufrir un trato cruel ni un castigo inusual mientras dure su detención<sup>38</sup>. Para analizar los reclamos de esta naturaleza, la Corte Suprema distingue entre las conductas de los oficiales, que son parte de un castigo impuesto en debida forma por un delito y, por el otro lado, las acciones de los oficiales a cargo de la custodia que afectan la situación de detención, como ser las condiciones en que se realiza, el tratamiento médico y los casos en los cuales los oficiales recuperan el control de una unidad de detención<sup>39</sup>.

El castigo formal será cruel e inusual, conforme las prescripciones de la Octava Enmienda, si involucra "infligir dolor en forma innecesaria y con esta finalidad"<sup>40</sup>.

<sup>37</sup> Salt, *La opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre registros corporales a las visitas de establecimientos carcelarios*, en "Revista Nueva Doctrina Penal", 1997-A-457.

<sup>38</sup> La Octava Enmienda prescribe que "no podrá requerirse cauciones excesivas, como tampoco las multas que se impongan podrán ser excesivas, y no podrá infligirse un castigo cruel e inusual" (véase Yale Kamisar y otros, *Modern criminal procedure, basic criminal procedure, advanced criminal procedure, supplement to ninth editions*, p. 144). La Corte Suprema en el precedente "Hutto v. Finney", 437 US 678, 685 (1978) sostuvo que la detención en una celda de aislamiento es una forma de privación de libertad sujeta al control de constitucionalidad previsto en la Octava Enmienda Constitucional.

<sup>39</sup> En el fallo "Wilson v. Setter", 501 US 294 (1991) se presentó un reclamo de afectación de la Octava Enmienda Constitucional, y la Corte consideró que infligir un castigo inusual es el acto deliberado que intenta amedrentar o disuadir. Si el dolor sufrido por el interno no forma parte del castigo que se encuentra en la sentencia judicial, debe demostrarse que existió una intención del oficial para infligir dolor al interno.

<sup>40</sup> Fallo "Wilson v. Setter".

La Corte Suprema estadounidense ha establecido que severas condiciones de detención y un tratamiento disciplinario duro son parte del precio que pueden sufrir los condenados por la comisión de un delito<sup>41</sup>. De esta manera, si el prisionero intenta alegar una afectación a su derecho constitucional a no sufrir un trato cruel y degradante deberá demostrar que sufre una seria afectación de sus derechos, y que los oficiales actuaron con conocimiento e intención de causarle dolor. Siguiendo esta línea doctrinaria la jurisprudencia tiene dicho que "sólo las privaciones que restringen las condiciones mínimas para que pueda vivir un individuo constituyen pautas graves como para sostener una afectación a la Enmienda Constitucional que prohíbe las penas crueles"<sup>42</sup>.

En nuestro país, la Corte Suprema de Justicia se ha expedido en situaciones en las cuales las condiciones de alojamiento constituían una mortificación que infringía las previsiones del art. 18 de la Const. Nacional, sosteniendo que "si el Estado no puede garantizar la vida de los internos ni evitar irregularidades, de nada sirven las políticas preventivas del delito ni menos aún las que persiguen la reinserción social de los detenidos"<sup>43</sup>.

Conforme al texto del art. 18 de la Const. Nacional: "... 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 aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice". El constituyente plasma en esta norma el principio de humanidad<sup>44</sup>.

Se advierte en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación la ausencia de criterios específicos para ponderar cuál es la pauta pa-

<sup>41</sup> De acuerdo al fallo "Rhodes v. Chapman", 452 US 337, 347 (1981) la Corte Suprema consideró que la Constitución no requiere de las unidades de detención condiciones confortables. Asimismo se estimó que si la conducta de los oficiales tiene como fin intereses legítimos, no puede considerarse que constituyen un castigo cruel o degradante —véase fallo "Whitley v. Albers", 475 US 312 (1986)—.

<sup>42</sup> Conforme el fallo "Wilson", 501 US 298.

<sup>43</sup> CSJN, 19/10/95, B. 142.XXIII, "B. R.", CSJN-Fallos, 318.2002, en Donna - De la Fuente - Maiza - Piña, *El Código Penal y su interpretación en la jurisprudencia*, t. I.

<sup>44</sup> Rivera Beiras - Salt, *Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina*, p. 213.

ra estimar si el trato y las condiciones de detención que padece el interno afectan el principio de humanidad y su dignidad. Sin embargo, la Corte Suprema ha sostenido que: "Los impedimentos de índole presupuestaria invocados con frecuencia por el poder administrador para postergar en el tiempo la toma de las decisiones adecuadas para solucionar las dificultades en las cárceles no pueden conspirar contra las garantías de raigambre constitucional de los procesados, ni contra principios protectores de la dignidad humana"<sup>45</sup>. También ha ponderado la Corte que la finalidad de readaptación social, como objetivo superior del sistema, requiere respeto por la dignidad humana del interno<sup>46</sup>.

Sería destacable entonces que la jurisprudencia nacional estableciera pautas que permitieran analizar en qué situaciones las condiciones de alojamiento y trato a los internos afectan sus garantías constitucionales.

*g — Tratamiento médico. Obligaciones de los oficiales que custodian a los detenidos. Responsabilidad de los oficiales ante el peligro a la vida o integridad física de los detenidos*

La conducta de los oficiales en situaciones que involucran las condiciones de detención y tratamiento médico de los internos es analizada de acuerdo a un parámetro que tiene en cuenta si el oficial actuó con deliberada indiferencia para que ocurra una afectación constitucional. Por otro lado, cuando los oficiales a cargo de la custodia deben reinstalar el orden, su conducta debe ser ponderada en virtud de un "estándar de malicia"<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> CSJN-Fallos, 316:155, en Donna - De la Fuente - Maiza - Piña, *El Código Penal y su interpretación en la jurisprudencia*, t. I.

<sup>46</sup> Caso "Dessy", CSJN-Fallos, 318:1894. Véase Quiroga Lavié - Benedetti - Cenicalaya, *Derecho constitucional argentino*, p. 413.

<sup>47</sup> Fallo "Wilson". Una reciente enmienda a la ley *Prison Litigation Act* de 1996 (PLRA) prohíbe que los internos peticionen ante los tribunales respecto a sus condiciones de detención si antes no efectuaron recursos administrativos y éstos finalizaron (42 USC 1997 e[a], 2000). En este sentido la reforma de la ley que regula las peticiones de los detenidos ante los tribunales restringe los reclamos relacionados con las condiciones de detención al requerir que el remedio que se puede lograr con los recursos sólo puede abarcar lo necesario para corregir las violaciones a los derechos federales.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho en esta temática que: "La ley 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad concede al interno el derecho a la salud, y obliga a proporcionarle oportuna asistencia médica integral, no pudiendo ser interferida su accesibilidad a la consulta y a los tratamientos prescriptos, así como también a comunicarse periódicamente en forma oral o escrita con su abogado, respetando la privacidad de esa comunicación sin otra restricción que la dispuesta por juez competente (arts. 143 y 158)"<sup>48</sup>.

Otra cuestión que afecta las condiciones de detención que fue analizada por la jurisprudencia ha sido la **superpoblación carcelaria**. Se afirmó que esta situación puede constituir un **agravamiento inusual de la pena que implique un trato cruel**. Sin embargo se ha considerado que las celdas que alojan a dos internos no configuran, en principio, un trato cruel<sup>49</sup>.

#### h — La deliberada indiferencia

La Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica adoptó el criterio de "deliberada indiferencia" como pauta para valorar si los oficiales actuaron en una situación determinada con conocimiento y voluntad con respecto a las condiciones de detención de los internos y el tratamiento médico<sup>50</sup>.

El fallo que guía este concepto es el precedente "Farmer v. Brennan"<sup>51</sup> en el cual la Corte Suprema analizó este criterio de "deliberada indiferencia". Sostuvo la Corte que los oficiales pueden ser considerados responsables por denegar condiciones de detención humanamente aceptables sólo si sabían que un interno tenía un riesgo

<sup>48</sup> CSJN, 1/11/99, G. 507.XXXIV, "Gallardo, Juan Carlos s/Hábeas corpus", CSJN-Fallos, 322-2735.

<sup>49</sup> Conforme fallo "Rhodes v. Chapman".

<sup>50</sup> En este aspecto, los fallos de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica "Wilson" (501 US 301) y "Gamble" (429 US 105) analizaron este criterio. El primero, con respecto a las condiciones de detención, y el segundo, en relación con la provisión de medicamentos en tanto trato cruel.

<sup>51</sup> "Farmer v. Brennan", 511 US 825 (1994). "The Georgetown Law Journal", Criminal Procedure Project, 89:1915, Washington, 2001.

sustancial de recibir un daño, y sin embargo no tuvieron en cuenta este riesgo, omitiendo tomar las medidas razonables para evitar este peligro. La Corte no acepta entonces un criterio objetivo para establecer la responsabilidad y utiliza una pauta subjetiva, como en el Derecho penal, al estimar que es el criterio para valorar la indiferencia deliberada.

Esta pauta debería ser utilizada por los tribunales nacionales para considerar las condiciones de detención de los internos y preservar su integridad física. Téngase en cuenta que en el fallo comentado la Corte sostuvo que para realizar estos pedidos los detenidos no deben esperar sufrir un acontecimiento trágico, como un ataque, antes de requerir y obtener el remedio buscado<sup>52</sup>.

Se considera que el *recklessness* con respecto al tratamiento médico y a la provisión de adecuados lugares de atención puede constituir el criterio de "deliberada indiferencia"<sup>53</sup>, en relación con las condiciones de tratamiento médico<sup>54</sup>.

En el fallo "City of Canton v. Harris"<sup>55</sup>, la Corte Suprema norteamericana sostuvo que el concepto de **deliberada indiferencia** se aplica en los supuestos de omisión de provisión de la adecuada atención médica a los internos por parte de oficiales, si éstos no cuentan con el entrenamiento necesario. En este caso se le había preguntado al interno si necesitaba atención médica, y éste contestó en una forma ininteligible y cayó al suelo, siendo trasladado al hospital donde se le diagnosticó problemas emocionales. El detenido reclamó por la falta de atención médica debida, toda vez que los agentes no tenían el entrenamiento necesario para comprender su enfermedad y como consecuencia de ello sufrió complicaciones.

La Corte Suprema sostuvo que la "deliberada indiferencia" se aplica en estos casos, y que el entrenamiento de los oficiales era deficiente

<sup>52</sup> "Farmer v. Brennan", 511 US 825 (1994), p. 845.

<sup>53</sup> La jurisprudencia de las Cámaras Federales de Apelaciones en los Estados Unidos de Norteamérica acepta este criterio en forma unánime (véase "The Georgetown Law Journal", Criminal Procedure Project, 89:1916/1917, Washington, 2001).

<sup>54</sup> Se admite también un pedido con respecto a la deliberada indiferencia en situaciones de atención psíquica.

<sup>55</sup> 489 US 378, 388 (1989).

te, y como consecuencia de este hecho se había producido una afectación a los derechos del interno.

#### i — Situaciones de abuso sexual

En los Estados Unidos de Norteamérica tanto la doctrina como la jurisprudencia de los tribunales inferiores han aplicado el concepto de deliberada ignorancia a los reclamos de los penados y procesados que exigen medidas de protección ante probables situaciones de abuso sexual por parte de otros internos. En este aspecto se ha esgrimido que si el agente del servicio penitenciario actúa con deliberada ignorancia ante este tipo de situaciones, omitiendo cumplir con las funciones que le son propias para garantizar la integridad física y sexual de los internos, el Estado debe responder por los daños sufridos.

Para poder comprender el concepto de *recklessness* en el Derecho norteamericano hay que considerar la discusión que se plantea en la doctrina en las teorías que permiten distinguir los supuestos de dolo eventual del de culpa con representación. Este criterio implica una postura intermedia entre el dolo y la imprudencia consciente. Para un mejor entendimiento del concepto de *recklessness* hay que primeramente analizar la estructura de la culpabilidad, según el Derecho penal angloamericano. En este sentido se sostiene que existen cuatro niveles de culpabilidad: finalidad (propósito) *purpose*, conocimiento, *recklessness* y negligencia. El concepto de *purpose* y *knowledge* (propósito y conocimiento) es definido en el *Model Penal Code* desde una distinción que diferencia entre el accionar deliberado y el conocimiento. En este aspecto se afirma que el concepto de *intent* (intento) es ambiguo. De esta forma se argumenta que generalmente el conocimiento será suficiente.

El concepto de *recklessness* implica una distinción entre el actuar en forma deliberada o con conocimiento y el actuar en forma temeraria (*recklessly*).

Tal como el Código Penal Modelo de los Estados Unidos utiliza el concepto de *recklessly*, éste implica la creación consciente de riesgo. Es un accionar con conocimiento del riesgo de la conducta del autor. En este aspecto significa asumir una probabilidad que es menor que la certeza. El riesgo que conoce el autor debe ser sustancial para que este tipo de reproche pueda serle efectuado. A su vez el riesgo debe

ser injustificado. En suma, el criterio para comprender el riesgo es que éste tiene que ser sustancial e injustificado.

Por último, la cuarta forma de culpabilidad esta dada por la negligencia (*negligence*). Se diferencia de los anteriores conceptos en tanto no involucra un estado de conciencia. El sujeto actúa en forma imprudente cuando en forma inadvertida crea un riesgo injustificado y sustancial del cual debía estar consciente. De esta forma será responsable, si dado el tipo y grado de riesgo el autor falla en percibirlo valorando la naturaleza y el propósito de su conducta, como las circunstancias que lo rodean suponen una importante desviación del cuidado que debió ejercitar una persona razonable en su situación. Es interesante que los autores que comentan el Código Modelo expresen que, en última instancia, es "imposible evitar una articulación tautológica en la última cuestión en el juzgamiento del grado de "riesgo injustificado e injustificable". Cuando se actúa (*recklessly*) es más culpable toda vez que su falla no es la inadvertencia del riesgo como en la negligencia, sino la indiferencia. El sujeto estaba advertido (*aware*) del riesgo de su acción y sin embargo actuó. De esta forma el factor esencial reside en distinguir los grados de (*awareness*). Nos preguntamos ¿la conciencia sobre qué factor? En este sentido el *Model Penal Code* requiere para un accionar dentro de los parámetros del *recklessness* que la persona "en forma consciente deje de lado un sustancial e injustificado riesgo".

En concreto el sujeto debe estar de acuerdo en que exista un riesgo, que sea importante —sustancial—, y que sea injustificado. Esta cuestión en el Derecho norteamericano plantea aspectos similares a las del Derecho continental en cuanto al criterio que debe primar para distinguir la imprudencia con o sin representación<sup>56</sup>.

<sup>56</sup> En el *Model Penal Code* se explica que el concepto de *recklessness*, tal cual como está definido en la Sección 2.02 (2) ©, presupone una "conciencia" sobre la creación de un riesgo de homicidio sustancial, en tanto implique un riesgo tan relevante como para ser considerado justificado por algún propósito del sujeto ... la cuestión es bajo qué condiciones la creación del riesgo puede ser asimilada al conocimiento ... cuando el sujeto actúa en forma deliberada y con ignorancia conciente, *disregard*, del riesgo, considerando las circunstancias del caso, de forma tal que se aleje abiertamente de un comportamiento aceptable en tanto constituya "una grosera desviación" de un estándar de conducta de una persona razonable. Si el autor actúa en forma manifiestamente indi-

### j— Utilización de la fuerza por parte de las autoridades

Por otro lado, cuando se peticona que ha existido un uso excesivo de la fuerza por parte del personal de seguridad se tiene en cuenta el

ferente al valor de la vida humana, en cuanto indiferencia consciente del riesgo, puede considerarse homicidio con intención. En suma, en los casos de "extrema (*recklessness*)" aunque la conducta sea realizada sin conocimiento actual e intención será valorada como con "finalidad" (*purpose*) de homicidio.

El profesor Fletcher indica sobre este aspecto que: "Hay gente que estima que es cuestionable hacer responder a alguien por una gran desviación de la conducta que sería esperable a una persona razonable. Para el *Model Penal Code* el *recklessness*, en donde el sujeto sea consciente del riesgo cuando actúa, es más grave que la imprudencia, en caso de que la ley no castigue con imprudencia, la mínima forma de imputación subjetiva que viene en consideraciones la *recklessness*, es decir, la elección consciente de correr un riesgo sustancial e injustificado, que la conducta del sujeto convertirá en un elemento material del delito en cuestión. En la hipótesis en que si conoce el riesgo y se decide a correrlo de todos modos, la acción parece más despreciativa para los intereses ajenos que si no se es consciente del riesgo en absoluto. Si admitimos que la producción de un daño *recklessly*, con consciente desprecio, es en todo caso peor que causarlo imprudentemente. La imprudencia es suficiente base para una responsabilidad criminal. La no observancia de la atención debida a los peligros implícitos en la conducta es algo incorrecto que puede ser criticado también moralmente. Sin embargo se puede considerar que la imprudencia no puede fundamentar una sanción penal en tanto no existe el elemento de estado mental —conocimiento—" (*Conceptos básicos de derecho penal*, p. 180 y siguientes).

Muñoz Conde, al comentar la obra de Fletcher, expresa que *recklessness* es una forma de imputación subjetiva del *common law*. Se sitúa entre el dolo (*intention*) y la imprudencia (*negligence*), tiene la estructura de ésta, pero se la trata como comisión dolosa del delito. Se puede decir que equivale al dolo eventual, pero en la versión que de éste ofrece la teoría de la representación, es decir, valorando que lo importante es la conciencia del peligro y no el elemento volitivo respecto al eventual resultado. También se la puede considerar con la teoría del sentimiento, como una actitud de "consciente desprecio" hacia el resultado. Cualquiera sea la fórmula, se permite castigar con la misma pena que la comisión dolosa del delito de hechos, que en sí podrían ser también imprudentes, pero con un alto nivel de conciencia de peligrosidad de la acción y por la actitud de indiferencia hacia el eventual resultado, se considera que deben ser tratados con la pena del delito cometido dolosamente. La dificultad probatoria del elemento volitivo respecto del resultado no supone que se pueda prescindir de él al caracterizar el dolo. Esta fórmula del *recklessness* permite resolver en algunos casos este problema, pero a costa de crear una tercera forma de imputación subjetiva entre el dolo y la imprudencia (recuerda la antigua doctrina española del homicidio preterintencional) que más que una categoría dogmática constituye un expediente práctico que se utiliza para resolver las dudas y vacilaciones de los tribunales al valorar el tipo subjetivo del delito (véase, en este sentido, *Model Penal Code*, Section 2.02. *General Requirements of culpability*. Comentarios a la sección 2.02 (1985). El Código Penal Modelo es una legislación modelo que sirve como parámetro para las codificaciones tanto del Estado federal como de ca-

aspecto objetivo, como ser si el acto fue lo suficientemente dañoso como para constituir una afectación constitucional; y también el componente subjetivo, en cuanto a si el oficial actuó con conocimiento de la situación<sup>57</sup>.

Con respecto a la utilización de la fuerza para recobrar el orden de un sitio de detención, y si estas medidas implican un trato cruel y degradante, se ha establecido que el uso de la fuerza debería ser innecesario, y realizada para causar dolor, como elemento subjetivo. La cuestión es si el oficial usa la fuerza física para infligir un dolor o daño innecesario, o bien con buena fe para mantener el orden o reinstalarlo. En este aspecto si los oficiales actúan con malicia o en forma sádica, al buscar causar un daño, la petición de trato cruel e inusual prosperará<sup>58</sup>.

Se consideran parámetros para analizar si se presenta el elemento subjetivo:

1. La necesidad de aplicar la fuerza.
2. La relación entre la necesidad y la magnitud de la medida de coerción.
3. La extensión del peligro para la seguridad de la unidad, de otros internos u oficiales.
4. Los esfuerzos efectuados por los oficiales de la prisión para utilizar la fuerza física mínima<sup>59</sup>.

Sin embargo, si el uso de la fuerza fue irrazonable o innecesario, no puede considerarse que por esta sola cuestión exista una afectación a la Constitución norteamericana que prohíba las penas crueles.

da Estado. Téngase en cuenta que en ese país cada Estado de la Unión legisla sobre delitos; Kadish - Schulhofer, *Criminal law and its process. Cases and materials*, 6ª ed., ps. 212, 216; *Black's Law Dictionary*, 7ª ed., p. 1277; Trieman, *Recklessness and the Model Penal Code*, 9 Am. J. Crim. L. 282, 361 (1981).

<sup>57</sup> "Hudson v. Mc Millian", 503 US 1, 8 (1992).

<sup>58</sup> "Whitley v. Albers", 475 US 312, 319 (1986). La Corte formuló el criterio reseñado para establecer si el uso de la fuerza afecta las garantías constitucionales.

<sup>59</sup> "Hudson", 503 US 7.

## — § 4 —

**DERECHO AL DEBIDO PROCESO  
EN EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO**

La Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica requiere que toda restricción de la libertad y propiedad de los internos deba realizarse con el debido proceso. En este aspecto, el análisis rector tiene en consideración: si el gobierno ha interferido en la libertad o propiedad del interesado, y si hay procedimientos para garantizar estos derechos en forma tal que puedan ser admitidos por las garantías constitucionales<sup>60</sup>.

En el año 1995 la Corte Suprema estableció un nuevo criterio para analizar las libertades que pueden detentar los internos. En este sentido se sostuvo que un detenido debe alegar que una regulación específica le ha creado un interés protegido<sup>61</sup>. Si se determina que hay un interés protegido, para establecer qué tipo de procedimientos se deben presentar para garantizar su vigencia, se requiere que se tenga en cuenta su importancia, el grado de afectación de los intereses del gobierno, y el valor de los procedimientos que son requeridos.

**— Sanciones disciplinarias y garantías  
en el procedimiento**

El fallo "Wolff v. Mc Donnell"<sup>62</sup> explica que el gobierno debe proveer mínimas garantías en los procedimientos disciplinarios que puedan restringir los derechos de los internos.

Se sostiene entonces que el debido proceso requiere que un detenido debe recibir:

1. Con un día de anticipación y por escrito, conocimiento de que se practicará una audiencia respecto a la infracción que se le imputa.

<sup>60</sup> "The Georgetown Law Journal", Criminal Procedure Project, 89:1921, Washington, 2001; "Wolff v. Mc Donnell", 418 US 539, 558 (1974).

<sup>61</sup> "Sandin v. Conner", 515 US 472, 481 (1995).

<sup>62</sup> "Wolff v. Mc Donnell", 418 US 539, 557 (1974).

2. La oportunidad de ser oído, que incluye la posibilidad de citar testigos y presentar pruebas para preservar su defensa.
3. Una declaración por escrito que detalle las pruebas que existen y las razones para formular la actuación disciplinaria<sup>63</sup>.

Destacamos entonces que el debido proceso requiere que la autoridad presente pruebas para fundamentar sus decisiones. En este sentido se ha establecido que los fundamentos de las decisiones deben estar relacionados con la seguridad del lugar de alojamiento o bien con los fines de la Administración<sup>64</sup>.

Si como consecuencia del procedimiento puede revocarse el beneficio de salidas o libertad anticipada, es necesario que se le brinden al interno mayores garantías. Es así como se considera que los detenidos tienen derecho en estos procedimientos a contar con asistencia letrada y la oportunidad de interrogar a los testigos que declaran en su contra<sup>65</sup>.

En nuestro país, la Corte Suprema de Justicia citó el precedente "Wolff v. Mc Donnell" en "Romero Cacharane"<sup>66</sup>, explicando que el interno "tenía derecho a que antes de que se le imponga una sanción disciplinaria fuera informado por escrito de los cargos que se le imputan, en qué pruebas se sustentaba y a realizar su descargo, y a que cualquier medida de prueba que éste propusiese y no fuera aceptada debía fundarse su impertinencia...". Tiene en consideración la Corte nacional los precedentes de la Corte norteamericana "Wilson v. Seuter" y "Hutto v. Finney" anteriormente explicados, este caso trataba sobre la petición del interno Romero Cacharane para que su recurso fuera analizado por la Cámara de Casación Penal<sup>67</sup>.

<sup>63</sup> "Wolff v. Mc Donnell", 418 US 539, 563 (1974).

<sup>64</sup> Conforme fallo "Ponte v. Real", 471 US 491 (1985).

<sup>65</sup> "The Georgetown Law Journal", Criminal Procedure Project, 89:1929, Washington, 2001.

<sup>66</sup> CSJN, 9/3/04, R. 230.XXXIV.

<sup>67</sup> Véase, en la doctrina nacional, Cuenca, *Garantías y ejecución penal. Aplicación en el régimen disciplinario*, en "Revista de Derecho Penal, Garantías Constitucionales y Nulidades Procesales", II-2001-2, p. 123 y ss.; Garrigós de Rébora, *Régimen disciplinario en el marco de la ejecución penal: discrecionalidad administrativa*, en "Cuadern-



Sería interesante que la Corte Suprema nacional y los tribunales inferiores adoptaran estos criterios que permiten un mínimo estándar para que los internos puedan ejercer el derecho de defensa en la etapa de ejecución de la pena. Señala Salt<sup>68</sup> que el interno debería poder tener acceso a los informes de los organismos técnico-criminológicos, peritajes, opiniones consultivas de los órganos especializados, informes ambientales, o cualquier otro elemento ponderado en los incidentes. No cuenta el interno con la posibilidad de conocer los elementos que serán valorados para decidir su situación y ejercer el derecho de defensa<sup>69</sup>.

*¿información carbenada?*

— § 5 —

#### CONCLUSIONES

El control de las garantías constitucionales de las personas privadas de su libertad constituye una de las funciones más importantes del Poder Judicial. En esta inteligencia, controlar que los detenidos reciban un trato digno y humano tendiente a lograr su reinserción social es fundamental para que la pena privativa de libertad cumpla con sus fines. De la jurisprudencia comentada surgen pautas que permiten analizar el control sobre las decisiones de la Administración penitenciaria, al considerar la legitimidad de la finalidad buscada, como la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas que se adoptan. Se considera que el respeto de los derechos humanos de los presos es una cuestión cardinal en la justicia de ejecución, y por ello debe el Poder Judicial ejercer un permanente control sobre la autori-

nos de Doctrina y Jurisprudencia Penal”, año IX, n° 17, 2004, p. 99 y ss.; Bolotnikoff, *Sanciones disciplinarias penitenciarias impuestas a los presos preventivos y su forma de impugnación*, en “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal”, año IX, n° 17, 2004, p. 131 y siguientes.

<sup>68</sup> Rivera Beiras - Salt, *Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina*, p. 211.

<sup>69</sup> Rivera Beiras - Salt, *Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina*, p. 211.

dad administrativa para lograr la plena vigencia de los principios de humanidad y legalidad en la ejecución de la pena.

Esperamos que esta investigación constituya un pequeño aporte de nuevos criterios jurisprudenciales, que en parte han sido analizados por la Corte Suprema de Justicia, para que puedan ser criticados o compartidos por la doctrina y jurisprudencia nacional.

Capítulo VIII

La pena de privación de libertad

El control de las garantías constitucionales de las personas privadas de libertad constituye una de las funciones más importantes del Poder Judicial. En esta rama del control se busca lograr un equilibrio entre la dignidad humana y el deber de lograr un resultado social eficaz para que la pena privativa de libertad cumpla con sus fines. De la jurisprudencia comentada surge un perfil que permite analizar el control sobre las decisiones de la Administración penitenciaria al considerar la legitimidad de la finalidad buscada, como la reeducación y proporcionalidad de las medidas que se adoptan. Se considera que el respeto de los derechos humanos de las personas privadas de libertad en la justicia de ejecución, por el deber del Poder Judicial ejercer un permanente control de las acciones

Conclusiones

El control de las garantías constitucionales de las personas privadas de libertad constituye una de las funciones más importantes del Poder Judicial. En esta rama del control se busca lograr un equilibrio entre la dignidad humana y el deber de lograr un resultado social eficaz para que la pena privativa de libertad cumpla con sus fines. De la jurisprudencia comentada surge un perfil que permite analizar el control sobre las decisiones de la Administración penitenciaria al considerar la legitimidad de la finalidad buscada, como la reeducación y proporcionalidad de las medidas que se adoptan. Se considera que el respeto de los derechos humanos de las personas privadas de libertad en la justicia de ejecución, por el deber del Poder Judicial ejercer un permanente control de las acciones

1. Véase, por ejemplo, "Sentencia de la Sala IV del Poder Judicial de la Federación, 19 de mayo de 2010, expediente 10/2010, p. 11 y siguientes."

2. Véase, por ejemplo, "Sentencia de la Sala IV del Poder Judicial de la Federación, 19 de mayo de 2010, expediente 10/2010, p. 11 y siguientes."

INTRODUCCIÓN

La privación de libertad personal por el cumplimiento de pena, es decir, el delito, hace tan sólo trescientos años.

Desde el fin del siglo XVII a fines del XVIII, el siglo era no existía fuera del catálogo de penas. Surgió como tal recién a partir de la transformación del modelo de producción feudal que imperaba en ese entonces, al del sistema de producción capitalista, momento que se equiparó en gran medida con las nuevas reglas que impuso la revolución industrial. Hasta que se produjo este cambio, la privación de libertad penal no era utilizada sólo con el fin de mantener a buen resguardo a quienes se encontraban acusados de haber cometido delitos y se prolongaba hasta el momento en que se les juzgaba y sentenciaba a una pena.

La concepción de aquel tiempo estableció diversas sanciones que consistían en el sacrificio de ciertos bienes del condenado: la riqueza con penas pecuniarias, la integridad física con penas corporales como la mutilación y la castración, el honor con penas infamantes como el destierro. Para estar privado de libertad por delinquir era un castigo en razón de que la libertad no era considerada un bien en sí mismo.<sup>1</sup>

Capítulo VIII

La pena de privación de libertad\*

\* Trabajo elaborado por RICARDO HUÑIS, abogado. Profesor adjunto de Derecho Penal y Procesal Penal, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

**INTRODUCCION**

La privación de libertad personal nació con carácter de pena, es decir, castigo, hace tan sólo trescientos años.

Desde mediados del siglo XVI a fines del XVIII, el encierro no existía dentro del catálogo de penas. Surgió como tal recién a partir de la transformación del modelo de producción feudal que imperaba en ese entonces, al del sistema de producción capitalista; fenómeno que se emparenta en gran medida con las nuevas reglas que impuso la revolución industrial. Hasta que se produjo este cambio, la privación de libertad ambulatoria era utilizada sólo con el fin de mantener a buen resguardo a quienes se encontraban acusados de haber cometido delitos y se prolongaba hasta el momento en que se los juzgaba y sentenciaba a una pena.

La codificación de aquella época estableció diversas sanciones que consistían en el sacrificio de ciertos bienes del condenado: la riqueza con penas pecuniarias, la integridad física con penas corporales como la mutilación y la muerte, el honor con penas infamantes como el destierro. Pero estar privado de libertad por determinado tiempo no era castigo en razón de que la libertad no era considerada un bien en sí mismo<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Pavarini, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, p. 36.

Como consecuencia de las pautas establecidas en el orden socioeconómico en el siglo XVIII, a partir de la acumulación de capital y la pérdida de los medios de producción, que pasaron a manos de la minoría constituida por la burguesía, se fue generando en la mayoría, el proletariado, grandes masas de marginados: pobres y vagabundos. Estos representaban para la burguesía una real amenaza al sistema imperante.

Durante años el exterminio de la vida fue la única respuesta que el Estado usó para resolver la diferencia numérica entre los desocupados y las posibilidades de empleo, sin alterar el orden público.

A la brutal legislación de los siglos XVI y XVII, le siguieron medidas tendientes a disciplinar a los marginales excedentes: por un lado, la beneficencia pública, por el otro, la internación institucional.

El único bien que conservó el proletariado fue su fuerza de trabajo asalariado. La sujeción de muchos a pocos fue la consecuencia "natural" de la realidad económica; garantizar el orden y la paz, la estrategia del control social. El paradigma central de la época era cómo educar a las mayorías a aceptar su estado y cómo disciplinarlas para que no atenten contra la propiedad; al mismo tiempo, asegurar que todo se realice en una esfera de libertad<sup>2</sup>.

El eje teórico sobre el que se diseñó el modelo justificante del castigo fue el contrato, el pacto social. El poder de castigar y, en consecuencia, administrar la libertad, ha sido otorgado, cedido por los destinatarios de la ley penal al Estado, único titular del poder represivo<sup>3</sup>.

La pena de encierro, de privación de libertad pasó a constituirse en el principal castigo. Su justificación residió en la transgresión por parte del delincuente de aquello que previamente había pactado socialmente con la autoridad: la renuncia a ciertas libertades. Se reconoció la igualdad de todos los hombres en estado de naturaleza, pero también las diferencias en cuanto a la distribución de las riquezas.

Las nuevas reglas de juego requirieron para su aceptación "educar" a las mayorías, disciplinarlas para que admitan su condición na-

<sup>2</sup> Foucault, *Vigilar y castigar*, p. 233 y siguientes.

<sup>3</sup> Pavarini, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, ps. 33 y 34.

tural. Nació así el encierro en la penitenciaría, lugar donde las masas ociosas que delinquían eran educadas, disciplinadas mediante el trabajo más duro y obligatorio. Al mismo tiempo, este modelo cumplía con los postulados de las teorías de la prevención general, desde el momento en que servía para que el proletariado soportara mansamente el trabajo en la fábrica que el mercado libre le ofrecía.

El ingreso al sistema capitalista de producción, donde la sociedad actúa como productora de mercancías, implicó asignarle a la libertad un valor económico: la fuerza del trabajo humano medida en el tiempo. En consecuencia, su restricción equivalía a un castigo. El tiempo como riqueza permitió la mejor forma de aplicar las teorías retributivas por tratarse de algo fungible; además, servía para educar, disciplinar al desviado<sup>4</sup>.

De una política criminal basada en la aniquilación, se pasó a otra que se fundaba y legitimaba en la reinserción de quien se apartó del pacto social.

La criminología positivista aportó lo suyo, la cárcel fue el taller para "el gran experimento: la transformación del hombre"<sup>5</sup>. La base para ello era la observación, la manipulación, los tratamientos, la sumisión, educar para el conformismo.

A mediados del siglo XIX entró en crisis el mito del liberalismo económico en cuanto relaciona a la riqueza de una nación con el bienestar de la sociedad; por el contrario, la revolución industrial había enseñado que a mayor acumulación de riquezas, mayor acumulación de miseria.

El pensamiento positivista viró del retribucionismo penal a un juicio sobre peligrosidad, a un pronóstico sobre predisposición a cometer nuevos delitos y la legitimación del castigo dejó de tener como eje principal sólo un fundamento político (el contrato, el pacto social), para adoptar un criterio naturalista: la sociedad, al igual que el cuerpo humano, reacciona ante su parte enferma. Comenzó a tomar forma el concepto de "defensa social": el Estado, custodio de la sociedad,

<sup>4</sup> Zaffaroni - Alagia - Slokar, *Derecho penal. Parte general*, p. 53 y siguientes.

<sup>5</sup> Pavarini, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, p. 39.

encarcela a quien lo agrede y justifica su poder represivo de modo similar a la legítima defensa.

Con la cárcel, como pena, se propone que el transgresor compense el daño causado pagando con su propio tiempo asalariado y, asimismo, a través de la ejecución, preponderantemente disciplinaria, se aspira a reintegrarlo a la sociedad como un sujeto dócil. En este sentido, la evolución de la pena privativa de libertad ambulatoria apuntó a la prevención especial, generando un sistema cuyos contenidos exceden el mero encierro.

Poco y nada es lo que se ha avanzado en todo aquello que hace a la ejecución de la pena de prisión. La realidad carcelaria continúa bajo la dirección de agentes cuyo único interés es mantener el control de la población intramuros y pretenden hacerlo sólo mediante la represión.

Las teorías sobre la pena, sus fines, legitimación y cumplimiento, quedan reducidas al ámbito académico y las pocas veces que aparecen reflejadas en la legislación carcelaria, se reducen a "letra muerta"; el sistema carcelario se encuentra muy lejos de cualquier política de resocialización.

— § 2 —

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS NACIONALES

El Proyecto Tejedor divide las penas en tres grupos:

- a) *Corporales*: muerte, presidio, penitenciaría, destierro, confinamiento, prisión y arresto.
- b) *Privativas del honor y humillantes*: inhabilitación, destitución, suspensión, retractación, satisfacción, vigilancia de la autoridad y represión.
- c) *Pecuniarias*: multa, caución, comiso, costos y gastos.

La pena de privación de libertad, como pena *stricto sensu*, tenía en esa época una vigencia de un siglo y medio de aplicación efectiva, resultando diversos los sistemas ejecutivos.

En general, el catálogo de sanciones privativas de libertad estableció cuatro supuestos: presidio, penitenciaría, prisión y arresto.

- a) *Presidio*: estaba previsto para los delincuentes considerados incorregibles. Se les asignaba trabajos para el Estado en tareas

pesadas en el exterior, como ser, construcción o reparación de caminos, puentes o canteras.

El condenado a cumplir la privación de libertad en presidio, agregaba al castigo un sentido de expiación y vendicta, apareciendo en la ejecución la utilidad económica.

- b) *Penitenciaría*: la privación de libertad también era acompañada del trabajo obligatorio, pero sin cadenas y en tareas menos severas que en el caso del presidio.

Otra diferencia es que las actividades se cumplían en el mismo establecimiento. El sentido de la pena es moralizador y, esencialmente, correctivo.

En el año 1877 se emplazó en la calle Las Heras al 3400 la primera y única institución penitenciaria existente en el radio capitalino, aunque respetó su destino. Funcionó hasta el año 1961 en que fue demolida.

- c) *Prisión y arresto*: El Proyecto de 1891 simplificó las penas de privación de libertad, dejando de lado las de prisión y arresto, sólo prescribía el presidio para delitos graves y la penitenciaría, para ilícitos de menor severidad.

El Proyecto de 1906 modificó la denominación penitenciaria por prisión.

— § 3 —

EVOLUCION ULTERIOR

Se advierte la simplificación de sanciones, ya sea por fusión o desaparición. La pena de prisión pasó a reemplazar a la penitenciaría y arresto. Las penalidades en sí nunca tuvieron un correlato efectivo en su ejecución conforme a los designios de la ley; la realidad siempre fue otra.

Al producirse la "reforma carcelaria" el presidio sufre una retractación, ya que la tendencia es que el trabajo le sirva al penado para su recuperación y no como castigo y a favor del Estado. Dejan de existir los trabajos en el exterior, prevaleciendo tareas en talleres dirigidos por maestros.

El principio fue dar un oficio a quien no lo tiene, a fin de que, una vez liberado, se encuentre con las herramientas para reinsertarse en

la sociedad y obtener un trabajo que le permita el sustento propio y de su familia<sup>6</sup>.

— § 4 —

REGIMEN EN NUESTRO PAIS

La pluralidad de penas privativas de libertad se limitó a dos: la reclusión y la prisión. La reclusión es más severa y se identifica, teórica y prácticamente, con la pena de presidio. La prisión, en cambio, no registra contenidos infamantes.

En el Código de 1921 se reemplaza la pena penitenciaria por la de prisión y a la pena de presidio se la sustituye por la de reclusión. El art. 9° del Cód. Penal sostiene: "La pena de prisión, perpetua o temporal, se cumplirá con trabajo obligatorio, en establecimientos distintos de los destinados a los reclusos". En verdad, esta prescripción nació muerta, ya que, como antes decíamos, nunca se efectivizó la distinción de los establecimientos en los que se cumplían las penas de prisión.

Por decreto del 29 de noviembre de 1922, el gobierno había dispuesto que la pena de reclusión se cumpliera en el Penal de Ushuaia, y la de prisión, en la Penitenciaría Nacional de Buenos Aires. A los dos años, otro decreto con términos muy generales dio cuenta de la imposibilidad del cumplimiento del anterior, tal cual se había planificado y resolvió que los condenados a reclusión o prisión se alojaran en la penitenciaría de la calle Las Heras. Se advierte que, a poco tiempo de promulgado el Código Penal, ya se dictaron normas que incluían en un mismo instituto penal a presos y reclusos.

Otro antecedente donde se intentó concretar la pena de reclusión fue en el Penal de Sierra Chica, cerca de Olavarría, siendo las canteras de granito la principal explotación existente.

También encontramos, en el espíritu del legislador, la mayor gravedad asignada a la pena de reclusión al excluir expresamente de tal penalidad a las mujeres y a los menores<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Neuman, *Evolución de la pena privativa de la libertad y regímenes carcelarios*, p. 130.

<sup>7</sup> Neuman, en *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Parte general*, D. Baigún - E. R. Zaffaroni (dirs.); M. A. Terragni (coord.), p. 113 y siguientes.

El mayor grado de injusticia que acarrea la reclusión en relación con la prisión se traduce en que:

- a) Cuando la prisión no excede de seis meses, puede ser domiciliaria en caso de mujeres honestas o mayores de sesenta años o enfermos.
- b) La libertad condicional se puede conceder (si se dan los demás presupuestos) al año de reclusión u ocho meses de prisión.
- c) Para el cómputo de la prisión preventiva, dos días de reclusión equivalen a un día de prisión<sup>8</sup>.
- d) En los casos de tentativa, si la pena prevista para el delito es de reclusión perpetua, se aplican de quince a veinte años; si es de prisión perpetua, de diez a quince años.

— § 5 —

CONCLUSIONES

La pena privativa de libertad se ha impuesto en casi todas las legislaciones del mundo como la sanción más utilizada, pese y aun aceptando que su forma de ejecución es antinatural y contraria a los fines de la resocialización de la persona encerrada, que lleva a la despersonalización, automatismo y tensiones<sup>9</sup> que se traducen en la elevada y creciente cantidad de motines con muertes de internos y, aunque en menor medida, agentes del Servicio Penitenciario. Se debe agregar que estos hechos casi nunca logran ser esclarecidos debidamente y detectados sus responsables<sup>10</sup>.

Los postulados contenidos en las leyes carcelarias como el tratamiento progresivo, jamás llegan a concretarse seriamente, siendo en

<sup>8</sup> Con criterio distinto se declaró recientemente la inconstitucionalidad del art. 24 del Cód. Penal, estableciéndose que el cómputo de la pena de reclusión equivalía al de prisión. Véase CSJN, 22/2/05, "M. Nancy Noemí s/Homicidio atenuado", CSJN-Fallos, 447:XXXIX.

<sup>9</sup> Neuman, en *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Parte general*, D. Baigún - E. R. Zaffaroni (dirs.); M. A. Terragni (coord.), p. 137.

<sup>10</sup> Verbitsky, *Papabilidades*, en diario "Página 12", ejemplar del 10/4/05, ps. 10 y 11.

la práctica el ocio forzado y la humillación por medio de la violencia, el núcleo del sistema.

Lentamente, frente al proceso expansionista de la prisión, se abren camino las políticas reduccionistas, aquellas que tratan de dar prioridad a la idea de fines de prevención especial y/o rehabilitación con el objeto de reducir el uso de la prisión, haciendo efectivo el principio de que el castigo debe ser "la *ultima ratio*"<sup>11</sup>.

Los instrumentos alternativos a la prisión son los que se presentan como la opción más aconsejada en esta dirección. Una política criminal reduccionista parte de la premisa de que el Derecho penal y, en particular, la pena de prisión no es el instrumento principal para reducir o contener la criminalidad sino que, por el contrario, el mayor nivel de desarrollo e igualdad social de un país se demuestra por su capacidad de resolver los conflictos comunitarios con el menor uso de los instrumentos más coactivos, como son los utilizados por el Derecho penal<sup>12</sup>.

En el ámbito del Derecho comparado, entre las alternativas más frecuentes a la prisión, encontramos: la reparación, consistente en la obligación del autor de compensar a la víctima; el perdón o dispensa condicional y suspensión del fallo subordinado a que la persona no delinca durante determinado tiempo; la amonestación, puesta de manifiesto en la reprobación oral realizada por el juez; caución de conducta, por la que se obliga a pagar una garantía por el futuro comportamiento; la *probation*, establece que la persona debe participar en determinadas tareas de tratamiento en un marco institucional; el trabajo al servicio de la comunidad, que prevé que el sujeto trabaje ciertas horas sin recibir contribución; la inhabilitación; el control electrónico, que puede ir desde la obligación de la persona a mantenerse en determinado lugar hasta la fijación de un trayecto para trabajar y regresar a su hogar; el arresto domiciliario, con o sin control electrónico.

También se han considerado penas alternativas a la prisión: la semilibertad (obligación de pasar determinadas horas del día en la cár-

<sup>11</sup> Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 851.

<sup>12</sup> Rutherford, *Prisons and the process of justice*, p. 43.

cel) y la prisión intermitente o el arresto de fin de semana. En verdad, más que alternativas, son formas atenuadas de pena de prisión<sup>13</sup>.

Pese a todas las críticas que pueden formularse a las penas alternativas, consideramos que son, en todo caso, preferibles a la prisión. No sólo por privilegiar el principio de que la privación de libertad debe constituir el último recurso al que debería acudir el Derecho penal, sino también porque, en lo esencial, evitan el efecto estigmatizador y la desocialización de la persona, a la vez que permiten desmasificar las cárceles, siempre, claro está, teniendo presente para su aplicación y graduación de su intensidad, la gravedad del delito cometido.

Capítulo IX  
Sobre la ejecución penal  
en las cárceles argentinas

<sup>13</sup> Cid Moliné - Larrauri Pijoan, *Penas alternativas a la prisión*, p. 14 y siguientes.

El presente artículo es una adaptación de la obra de la autora...

En la actualidad, el artículo 18 de la Constitución...

El artículo 18 de la Constitución...

La ley 14.457, complementaria del Código Penal...

Este texto sustituye el régimen anterior...

Sin perjuicio de ello, la nueva sistemática...

Capítulo XI

La Ley de Ejecución de la Pena y los derechos fundamentales\*

\* Trabajo elaborado por VIRGINIA SANSONE, jefa de Trabajos Prácticos del Departamento de Derecho Penal y Criminología, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.



La ley 24.660, complementaria del Código Penal, denominada "Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad", fue sancionada el 19 de junio de 1996, promulgada el 8 de julio del mismo año, y modificada por ley 25.948<sup>1</sup>.

Esta norma sustituyó al régimen anterior, que reguló la situación de las personas privadas de libertad desde 1958 —decr.-ley 412/58, ratificado por ley 14.467—, renovando su marco normativo y conservando en lo fundamental su estructura y principios programáticos.

Sin perjuicio de ello, el nuevo sistema de sanciones disciplinarias representa un adelanto, en algunas cuestiones, si se lo coteja con el modelo anterior. Como referencia es posible señalar la diferencia que se establece al prohibir la doble sanción de aislamiento en celdas. Dicha imposición, prevista en el art. 45, inc. *d*) de la vieja legislación, ha encontrado en la nueva ley una sensible mejoría desde que, en su nueva formulación, se establece una cláusula de garantía para prevenir cualquier tipo injustificado de severidades que agraven, en cualquier forma, su ejecución.

Otro adelanto consiste en un respeto riguroso por el denominado principio de "demostración de culpabilidad", cuyo corolario está representado, en la ley, por la prohibición de aplicar sanciones colectivas (art. 94); prohibición que, en el régimen anterior, no se verificaba<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Ley 25.948, sancionada el 20/10/04, promulgada de hecho el 11/11/04. Incorporó el Capítulo II *bis*, sobre las excepciones a las modalidades básicas de la ejecución.

<sup>2</sup> Cuenca, *Garantías y ejecución penal. Aplicación en el régimen disciplinario*, en "Revista de Derecho Penal", volumen monográfico, "Garantías constitucionales y nulidades procesales-II", n° 2, 2001, p. 137.

En América Latina, en la década del '90, tras la recuperación de la democracia en la mayoría de las naciones, se sustanció un proceso de reforma de los sistemas de justicia penal.

El segmento penitenciario demoró dicho proceso, pero finalmente y sin introducir grandes novedades se sancionó la mencionada ley 24.660, cuyo objetivo es mejorar el sistema para favorecer la vigencia de las garantías individuales propias del Derecho penal liberal en el ámbito carcelario —humanización e intervención mínima—.

La actualización de la reforma penitenciaria es contemporánea a la incorporación a nuestra Carta Magna de los pactos internacionales de derechos humanos<sup>3</sup>, lo que significa un avance en la vigencia de las garantías sobre las condiciones de ejecución de la privación de libertad y la situación jurídica de los justiciables<sup>4</sup>.

Nos referimos a la actualización legislativa, pues el resguardo de las condiciones de ejecución surge de la Constitución Nacional —art. 18, la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos o degradantes—, por lo que se entiende que el efecto beneficioso al respecto es la influencia de la jurisprudencia generada en la interpretación de las normativas internacionales en el Derecho comparado<sup>5</sup>.

Los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos, han reconocido los derechos de las personas privadas de su libertad, procesados y condenados. No obstante ello, la jurisprudencia que emana de los órganos interamericanos, no ha logrado aún generar responsabilidad internacional en los Estados por las violaciones de los derechos humanos de los presos.

Esto no significa soslayo de la situación imperante; en prueba de ello, la Comisión Interamericana, en sus 85° y 86° períodos de sesiones, decidió establecer un grupo de trabajo encargado de realizar estudios sobre las condiciones carcelarias en América. Consecuente-

<sup>3</sup> Art. 75, inc. 22, Constitución Nacional.

<sup>4</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>5</sup> Salt, *Comentarios a la nueva ley de ejecución de la pena privativa de libertad*, en "Revista Nueva Doctrina Penal", p. 672.

mente, durante los últimos años, ha emitido informes sobre el progreso de la situación y proyectó un instrumento que establece un código uniforme de conductas y estándares mínimos como modelo para los Estados parte<sup>6</sup>.

En los informes de la Comisión encontramos más desarrollo jurisprudencial que en las sentencias de la Corte. Fundamentalmente, la referencia al tema aparece en los informes que la Comisión realiza sobre la situación general de los derechos humanos en un país determinado, y sólo en contadas ocasiones en los informes que la Comisión elabora a partir de denuncias individuales. Sin embargo, vale aclarar, que en lo que se refiere a cuestiones de Derecho, ambos tipos de documentos tienen el mismo valor jurídico.

En el contexto de nuestro país, esto reviste gran importancia debido al valor que la jurisprudencia argentina le otorgó en los últimos años a las decisiones internacionales. A partir del fallo "Ekmekdjian c. Sofovich"<sup>7</sup>, la Corte Suprema de Justicia de la Nación interpretó que los tribunales internos, además de aplicar los instrumentos de derechos humanos, deben utilizar como guía interpretativa las decisiones de los organismos internacionales competentes para su interpretación.

Por otro lado, con posterioridad a la reforma constitucional de 1994, en el fallo "Giroldi"<sup>8</sup>, la Corte Suprema interpretó que la frase del art. 75, inc. 22 de la Const. Nacional: "tienen jerarquía constitucional ... en las condiciones de su vigencia", significa que, además de tener dicho rango las reservas efectuadas por la Argentina, también tendrían este valor las decisiones provenientes de los organismos internacionales competentes para su observación.

Lo que antecede significa que deben aplicarse los tratados de derechos humanos "en las condiciones de su vigencia", vale decir, en la

<sup>6</sup> En tales informes se identifican como algunas de las áreas más conflictivas: la superpoblación, la no separación entre jóvenes y adultos, y entre procesados y condenados, la carencia de servicios médicos adecuados, la inadecuada alimentación, la desigualdad en la posibilidad de trabajar y de acceder a programas de capacitación, la desigualdad en la disposición de instalaciones recreativas, el sistema disciplinario, y la falta de acceso a una adecuada defensa legal.

<sup>7</sup> CSJN, 7/7/92, "Ekmekdjian c. Sofovich", LL, 1992-C-543.

<sup>8</sup> CSJN, 7/4/95, "Giroldi, H. s/Recurso de casación", JA, 1995-III-571.

forma en que la Convención rige efectivamente en el ámbito internacional<sup>9</sup>. Es importante señalar que el período de ejecución de penas constituye la etapa final del proceso penal y, por lo tanto, se encuentran en plena vigencia los principios fundamentales del mismo, incluyendo en esta fase, por imperativo de la ley que comentamos, el fin resocializador de las conductas que lo originaron.

La "reinserción social", resocialización y/o rehabilitación, mediante la aplicación de métodos y técnicas de tratamiento, se establecen en el Capítulo primero de la legislación en análisis.

Los instrumentos internacionales —Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 10, ap. 3) y la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 5º, ap. 6)— disponen que el régimen penitenciario tenga como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los penados.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aparentemente, no hace distinción entre el fin de la pena y el fin de la ejecución. Considera que una de las funciones que debe cumplir la pena es la de rehabilitación, por ello afirma que la resocialización es una obligación de los Estados.

Por otra parte, es opinión de la CIDH que el trabajo y la recreación son esenciales para lograr la reinserción social. Así: "El trabajo productivo en la penitenciaría es considerado como un mecanismo indispensable para alcanzar ese objetivo, por ello es imprescindible que se desarrollen efectivas políticas de rehabilitación de los reclusos y posibilidades de trabajo, toda vez que se trata de una población, en su mayoría joven, que puede tener una vida productiva por delante, y de no ser así permanecerán en una marginalidad permanente"<sup>10</sup>.

La resocialización sugiere la "reinserción social". El problema que presenta este objetivo, que es utilizado como elemento legitimador del encierro y del Derecho penal, es que no existe una clara definición sobre el alcance del mismo, lo que habilita a que sea sostenido y defendido por posiciones ideológicas antagónicas, generando inseguri-

<sup>9</sup> Moncayo, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, en "Revista de Doctrina y Jurisprudencia de Corrientes", n° 7, feb. 1999.

<sup>10</sup> CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil*, OEA/Ser. L/V/II.97, Doc. 29 rev. 1, 29/9/97, p. 68.

dad jurídica en la etapa de ejecución, y relegando a la administración penitenciaria el manejo arbitrario del tratamiento.

Es común que la administración limite el ejercicio de los derechos justificando su decisión en necesidades del tratamiento, por ejemplo, negar el acceso a una visita, o no permitir la realización de una actividad "por ser perjudicial para el tratamiento resocializador".

Debe destacarse la condición de sujeto de derecho del condenado —art. 2º—; éste conserva la titularidad de los mismos derechos que las personas libres y, como excepción, sufrirá las limitaciones propias del fallo dictado en su contra.

El estado actual de las cárceles de nuestro país, caracterizado por el hacinamiento, la inadecuada asistencia sanitaria y de salubridad<sup>11</sup>, a casi una década de sancionada la ley 24.660, se traduce en la vulneración de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Nacional, la cual recoge a su vez los principios básicos de la normativa internacional.

Por ello es imperioso delimitar cuál es la situación jurídica de las personas privadas de su libertad, de qué derechos fundamentales son titulares, y qué normas regulan esa situación.

La regla ha de ser el pleno reconocimiento de los derechos fundamentales y las garantías constitucionales; éste fue el tema central y decisivo de la reforma. Analizar y determinar en qué consiste el margen de restricciones que derivan del fallo condenatorio es competencia exclusiva de la etapa de ejecución.

El análisis relativo a los derechos fundamentales de los reclusos no pretende, de ningún modo, contribuir a un "mejoramiento de una institución que, como la penitenciaría", traduce la "historia de una justificación imposible"<sup>12</sup>. No se trata de legitimar o de contribuir al mantenimiento del encierro, por el contrario, el estudio de los derechos fundamentales pone de relieve la irracionalidad del sistema penitenciario y la imposibilidad de que éste cumpla con sus funciones respetando, al mismo tiempo, los derechos de las personas.

<sup>11</sup> Véase el informe del CELS, "Derechos Humanos en Argentina", Informe Anual 2000.

<sup>12</sup> Pavarini, "Historia de la pena. La justificación imposible", en *Delito y sociedad*, "Revista de Ciencias Sociales", n° 1, Buenos Aires, 1992, ps. 9 a 21.

El incremento radical de los índices de encierro, la construcción de nuevos centros penitenciarios y la aparición de unidades de máxima seguridad, determinan que el encarcelamiento siga siendo la “pena reina” del sistema de justicia criminal, en contraposición a las teorías abolicionistas que aspiran a su desaparición. A pesar de su crisis, la pena privativa de libertad no sólo sobrevive, sino que aumenta cada día, por ello es imperiosa la necesidad de dotar de mecanismos de defensa a quienes padecen sus efectos negativos<sup>13</sup>.

De lo que se trata es, justamente, de impedir que la sanción se convierta en la total negación de la libertad y la dignidad de la persona humana; la única utilidad individual y social es que ésta no destruya al individuo y con ello a la sociedad.

Como se adelantara, se prohíbe infligir tratos inhumanos o degradantes dentro del ámbito carcelario —art. 9º, ley 24.660—; este precepto es de larga data, pues la Constitución Nacional de 1853 lo ha puesto en vigencia.

Los primeros reconocimientos normativos de los derechos humanos fueron la declaración de Derechos de Virginia (de 12 de junio de 1776), la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América (del 4 de julio de 1776) y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano francesa (del 26 de agosto de 1789). A partir de estas declaraciones, en el siglo XIX y principios del siglo XX comenzó el proceso de su positivización con su introducción en los preámbulos y artículos de numerosas constituciones promulgadas en los países democráticos, que culminó con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre<sup>14</sup>.

Desde 1948 se sustanció otro proceso denominado “de internacionalización de los derechos humanos”, con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales y de las Libertades Públicas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

<sup>13</sup> Bustos Ramírez, “Pena privativa de libertad y política criminal: los establecimientos de máxima seguridad”, en *Privación de la libertad y derechos humanos*, p. 93 y siguientes.

<sup>14</sup> Rivera Beiras, *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría*, p. 9.

Existen distintas fundamentaciones relativas al surgimiento de los derechos humanos:

1. La iusnaturalista, sustentada por Bobbio, que entiende que éstos se deducen de la naturaleza humana<sup>15</sup>.
2. La fundamentación ética que “parte de la tesis de que el origen y fundamento de estos derechos nunca puede ser jurídico, sino previo a lo jurídico”<sup>16</sup>. El Derecho no crea los derechos humanos, sino que su labor es reconocerlos, convertirlos en normas jurídicas y garantizar su vigencia.
3. La fundamentación historicista, defendida por el filósofo italiano Croce<sup>17</sup>, postula que los derechos humanos son aceptados para hombres de una época particular, no se trata de demandas eternas, sino de hechos históricos, manifestaciones de las necesidades de tal o cual época e intentos de satisfacerlas. Se trata de derechos que se fundan “en las necesidades que los individuos van teniendo en las sociedades en la medida en que éstos evolucionan”<sup>18</sup>.

Sin perjuicio de la posición iusfilosófica que se adopte para definir el concepto de derechos humanos, los mismos deben ser reconocidos a todo ser humano por el solo hecho de ser tal y en cualquier sociedad.

La nueva legislación introdujo la aplicación del principio de legalidad, no previsto en el viejo decreto. De éste deriva el control judicial en la etapa de ejecución. Los jueces deben velar por la vigencia de los derechos y garantías que venimos analizando. Cualquier decisión que modifique sustancialmente las condiciones de cumplimiento implica una alteración de la determinación de la sanción.

Este principio, que se encuentra previsto en el art. 84 de la ley 24.660, ha sido objeto de algunas críticas.

<sup>15</sup> Bobbio, “Derecho del hombre y la sociedad”, en *El tiempo de los derechos*, Capítulo VII.

<sup>16</sup> Fernández García, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, p. 106.

<sup>17</sup> Croce, “Los derechos del hombre y la situación histórica presente”, en *Los derechos del hombre*, p. 143 y siguientes.

<sup>18</sup> Rivera Beiras, *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría*, p. 14.

Una de ellas es que la norma en cuestión no consagra un verdadero "principio de legalidad" porque habilita que una infracción disciplinaria tenga base "reglamentaria", y, por ende, no legal<sup>19</sup>; otra crítica es la ambigüedad de las disposiciones de ciertas infracciones, tanto a nivel legal, si se trata de infracciones graves, como reglamentario, en caso de las medias y leves.

La ley establece la modalidad de progresividad del régimen penitenciario, que se caracteriza por la posibilidad de que las condiciones de encierro y, en general, las privaciones y restricciones de derechos derivadas de la pena, se atenúen progresivamente durante el tiempo de cumplimiento.

Se establece el régimen de ejecución de la prisión preventiva, para aquellos que deben pasar largos períodos privados de libertad sin dictado de sentencia, equiparándolos en beneficios a los condenados. Se permite realizar la "ejecución anticipada voluntaria", admitiendo que la medida cautelar de privación de libertad es la pena y, en consecuencia, asimilar la situación del preso preventivo a la del condenado, conllevando claramente a la "ejecución anticipada voluntaria", lo que vulnera el principio de inocencia y reconoce la inconstitucionalidad de la norma, al permitir, en definitiva, que una pena se ejecute antes de la sentencia condenatoria.

La ley —negativamente— innovó en otros campos, al facultar al Estado a privatizar determinados servicios que se prestan dentro del aparato punitivo.

Esta innovación responde a los nuevos modelos penitenciarios, los cuales cimientan, en la resocialización del condenado, la expansión del sistema de ejecución de la pena, ampliando la cantidad de personas privadas de libertad.

Ciertas tendencias que plantean la necesidad de dotar de seguridad al ciudadano que no ha delinquido, mediante la inocuización del delincuente y la incapacidad de los Estados para albergar el aluvión de presos, han determinado en algunos países el ingreso del sector privado al sistema carcelario.

<sup>19</sup> Malarino, *Sanciones penitenciarias, legalidad ejecutiva y su contralor judicial*, en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", año III, n° 6, 1997, p. 832. También Cesano, *Un estudio sobre las sanciones disciplinarias penitenciarias*, ps. 29 a 33.

El peligro que genera esta modalidad es alarmante, pues las personas condenadas muy factiblemente se convertirán en los "clientes" de un nuevo emprendimiento comercial con grandes ganancias, que producirá un aumento indiscriminado de la población carcelaria.

Sostener esta postura implica desconocer los intentos que dogmáticamente se realizaron y se realizan por diagramar una política criminal basada en la reducción del Derecho penal en general y del encierro carcelario<sup>20</sup>.

En los Estados Unidos de Norteamérica las cárceles privadas nacieron en el año 1983 y, desde entonces, han incrementado su número de pobladores. Varias empresas privadas se reparten los establecimientos penitenciarios diseminados en una veintena de Estados. Algunas se limitan a manejar penitenciarías existentes, a las que le suministran personal de guardia y servicios, otras brindan toda la gama de bienes y actividades, arquitectura, financiamiento, construcción, mantenimiento, administración, seguros, empleados y hasta la búsqueda y traslado de los presos procedentes de otras jurisdicciones que alquilan plazas para sus reincidentes.

Esta última modalidad originó el floreciente mercado de "importación y exportación" de detenidos entre los Estados, algunos de los cuales tienen demasiados prisioneros y otros excedente de celdas<sup>21</sup>.

Wall Street dio la bienvenida a esta industria transformando a las empresas dedicadas a ello en las niñas mimadas de la bolsa; como referencia, este mercado mueve unos cuatro millardos de dólares y tienen pronosticado un magnífico futuro<sup>22</sup>.

A pesar de que el art. 229 de la ley 24.660 le otorga el estatus de ley complementaria del Código Penal y, por consiguiente, de aplicación en todo el territorio de la Nación, la competencia no ha sido aceptada pacíficamente en este ámbito, lo que sin duda plantea un grave problema de interpretación normativa.

Esta cuestión, nuevamente, versa sobre las facultades constitucionales del Congreso de la Nación para legislar en materia de ejecución

<sup>20</sup> Christie, *La industria del control del delito, ¿La nueva forma del holocausto?*, p. 142.

<sup>21</sup> Wacquant, *Las cárceles de la miseria*, p. 97.

<sup>22</sup> Wacquant, *Las cárceles de la miseria*, p. 97.

de las penas privativas de libertad, es decir, si se rige por las normas emanadas del ámbito nacional o si, por el contrario, cada provincia puede reservar la materia a sus poderes.

Estamos frente a un dilema de Derecho constitucional sobre la división de la competencia legislativa provincial y federal de acuerdo al modelo de Estado federal que se adopta en nuestra Constitución<sup>23</sup>.

Núñez<sup>24</sup> afirmaba que constitucionalmente la unidad del régimen de ejecución penitenciaria deriva de la facultad que tiene el Congreso para dictar el Código Penal. Esta involucra la de regular todo lo atinente a las modalidades del régimen de ejecución de la pena que se impone, pues sólo así la Nación habrá determinado las mismas, posibilitando la vigencia de la garantía *nulla poena sine lege*. Se viola esta garantía tanto si el reglamento local de ejecución se aparta de la estructura de la pena determinada por la ley del Congreso, como si esa estructura se desfigura en la práctica. A las provincias les compete ejecutar las instituciones de la ley de fondo, sin que esta jurisdicción involucre la potestad de establecer, destruir o alterar la institución nacional.

Maier<sup>25</sup> es coincidente, sosteniendo que las únicas reglas de ejecución penitenciaria son dictadas por el Congreso de la Nación, en cumplimiento de su función de sancionar la ley penal, pero reconociendo que las provincias en su territorio, y la Nación en el orden federal puedan prever todo lo relativo a la dirección, administración y control de los establecimientos penitenciarios.

El conflicto se generó porque la ley 24.660 incorporó diversos beneficios (medidas sustitutivas del encierro, atenuación del rigor de la ejecución, salidas anticipadas), con lo cual si se sostiene la teoría de que le ley nacional no rige en la provincias, aquellos condenados fuera del ámbito nacional no podrían gozar de los beneficios mencionados<sup>26</sup>

<sup>23</sup> Sobre el tema debe analizarse la interpretación del alcance de los arts. 121 y 75, inc. 12 de la Constitución Nacional.

<sup>24</sup> Núñez, *Tratado de derecho penal*, t. II, ps. 379 y 380.

<sup>25</sup> Maier, *Derecho procesal penal argentino*, t. 1-a, "Fundamentos", p. 110.

<sup>26</sup> Cám. Crim. y Corr. Morón, Sala II, 26/6/97, "Sánchez, Luis", se resolvió "... estando vigente en el territorio de la provincia de Buenos Aires el Código de Ejecución Penal para la ejecución de las condenas penales, y no se ha dictado aún alguna ley por el

y, a la inversa, supondría que una regulación provincial resulte más benigna que la nacional.

Gran parte de la doctrina, basada en el art. 16 de la Const. Nacional, se ha pronunciado por la "igualdad de trato" manifestándose a favor de la facultad del Congreso de la Nación para legislar en materia penitenciaria en toda la República. El principio de igualdad exige que dos penas iguales deben ejecutarse de manera igual en todo el país y que el hecho de que se conviertan en penas diferentes sólo porque sea diferente la provincia donde deben cumplirse constituye una violación al principio<sup>27</sup>.

Otros fundamentan la postura a partir de la correcta interpretación del alcance y las consecuencias de la vigencia del principio de legalidad ejecutiva —art. 18, Const. Nacional— que exige al Congreso de la Nación el dictado de normas materiales que, además de la determinación del monto de la pena, definan el contenido cualitativo de ellas antes de la comisión del hecho ilícito<sup>28</sup>.

Este último argumento obliga a diferenciar en el texto normativo, cuáles son las normas de Derecho penal material, las procesales y las administrativas. Es claro que las que integran el Derecho común deben ser dictadas por el Congreso de la Nación.

Por ello, algunos de los Estados provinciales que han dictado leyes en la materia han sido particularmente cuidadosos al momento de abordar esta temática, respetando —en sus lineamientos generales— la estructura del régimen penitenciario previsto por la ley nacional. Tal el caso del art. 7° de la ley 8878 de la provincia de Córdoba cuando regula lo atinente a las etapas que integran dicho régimen —esto es, observación, tratamiento, prueba y libertad condicional—. En estos casos, la duplicidad no produce ningún efecto. El problema, como se adelantó, se da cuando una ley provincial regula el régimen peni-

Congreso de la provincia de Buenos Aires que venga a sustituir aquella norma o que aporte las concordancias reclamadas por el art. 228 de la ley nacional 24.660, y puesto que el tema está reservado a la competencia del Estado provincial, no resulta de aplicación en el ámbito de la provincia de Buenos Aires la ley 24.660 y, por lo tanto, no es procedente el pedido de libertad asistida normado en el art. 54 de la misma".

<sup>27</sup> Zaffaroni, *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. 1, p. 200 y siguientes.

<sup>28</sup> Postura sostenida por Núñez y Maier.

tenciario, o alguna de las instituciones a él vinculadas, en forma distinta a que lo hace la ley de ejecución nacional. La solución frente a las normas provinciales que se contraponen a la nacional es su declaración de inconstitucionalidad para que no sean aplicadas. Ello así, por cuanto tales normas están modificando un aspecto de la ejecución sustancial que, como tal, únicamente puede ser realizada por una ley del Congreso nacional—art. 75, inc. 12, Const. Nacional—y no por una legislatura provincial.

De hecho, y aun cuando no se haya llegado a la declaración de inconstitucionalidad, el Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, en varios precedentes, algunos posteriores a la sanción de la ley 12.256, ha expresado que “de acuerdo con lo previsto en los arts. 75, inc. 12 de la Const. Nacional, y 229 de la ley 24.660, las disposiciones de neto corte penal incluidas en el régimen penitenciario nacional son aplicables en territorio de la provincia de Buenos Aires...”<sup>29</sup>; con lo cual, y como corolario de tales criterios, se ha resuelto que “corresponde aplicar en territorio provincial el instituto de las salidas transitorias, previsto por el art. 16 de la ley 24.660”<sup>30</sup>, así como también el de la libertad asistida<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Trib. Cas. Penal Buenos Aires, 24/5/99, causa 125, “Pedrozo”; idem, 8/9/99, causa 89, “Gil Brenta”.

<sup>30</sup> Trib. Cas. Penal Buenos Aires, 14/9/99, causa “Araya Godoy”.

<sup>31</sup> Trib. Cas. Penal Buenos Aires, 13/4/99, causa 39, “Bastidas”.

## Capítulo XII

# Pautas para la supervivencia de un régimen progresivo de ejecución de la pena en la República Argentina\*

\* Trabajo elaborado por NICOLAS TOSELLI, abogado UBA. Miembro de la carrera docente del Departamento de Derecho Penal y Criminología, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. El presente trabajo forma parte de la exposición realizada en ocasión de rendir examen para el ingreso a la carrera docente en la cátedra de la doctora Zulita Fellini de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, noviembre de 2004.

El artículo 18 de la Constitución establece que toda persona tiene derecho a la libertad personal y a no ser sometida a esclavitud ni a servidumbre. La pena de prisión es una consecuencia necesaria de la infracción de las leyes penales. Este artículo garantiza el derecho de defensa y el debido proceso, así como el derecho a recurrir de casación y a ser juzado por un juez competente y legítimo.

CONSTITUCIÓN

En el artículo 18 de la Constitución se establece que toda persona tiene derecho a la libertad personal y a no ser sometida a esclavitud ni a servidumbre. La pena de prisión es una consecuencia necesaria de la infracción de las leyes penales. Este artículo garantiza el derecho de defensa y el debido proceso, así como el derecho a recurrir de casación y a ser juzado por un juez competente y legítimo.

Ante la sanción de la ley 24.660 de Ejecución de la Pena Privada de Libertad, que fue sancionada por el Parlamento en el mes de junio de 1990, el Poder Ejecutivo presentó un proyecto de ley que modificaba el artículo 18 de la Constitución, para que el Poder Ejecutivo pudiera aplicar la pena de prisión a los reclusos que no cumplían con las condiciones de la ley 24.660.

La norma establece que la pena de prisión es una consecuencia necesaria de la infracción de las leyes penales. Este artículo garantiza el derecho de defensa y el debido proceso, así como el derecho a recurrir de casación y a ser juzado por un juez competente y legítimo.

La declaración judicial de nulidad de la ley 24.660 es una consecuencia necesaria de la infracción de las leyes penales. Este artículo garantiza el derecho de defensa y el debido proceso, así como el derecho a recurrir de casación y a ser juzado por un juez competente y legítimo.

Capítulo XVII

Coordenadas para la delimitación constitucional de las decisiones judiciales en la aplicación de la pena \*

\* Trabajo elaborado por MARCELO E. MONACO, abogado. Jefe de Trabajos Prácticos del Departamento de Derecho Penal y Criminología, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires; PABLO C. FARSA, VALERIA THUS, GUSTAVO RUSSO, BIBIANA BIRRIEL, MARTIN FERNANDEZ OTEIZA y LAURA LEMA, abogados. Miembros de la carrera docente del Departamento de Derecho Penal y Criminología, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.



**INTRODUCCION**

La recurrente opción legislativa (no de política criminal) de considerar a la privación de libertad en sentido llano para un número cada vez mayor de conflictos individuales y sociales nos obliga a efectuar un análisis pormenorizado de cuál es el marco completo que rige las decisiones judiciales sobre la materia, puesto que aquella opción legislativa se realiza prescindiendo de casi todo el marco de derechos y garantías que debería orientarla: el Derecho internacional humanitario, la Constitución Nacional, la propia legislación penitenciaria, los objetivos de las leyes (nacionales y provinciales) que rigen la ejecución de la pena, los institutos consagrados en los códigos procesales, entre otros.

Las aristas más grotescas de esa práctica legislativa son la imprevisión sobre sus consecuencias de mediano y largo plazo, la omisión de todo análisis sobre el resultado de decisiones de similar enjundia tomadas en años anteriores (a veces, en meses recientes) y su resultado (o producto vendible comunicativamente) es un sinnúmero de disposiciones legales que emiten varios mensajes simultáneos, no siempre complementarios y autoritarios (que, en muchos casos, terminan plasmando situaciones contradictorias y absurdas): no interesa en absoluto indagar sobre las raíces del "mal"; se "venden" a la represión y a la dureza como las mejores respuestas para una situación social de alta gravedad, buscando legitimar la capacidad operativa de los diversos brazos armados de los distintos ejecutivos (nacio-

nal y provinciales), pretendiendo remover obstáculos jurídicos que constituirían simples molestias.

Como se verá, una revisión detallada —analítica y crítica— de las posibilidades concretas de esas decisiones legislativas, para influir en el campo de las decisiones judiciales, nos conduce al desafío de elaborar ejes de interpretación diametralmente distintos —en pos de metas de estricto corte jurídico— como singular paradoja del desatino inicial.

— § 2 —

**LA TENSION ENTRE EL INCREMENTO PROGRAMADO  
DEL ENCARCELAMIENTO PREVENTIVO  
Y LA POSIBILIDAD DE DISMINUIR LA CANTIDAD DE PERSONAS  
DETENIDAS MIENTRAS SE DESARROLLA EL PROCESO PENAL**

Son conocidos los elevados porcentajes de personas bajo el régimen de prisión preventiva dentro del total de la población carcelaria latinoamericana. La situación es de alta gravedad, ya que compromete el principio de inocencia y, por las características con las que se aplica, se convierte en una pena anticipada que da por tierra con los pactos internacionales y la Constitución Nacional.

En este punto se intentará una sinopsis sobre los diversos aspectos a tener en cuenta, ante la necesidad de adecuación de la normativa procesal federal al sistema de principios supranacionales que rigen el instituto de la prisión preventiva.

El desarrollo apuntará a que dicha medida recupere su carácter meramente cautelar y resulte aplicada en la minoría de los casos, bajo estrictas garantías para el imputado. De más está decir que, mientras tal reforma no se efectúe, los jueces tienen la obligación de omitir la aplicación de toda disposición jurídica interna que represente una violación a las obligaciones internacionales asumidas por el Estado.

Lo cierto es que si se persiguiera con mayor dedicación el cumplimiento de la normativa internacional —y algunos aspectos delineados en el Derecho interno— no habría tal magnitud de detenciones “provisorias”.

Se intentará efectuar en este apartado un abordaje que, aun considerando cuestiones de fondo, hacen al aspecto procesal del problema.

En este marco vemos que, tal como expresa Bovino<sup>1</sup>, el Derecho internacional de los derechos humanos contiene cuatro grupos de exigencias referidas al encarcelamiento preventivo de personas adultas, ellos son:

- a) Requisitos sustantivos que autorizan la detención.
- b) Control judicial de la detención.
- c) Condiciones materiales de cumplimiento de la privación de libertad.
- d) Limitación temporal del encarcelamiento procesal.

Los cuatro grupos son de sustancial importancia y todos ellos se vulneran en nuestro país; los que impactan directamente en el tema que nos convoca son básicamente los identificados con las letras a) y d). El grupo d) no será abordado específicamente en este Capítulo por presentar una mayor aceptación legislativa, doctrinaria y jurisprudencial y, en forma parcial, se encuentra contenido en el primero, a través de los principios de proporcionalidad y de provisionalidad de la detención que serán comentados más adelante.

**— Requisitos sustantivos que debe tener en cuenta el juez  
para que pueda autorizar la privación de libertad  
de una persona que aún no ha sido condenada**

En primer lugar y circunscribiendo a todo el sistema surge el principio de inocencia<sup>2</sup>. Como es sabido, la exigencia normativa requiere que toda persona sea considerada inocente hasta tanto no se obtenga una sentencia condenatoria firme dictada por autoridad judicial competente que termine con aquel estado reconocido jurídicamente. El principio no afirma que el imputado sea en verdad inocente, sino que le atribuye el estatus jurídico que exige el trato de inocente, sin

<sup>1</sup> Bovino, “El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos”, en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, p. 430 y siguientes.

También disponible en <http://www.pnud.org/ve/archivo/documentos/data/300/333k.htm>, y [www.derechopenalonline.com](http://www.derechopenalonline.com).

<sup>2</sup> Principio de inocencia: arts. 18, Const. Nacional; 11.1, Declaración Universal de los Derechos del Hombre; y 14, inc. 2°, PIDCP.

importar el grado de verosimilitud de la sospecha, ni que realmente sea o no culpable del hecho que motiva el proceso. Por esto, para no vulnerar el principio, las medidas de coerción procesal —en especial, la de prisión cautelar— deben cumplir con una serie de requisitos y condiciones de legimitidad. La regla que deviene de este principio es que las personas imputadas no pueden ser privadas de su libertad anticipadamente.

En segundo lugar, no se pueden asignar fines materiales a la privación preventiva de libertad, la misma sólo puede tener fines procesales. Las medidas que integran la coerción procesal no tienen naturaleza sancionatoria, sino instrumental y cautelar y sólo se puede autorizar la prisión preventiva de un imputado si se pretende con ella garantizar la realización de los fines del proceso y nada más que ellos. “Por ende, resulta completamente ilegítimo detener preventivamente a una persona con fines retributivos o preventivos (especiales o generales) propios de la pena (del Derecho penal material) o considerando criterios tales como la peligrosidad del imputado, la repercusión social del hecho o la necesidad de impedir que el imputado cometa nuevos delitos”<sup>3</sup>.

Pero la finalidad procesal como única justificante de la detención cautelar no sólo surge del principio de inocencia: la Convención Americana de Derechos Humanos en su art. 7°.5 (“... Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio” del imputado) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 9°.3 (“...su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren 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”) también lo establecen clara y exclusivamente.

Sobre la base de la normativa citada, de las interpretaciones efectuadas por los organismos internacionales y de los fines mismos asignados al proceso penal, surgen apenas dos supuestos de peligro procesal que configuran la única vía legítima para el dictado de una pri-

<sup>3</sup> Bovino, “El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos”, en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, ap. III, pto. 1.

sión preventiva: cuando se obstaculiza la averiguación de la verdad (entorpecimiento de la investigación); y cuando el imputado se fuga procurando impedir la aplicación del Derecho penal material (peligro de fuga). Ambos supuestos deben contemplarse a la luz de lo que más adelante introduciremos como tercer requisito sustantivo, el principio de excepcionalidad, que implica para estos casos la imposibilidad de ordenar la detención siempre que el peligro concreto pueda ser neutralizado con medidas cautelares menos gravosas.

Surgen así varias contraposiciones entre el Código Procesal Penal de la Nación y el Derecho supranacional. En particular, el art. 312, porque plantea como principio a la prisión preventiva (ligado al art. 319), el art. 316, en cuanto establece parámetros que ninguna relación guardan con los supuestos de peligro procesal que puedan presentarse —o no— en cada caso concreto, y que implican, más que una medida cautelar, la aplicación de una pena ilegítima basada en la gradación o el carácter del tipo penal que se le intenta imputar a la persona, y el art. 319, porque contiene una fórmula muy amplia que incorpora la reincidencia y las características del hecho —que no son asimilables a las del proceso—. Esos parámetros justificantes de la prisión preventiva en nuestro Código de forma federal plantean criterios diametralmente opuestos a las directivas internacionales avaladas por la Constitución Nacional.

En ese sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>4</sup> ha expresado:

1. Que la detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que haya una sospecha razonable de que el acusado podrá evadir a la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos, o destruir evidencia.
2. Que no puede fundarse en el hecho de que un presunto delito es especialmente objetable desde el punto de vista social.
3. Que el hecho de fundar la detención en los antecedentes penales del imputado implica recurrir a circunstancias que no tie-

<sup>4</sup> CIDH, Informe n° 12/96, caso 11.245 (Argentina), res. del 1/3/96, véanse ps. 48 a 51.

nen relación alguna con el caso y que la consideración de los antecedentes vulnera claramente el principio de inocencia y el concepto de rehabilitación.

Entre otras cosas, surge de lo antedicho que la existencia de peligro procesal no se puede presumir. Tal como afirma Bovino, "... en el marco de una organización republicana de los poderes públicos sujeta a las reglas básicas del Estado de Derecho, sólo al Poder Judicial le corresponde la facultad de determinar la existencia de las circunstancias fácticas que operan como presupuestos de aplicación de una norma jurídica general, en un caso particular, a partir de los elementos de prueba introducidos válidamente en el proceso. En consecuencia, la determinación de una circunstancia de hecho, en el caso concreto, no puede ser impuesta normativamente por el Poder Legislativo, como sucede cuando se establece la presunción, sin admitir prueba en contrario, de que existe peligro procesal para cierto tipo de casos, de manera general y abstracta. Las disposiciones legales de esta naturaleza representan una manifiesta invasión, por parte del legislador, de la función de establecer los hechos del caso concreto que corresponde exclusivamente al Poder Judicial. Por esta razón, el establecimiento legal de los denominados 'delitos no excarcelables' resulta ilegítimo no sólo por vulnerar el principio de inocencia, al permitir el encarcelamiento de un inocente sin que pueda comprobarse o discutirse la existencia de razones concretas que lo justifiquen, sino que también representa una intromisión indebida del legislador en el ámbito de las funciones exclusivamente judiciales. La legislación procesal no puede establecer criterios generales que determinen la imposición obligatoria de la privación de libertad e impidan la verificación judicial de las circunstancias concretas del caso, como sucede, por ejemplo, con los delitos no excarcelables ..." <sup>5</sup>.

Como tercer requisito sustantivo, tal como se había anticipado, surge el principio de excepcionalidad, que si bien no presenta mayores complicaciones en cuanto a la claridad de su alcance, es sistemá-

<sup>5</sup> Bovino, "El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos", en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, ap. III, final del pto. 3.

ticamente violado en la mayoría de los países —entre ellos, el nuestro—. Lo que este principio estipula es que durante el transcurso del procedimiento penal la regla es la libertad ambulatoria. Surge de la combinación entre el derecho general a dicha libertad y la prohibición de aplicar pena antes de que se obtenga sentencia condenatoria firme. Este principio está expresamente establecido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 9°.3, "... *La prisión preventiva ... no debe ser la regla general ...*" (y, en gran medida, contrariado en el art. 312 del Cód. Proc. Penal de Nación donde la excepción es la libertad).

Se puede deducir, como consecuencia directa del principio de excepcionalidad, la exigencia de agotar toda posibilidad de asegurar los fines del proceso a través de medidas cautelares diferentes a la prisión preventiva que resulten menos gravosas para el imputado (de hecho, el principio obliga a aplicar la medida menos gravosa dentro de las posibilidades que plantee el caso).

Como cuarto requisito material surge la sospecha sustantiva de responsabilidad, la cual es indispensable para que resulte procedente la aplicación de una medida privativa de libertad dentro del proceso. De más está decir que la materialidad de esta sospecha debe estar acompañada por todos y cada uno de los requisitos que aquí se han desarrollado, ya que nunca por sí sola sería justificativa de la privación de libertad. Deben existir elementos de prueba que corroboren la probable responsabilidad penal del imputado, pero a esto debe sumarse la situación de riesgo procesal que debe acreditarse y la comprobación fehaciente de que ningún otro medio cautelar es viable para ese imputado en el caso concreto. Sólo de esa manera la privación de libertad estará exenta de colisión con el principio de inocencia.

En rigor, la necesidad de sospecha sustantiva de responsabilidad, deriva de la prohibición de realizar detenciones arbitrarias y está plasmada en este sentido en los arts. 9°.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 7°.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Como quinto requisito a conjugar con los hasta aquí descriptos (el cual también será contemplado en otro apartado de este capítulo), surge el principio de proporcionalidad e implica que cuando resulte aplicable una medida cautelar, la misma no sea para el imputado un mal mayor que la propia reacción del Estado en caso de eventual con-

dena. Concretamente con la prisión preventiva se trata de impedir que la situación de un individuo aún inocente devenga peor que la de la persona ya condenada. La extensión de la privación de libertad en modo preventivo no puede ser nunca mayor a la de la eventual condena y, por cierto, aquélla resulta inadmisibile para los casos en los que no se espera la imposición de una pena privativa de libertad de cumplimiento efectivo en las resultas del juicio.

Por último, encontramos la necesidad del carácter provisional de la detención, que significa que todos los requisitos que deben verificarse para autorizar el encarcelamiento preventivo no sólo sean necesarios para fundar la decisión inicial que ordena la detención, sino que deben estar presentes a lo largo de todo el tiempo que dure la prisión preventiva. El principio —de construcción jurisprudencial internacional— autoriza a continuar con la detención sólo si subsisten todas y cada una de las circunstancias que fundaron la necesidad original de ordenar la privación de libertad. Por lo tanto, ante la desaparición de alguno de los requisitos, el encarcelamiento debe cesar, caso contrario se transformará en ilegítimo.

Existe legislación procesal comparada que recepta este principio instaurando diversos mecanismos de revisión<sup>6</sup>, siendo uno de los más importantes el instado por el propio imputado.

Todos los requisitos resumidos son Derecho vigente y deben ser aplicados tal como está previsto en el sistema de garantías; vemos —ahora en forma evidente— que el contenido del Código Procesal Penal de la Nación se aleja en forma rotunda de estas pautas y, lo que es aún peor, que los jueces (salvo valiosas excepciones) siguen aplicando el reglamento interno en lugar de receptar el camino exigido tanto por los instrumentos y organismos internacionales como por nuestra Constitución. Camino que, por cierto, de transitarse tal como es debido, implicaría una palmaria disminución de la cantidad de personas detenidas durante la tramitación del proceso, el consiguiente respeto del principio de inocencia, la aplicación de pena preventiva exclusivamente en los casos puntuales en que estén dadas todas las circunstancias requeridas y con el debido control judicial y la puesta en regla de un sistema que infringe de modo flagrante los

<sup>6</sup> Al respecto véase Código Procesal Penal de Costa Rica y de Guatemala.

derechos humanos y genera una permanente responsabilidad internacional para el Estado argentino.

Al respecto consideramos acertada la propuesta legislativa adoptada por el anteproyecto de Código Procesal Penal de la Nación elaborado por el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP)<sup>7</sup>, que no sólo contempla diez medidas cautelares menos gravosas que la detención preventiva, sino que a todas las ciñe a las dos circunstancias de riesgo procesal presentadas en este apartado, con la específica aclaración de que siempre que el peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación pueda ser evitado razonablemente por aplicación de otra medida menos grave para el imputado, el juez deberá hacerlo<sup>8</sup>. A su vez, el anteproyecto plasma en su art. 193 el principio de excepcionalidad para todas las medidas de coerción y manifiesta sobre ellas que durarán el tiempo mínimo razonable y dentro de los máximos previstos por la ley.

Otros aspectos fundamentales que recepta el anteproyecto y que se vinculan directamente con el presente apartado son:

1. No se podrá aplicar una medida de coerción sin expreso pedido del fiscal o el querellante (art. 194).
2. Las medidas de coerción privativas de libertad no podrán imponerse por un plazo superior a dos años. Vencido éste, el imputado quedará automáticamente en libertad, y no se podrá decretar una nueva medida de coerción privativa de libertad (art. 197).
3. Se dispondrá el cese de la prisión preventiva en los siguientes casos: si su duración supera el mínimo de la pena prevista; y si su duración es equivalente a la exigida para la concesión de la libertad condicional o libertad asistida a los condenados (art. 198).
4. El juez, de oficio o a petición de parte, dispondrá la inmediata libertad del imputado cuando no concurren o hayan cesado todos los presupuestos exigidos para la imposición de prisión preventiva. El imputado también podrá solicitar la revocación o sustitución de cualquier medida cautelar todas las veces que lo considere pertinente. También tendrá derecho a que, por única vez,

<sup>7</sup> Véase el art. 193 y ss. del anteproyecto en <http://www.inecip.org/principal>.

<sup>8</sup> Véase art. 194 del citado anteproyecto.

la decisión sea examinada por tres jueces penales distintos del que aplicó la medida cuestionada (art. 199).

5. La resolución que rechace una medida cautelar no podrá ser impugnada (art. 200).

— § 3 —

**LA INADECUACION CONSTITUCIONAL DE LA DURACION EXCESIVA DE LA PENA DE PRISION EFECTIVA, DE LAS RESTRICCIONES A LA CONCESION DE LA LIBERTAD CONDICIONAL Y AL REGIMEN DE PROGRESIVIDAD PENITENCIARIO**

De acuerdo con la reforma que la ley 25.892<sup>9</sup> introdujo en el art. 13 —primer supuesto— del Cód. Penal, quien resulte condenado a la pena de reclusión o prisión perpetua podrá obtener la libertad condicional transcurridos treinta y cinco años de condena. Anteriormente, ese beneficio podía obtenerse luego de veinte años de transcurrida la condena. Asimismo, dicha ley excluyó del mismo (art. 14, Cód. Penal) a quienes resulten condenados por los delitos de homicidio *crimino causa*, delitos contra la libertad sexual seguidos de muerte de la víctima, privación ilegal de la libertad y secuestro extorsivo, seguidos de muerte y homicidio en ocasión de robo.

Ese plano normativo debía (y debe) complementarse y compararse con las disposiciones —y sus objetivos, que también pueden rastrear-se en las disposiciones constitucionales referidas a la pena— de la Ley de Ejecución Penal 24.660, la cual mantiene con cierto grado de actualización, el denominado “principio de progresividad”, mediante el cual se determinan (más allá de su permanente desajuste con la práctica institucional), tres fases en la ejecución de la pena privativa de libertad: observación, tratamiento y prueba.

Si nos detenemos en la última de ellas se observa que las “salidas transitorias” (al menos, en la programación legislativa) tienen por objeto que el interno afiance y mejore los lazos sociales y familiares, curse estudios y participe en programas específicos de semilibertad<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Sancionada: 5/5/04; promulgada de hecho: 24/5/04; BO 28/5/04.

<sup>10</sup> Art. 16, acápite II, ley 24.660.

A su vez, el art. 17 prevé para los condenados a pena de prisión o reclusión perpetua (sin la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado) que la salida transitoria se conceda a partir de los quince años.

Sintetizado ello y advirtiendo sobre la validez eminentemente provisoria de todo lo que puede predicarse en relación con el sistema penal argentino, debido a las sucesivas modificaciones de que es objeto, podemos abordar alguna respuesta a la siguiente problemática:

a) ¿A quiénes no se les puede aplicar en la ejecución de la condena las disposiciones de los arts. 13 y 14 del Código Penal?

Sobre la base del principio de legalidad que inspira tanto al Código Penal como al texto histórico de la Constitución y al de la Carta Magna vigente según la última reforma —con la incorporación de tratados internacionales que expresamente lo receptan—, no resultarán aplicables las reformas de la ley 25.892 a hechos cometidos con anterioridad a su sanción, entendiéndose por ello *la fecha en que se produjo la conducta objeto del proceso penal*.

Así, no tendrán cabida planteos artificiales como “resultan aplicables a las condenas posteriores a su sanción” o, más burdamente, considerar que el “hecho anterior” es el momento a partir del cual se puede acceder al régimen de salidas transitorias (a los quince años de detención).

Lo aseverado precedentemente no quiere decir que aquellos que de ahora en más incurran en los delitos enumerados en el art. 14 del Cód. Penal —o reciban una condena de prisión o reclusión perpetua— se encuentren excluidos de esa elemental garantía que es el principio de legalidad. Sólo que se debe estilizar el recurso a ese principio para que los tribunales adopten una versión más precisa del mismo.

b) La hipótesis es la siguiente: No se pueden aplicar las reformas de los arts. 13 y 14 del Cód. Penal introducidas por la ley 25.892 ni siquiera a quienes, de ahora en más, cometan alguno de los hechos reprimidos con pena de reclusión o prisión perpetua.

A modo de *tesis* postulamos: Esa reforma legislativa afecta al principio de legalidad bajo la óptica de que las garantías constitucionales son de realización progresiva en un Estado de Derecho. En términos sencillos, las modificaciones legislativas en todos los órdenes únicamente pueden tener como objeto constitucionalmente válido, otor-

gar más o mejores derechos que los establecidos por la legislación precedente.

c) *Demostración*: Partiendo de los arts. 1º, 24 y 33 del texto constitucional se puede afirmar que el constituyente ha encomendado al Poder Legislativo ejercer su función con racionalidad republicana, modificando para ello toda la legislación en caso de ser necesario y cuando ese Poder no legisle sobre alguna materia, nunca se podrá interpretar que un derecho no existe, puesto que el principio de soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno se basan precisamente en el reconocimiento de la preexistencia de los derechos, más allá de su positivización. El legislador argentino debe someterse a un claro mandato constitucional que es "legislar a favor del pueblo, nunca en contra".

Ahora bien, si en ejercicio del poder constituyente la Asamblea reunida en las ciudades de Santa Fe y Paraná, en agosto de 1994, decidió positivizar aún más (y en el ámbito constitucional) derechos específicos relacionados con las personas privadas de libertad y determinados objetivos en relación con la pena, si esa reforma complementaba y ampliaba el pionero principio de humanidad que contenía el texto histórico de la Constitución Nacional en el último párrafo de su art. 18, si la mayoría de los convencionales constituyentes eran y son en la actualidad legisladores de alguna de las dos Cámaras del Congreso de la Nación, si la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos enumerados en el art. 75, inc. 22 de la Const. Nacional fue hecha sin reserva alguna respecto a ese tipo de cláusulas, si la propia ley 24.660 recepta el denominado "fin resocializador" de la pena, entonces toda modificación de los códigos penales y procesales (y de la propia Ley de Ejecución Penal) que establezca un estándar menor de derechos (o más gravoso) para los detenidos, no sólo es inconstitucional por contradecir aquellos pactos, sino porque viola el propio principio de legalidad en su aspecto de realización progresiva, ya que cuando el sistema jurídico republicano alcanza un determinado nivel de positivización de derechos y garantías, tiene carácter irreversible<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> Bidart Campos, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. VI, p. 579; ídem, *Casos de derechos humanos*, p. 27.

d) Lo afirmado tiene validez para desacreditar por la misma vía de razonamiento la derogación de la libertad condicional para algunos delitos, y las restricciones que la ley 25.948 realizó sobre el régimen de salidas anticipadas previsto en la ley 24.660 para determinados tipos de delitos.

— § 4 —

*LAS DEBILES FORMULACIONES DE UNA DOGMATICA  
DE LA APLICACION DE LA PENA. SUS POSIBLES EJES*

*a — Introducción y crítica  
a la situación actual*

La confección de una propuesta destinada a la contención del poder punitivo debe incluir un capítulo destinado a uno de los ámbitos más abandonados en la ciencia penal: el de la determinación judicial de la pena. Es particularmente llamativo que el Derecho penal haya dedicado miles de páginas a discusiones de tipo académico de casi nula incidencia en la vida práctica del poder punitivo, dejando al libre arbitrio de los operadores del sistema penal uno de los momentos más importantes de la actuación de dicho poder. Lo cierto es que en nuestro ámbito académico, sólo Ziffer<sup>12</sup> y, recientemente, Garibaldi, junto a Bellagio y a Castro<sup>13</sup>, se han dedicado al tema. Por parte del propio sistema judicial, el tratamiento asignado a la cuestión ha sido prácticamente nulo. Gran parte de las sentencias simplemente han recurrido, durante años, a la genérica remisión a las pautas de los arts. 40 y 41 del Cód. Penal para fundar la individualización de la pena. Otras se han conformado con una vaga alusión a circunstancias atenuantes y agravantes. Los tribunales superiores, por su parte, se han negado a ejercer un control efectivo sobre este extremo de las sentencias. Simplemente ha sido consagrado como un ámbito discrecional del juzgador, aunque se empieza a verificar en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal, la exigencia a los tri-

<sup>12</sup> Cfr. Ziffer, *Lineamientos de la determinación de la pena*.

<sup>13</sup> Cfr. Garibaldi - Bellagio - Castro, *El juicio criminal y la determinación de la pena bajo presupuestos del acusatorio*.

bunales orales de especificar concretamente qué fue valorado para agravar la pena y qué para atenuarla.

Los problemas son varios, y se pueden resumir del siguiente modo:

1. Carencia de previsión normativa respecto de circunstancias a considerar para la determinación de la pena y que resultan de gran relevancia.
2. Carencia de indicación en cuanto al sentido en que deben operar las circunstancias previstas (atenuantes o agravantes) en la legislación vigente.
3. Carencia de indicación del punto de ingreso a la escala penal.
4. Falta de indicación del *quantum* de influencia de las circunstancias.
5. Ausencia de un momento procesal especialmente previsto para el debate sobre la determinación de la pena.
6. Falta de previsión normativa procesal respecto del deber de fundamentación en este punto (art. 404, Cód. Proc. Penal de la Nación).
7. Falta de revisión idónea por vía recursiva del monto y fundamentos de la sanción impuesta (atisbo de jurisprudencia en la Cámara Nacional de Casación Penal).

En resumen, en el ámbito científico y positivo material nos ocupamos de "la dogmática", respecto de imbricados casos de laboratorio, con los cuales pretendimos hacer gala de nuestra sabiduría y nuestra capacidad argumentativa. Lo cierto es que de nada sirve el esfuerzo, por ejemplo, de probar y argumentar convincentemente sobre un error de prohibición evitable, si el sentenciante no tiene reglas que le permitan establecer cuál es el punto de ingreso a la escala penal y luego, la influencia del error en el monto de pena.

En el caso, dos tribunales distintos podrían condenar —considerando probado el error sólo uno de ellos— a la misma pena, porque el punto de ingreso que eligen es distinto (uno ingresa por el mínimo y el otro desde la mitad del máximo). De tal modo, de nada habrá servido el recurso a la dogmática para la ubicación del error, ni las reglas procesales para demostrar su existencia.

En lo procesal hemos previsto taxativamente las máximas garantías de un momento del trámite que en muchos casos nunca se llega a producir: el juicio oral. Para otros momentos, como la instrucción, los recursos, la ejecución, no se han dispuesto —ni se ha teorizado siquiera— sobre mecanismos idóneos a los efectos de garantizar los principios constitucionales en juego.

No se trata de establecer un sistema matemático, un mecanismo de relojería, que responda a las características de cada caso con una pena previamente establecida. Tal sistema sería irrealizable. Sólo se trata de proveer para la efectiva vigencia de principios republicanos: motivación de los actos de gobierno (necesidad de fundamentación), derecho de defensa (debate sobre la sanción), derecho al recurso (posibilidad de impugnación) e igualdad.

En el marco de las diversas alternativas que se tienen para reducir el ámbito de encarcelamiento, entendemos que una de las propuestas interesantes a realizar es la modificación del art. 41, inc. 2º del Código Penal. Resulta clave la incorporación expresa de los siguientes parámetros o criterios, a los efectos de la determinación judicial de la pena —categorías que se vinculan con el denominado sistema de oportunidad reglada—.

Si bien adherimos a la implementación de criterios de oportunidad en la ley procesal penal es necesario que los mismos se uniformen a través de su regulación en la ley formal. De ahí la importancia de la modificación del art. 41 del Cód. Penal con el objeto de que prevea expresamente estos criterios en la determinación o cuantificación judicial de la pena.

#### *b — Clasificación de las propuestas de reforma del art. 41, inc. 2º del Código Penal*

##### *1 — Debate después del debate*

El proceso debe contar con un momento de discusión —la denominada "cesura de juicio"—, el debate después del debate sobre la existencia del hecho, sólo referido a la sanción a imponer. Nótese la importancia de este ámbito para la producción de información de calidad que avale una correcta y fundada decisión del juzgador, y también para las posibilidades de defensa del imputado. La defensa usualmente debe enfrentar la violenta situación de debatir sobre la pena luego de



haber planteado, en el mismo alegato, la absolución del imputado. En tales condiciones, el trabajo defensorista no puede sino ser pobre, desprovisto de energías y, peor aún, de coherencia argumentativa. Por ende, la calidad del debate baja, y la producción judicial también.

## 2 — Etapas para la determinación de la pena

Se propone la inclusión en los códigos procesales del siguiente esquema para la determinación de la pena. En él se prevén las etapas que debiera seguir el proceso de imposición, buscando, como se advierte, una fundamentación explícita de cada uno de los extremos considerados.

1. Determinación del marco: participación, tentativa y concurso.
2. Circunstancias a tener en cuenta (supuesto de hecho).
3. Dirección de las circunstancias (si agravan o atenúan).
4. Punto de ingreso en la escala penal.
5. *Quantum* de influencia de las circunstancias.
6. Determinación de la pena.

Como se puede deducir, el pto. 4 es fundamental porque de él depende en gran medida toda la temática en análisis.

Además es, sin duda, la más olvidada de las cuestiones. Debe tenerse especialmente en cuenta su relación con el pto. 1, ya que, para muchos autores, la modificación en el marco penal produce un distinto punto de ingreso (obviamente, no en términos porcentuales). Como decisión general, y aunque a esta altura resulte evidente, se aconseja la previsión normativa (arts. 40 y 41, Cód. Penal) de las cuestiones incluidas en estos puntos. Es decir, más allá de las exigencias de fundamentación de los códigos de rito, el Código Penal deberá establecer qué circunstancias influyen, si agravan o atenúan, cuál es el punto de ingreso a la escala y el *quantum* de influencia de las circunstancias<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> La obra de Garibaldi - Bellagio - Castro, antes citada, es un muy buen ejemplo respecto de la regulación del *quantum* de influencia. Ese trabajo precisamente demuestra, sin entrar aquí en el acierto del sistema propuesto, que ya la instauración del mismo permite: a) reducir los márgenes de discrecionalidad; b) dotar de previsibilidad a la actuación judicial (orientando el trabajo de las partes); y c) facilitar la tarea de crítica a la resolución.

## 3 — Desarrollo de las «circunstancias a tener en cuenta» y de la «dirección de las circunstancias»

Se incluyen las propuestas de circunstancias atenuantes.

### I — Víctima

Incidencia en el resultado sin exclusión de la imputación.

### II — Circunstancias del hecho

Exclusión de las ya valoradas en la tipicidad.

### III — Grado de intervención del autor

Las reglas de la participación no agotan las distinciones posibles en los grados de participación. Por ejemplo, hay autores con mayor participación que otros, sin valorar que los partícipes necesarios cuentan con el mismo marco penal que el autor.

### IV — Calidad de los motivos

Se incluyen aquí circunstancias subjetivas próximas a la exclusión de la imputación.

### V — Condiciones personales del autor

El art. 41, inc. 2° del Código Penal se refiere genéricamente a los "... *demás antecedentes y condiciones personales* ...", sin explicitar cómo juegan estas condiciones y antecedentes de los condenados.

Por ello, entendemos que resulta necesario incorporar expresamente los criterios que a continuación se detallan, que hacen precisamente a las condiciones personales de los condenados.

#### V.1 — Sensibilidad a la pena (diferente grado de afectación de la medida según el autor). Consecuencias mediatas de la pena (por ejemplo, riesgo de HIV). Alto nivel de vulnerabilidad

Debe expresarse sobre esta categoría que la coincidencia que pueda presentar la persona con el estereotipo negativo del criminal, o sea, esta suerte de tipicidad social negativa, configura un estado alto de nivel de vulnerabilidad que le es propio y que lo expone a la selección criminalizante como constante sospechoso, al tiempo que lo

impulsa a ella (la denominada asunción del rol), incluso a través de mecanismos inconscientes de los operadores del sistema penal.

De lo que se trata es de que una elemental consideración de equidad impone considerar que, si la selección injusta no tiene lugar por la gravedad de los hechos sino por la invocada coincidencia con el estereotipo criminal, los caracteres estereotipados del agente, que hacen a su persona, no puedan serle imputados.

Es decir, deben descontarse de la medida de la pena que indica la culpabilidad por el acto.

Se procura, entonces, que la vulnerabilidad del agente, o mejor dicho, el "alto nivel de vulnerabilidad" sea considerado como circunstancia atenuante en el momento de la determinación o cuantificación judicial de la pena.

Zaffaroni<sup>15</sup> aclara, al respecto, que descargar del agente la vulnerabilidad proveniente de su estado, por alto que sea, no significa que la pena necesariamente deba ser inferior a la señalada por la culpabilidad del acto, porque bien puede suceder que el esfuerzo personal realizado sea de magnitud tal que no permita una reducción de la pena por debajo de ese límite máximo como sucede en los casos en que media crueldad gratuita, indefensión de la víctima, etcétera. De allí que, en última instancia, la reducción no dependa del descuento de la vulnerabilidad correspondiente al estado sino del grado o magnitud del esfuerzo que a partir de ese estado haya realizado la persona para alcanzar la situación concreta.

Se sostiene, entonces, que en una teoría contenedora del poder punitivo la culpabilidad importa un proceso valorativo dialéctico en el que acaban sintetizándose la reprochabilidad por el acto y "un cálculo de esfuerzo que el agente haya hecho para alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad al poder punitivo", resultando de ambas culpabilidades, por el acto y por vulnerabilidad, la denominada culpabilidad normativa.

De allí que sea necesaria la incorporación expresa de esta categoría en las previsiones del art. 41 del Cód. Penal, al entender a la culpabilidad como límite o medida de la pena.

<sup>15</sup> Zaffaroni - Alagia - Slokar, *Derecho penal. Parte general*, p. 654 y siguientes.

V.2 — Sufrimiento durante el proceso  
o las denominadas consecuencias mediatas de la pena

Nuestra realidad penitenciaria indica que las cárceles no se encuentran sobrepobladas de condenados, sino que están abarrotadas de procesados.

De allí entendemos que surge la necesidad de contemplar, al momento de la cuantificación de la pena del condenado, el sufrimiento padecido durante el proceso penal o las también denominadas consecuencias mediatas, como ser, los supuestos en los que el imputado se ve afectado por enfermedad incurable en estado terminal o por enfermedades contraídas en el marco del encierro carcelario.

En efecto, si los procesados (en la mayoría de los casos) se encuentran en establecimientos que tienen más ocupantes de lo que caben en él, les dan de comer menos de lo que necesitan para vivir, no les brindan debida atención médica, etcétera, se están agravando indebidamente las condiciones de detención y, por ende, las consecuencias disvaliosas que estas circunstancias traen aparejadas (a título ejemplificativo, el riesgo de HIV) deben ser meritadas en la oportunidad de cuantificación de la pena.

La deficiente administración de justicia penal no puede recaer en cabeza de los procesados.

V.3 — Duración del proceso  
(aun para las hipótesis en donde no se decreta prisión preventiva)  
o la denominada realización del Derecho constitucional  
a decisión judicial en plazo razonable

Se procura la realización del "derecho a un pronunciamiento judicial en un plazo razonable", incorporado a partir de la reforma constitucional de 1994, conforme las expresas previsiones del art. 75, inc. 22 de nuestra Carta Magna que anexa una serie de tratados internacionales, que prevén esta garantía, a la normativa nacional.

Es decir, se procura, con la inclusión de esta categoría en el art. 41 del Cód. Penal, que la misma aparezca como el instrumento jurídico realizador de este derecho fundamental a la definición del proceso penal en un plazo razonable, siguiendo la terminología de los catálogos internacionales de derechos humanos (art. 8º, inc. 1º, Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Claro está, la consecuencia de la afectación a tal plazo, como lo explica Pastor<sup>16</sup>, debe ser necesariamente la pérdida de la potestad punitiva por parte del Estado. Sin embargo, dos razones impulsan la inclusión de este factor atenuante (más propia de una tesis compensatoria correctamente desechada por el autor): es posible imaginar supuestos en los que sin llegar a ese plazo se produzca una aproximación que amerite la atenuación; y es un remedio meramente provisorio, insuficiente pero necesario, ante la omisión inconstitucional por parte del Estado argentino en la protección del derecho en cuestión.

#### VI — Pena natural

Se trata de aquellos supuestos en los cuales el autor sufre una retribución natural como resultado de su propio comportamiento desviado, que supera con creces la pena que se puede esperar de su persecución penal.

Es decir, se aplica a los casos en que una persona que causó un delito, sufre un daño más grave que la pena impuesta para el mismo, ya sea físico, como por ejemplo un daño en la salud de carácter permanente, o moral, el fallecimiento de un ser querido a causa de su ilícito.

Resulta aconsejable no perseguir estos hechos debido a que el agente ya sufrió en forma natural sus consecuencias.

La pena natural se la autoinflinge 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<sup>17</sup>.

En este sentido, cabe referir que la suspensión de la persecución penal en los casos de *poena naturalis* se sustenta en que, en la hipótesis en que la pena estatal se componga sin referencia alguna a esa 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 se lesionaría seriamente el principio de hu-

<sup>16</sup> Cfr. Pastor, *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho. Una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*. La idea es desarrollada en toda la obra, pues es una de sus críticas centrales — junto a la que formula a la doctrina del “no plazo” — a la jurisprudencia dominante en la materia.

<sup>17</sup> Zaffaroni - Alagia - Slokar, *Derecho penal. Parte general*, p. 997.

manidad, que también extremaría la irracionalidad del poder punitivo, pues la llevaría hasta el máximo de la evidencia de su inutilidad.

Zaffaroni considera que la pena natural como criterio de cancelación de toda posibilidad de pena estatal no debe limitarse a la pérdida de naturaleza física o corporal del autor, sino que también puede ser *económica o de cualquier otro carácter*, con tal que lo sea con motivo del delito y sin que obste que haya sido previsible o prevista, siempre que lesione los principios de irracionalidad mínima y humanidad<sup>18</sup>.

Por ello, nada impide que se consideren como casos especiales de pena natural las dilaciones indebidas del proceso, que afectan el derecho del procesado a un juicio en tiempo razonable, cuyo perjuicio debe ser tenido en cuenta también como pena y, de tal modo, en las demoras graves puede resultar una modificación del límite mínimo de la pena.

Sin perjuicio de lo expuesto debe puntualizarse que si no se consideran como supuestos de pena natural, como sostiene Zaffaroni, pueden ser analizados como “condiciones personales del autor” (lo que explica su inclusión en el acápite anterior).

Cabe referir que nuestra normativa procesal ha ido paulatinamente incorporando la categoría de la pena natural: en la provincia de Neuquén, el Proyecto de Reforma del Código Procesal Penal introduce este supuesto como criterio de oportunidad en su art. 37, inc. 2°; en idéntico sentido, el Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires incorpora esta categoría en el art. 56 bis, según ley 13.183. Por otra parte, también se encuentra previsto en los códigos procesales penales de Bolivia y Perú.

Lo que aquí se propone es la admisión de esta categoría no sólo en nuestros regímenes procesales, sino en la propia normativa de fondo, es decir, su incorporación expresa en el art. 41, inc. 2° del Código Penal.

#### VII — Antecedentes personales del autor

Se deberá excluir lo relativo a condenas anteriores por resultar una recurrencia perniciosa a la violación del principio *ne bis in idem*.

<sup>18</sup> Zaffaroni - Alagia - Slokar, *Derecho penal. Parte general*, p. 997.

VIII — *Error de prohibición evitable*

Entendemos que resulta conveniente la incorporación expresa de esta categoría a los efectos de procurar condicionar la pena, es decir, la atenuación de la misma.

La incorporación del error de prohibición evitable como criterio para la cuantificación de la pena, requiere, asimismo, en una correcta técnica legislativa penal, la previsión expresa de los denominados errores de prohibición —tanto los inevitables como los evitables— en la parte general del Código Penal.

De modo que se contemplen los errores sobre la antijuridicidad del acto y las consecuencias político-criminales que conllevan, en el marco de un Estado de Derecho respetuoso de garantías constitucionales, como es en el caso el principio de culpabilidad, entendido precisamente como garantía y no como prevención.

En este sentido, resulta ejemplificador el art. 14 del Código Penal español.

IX — *Elementos que estuvieron cerca de excluir la ilicitud*

El objeto de esta categoría de análisis es que, al momento de la determinación judicial de la pena, si el juez actuante oportunamente evaluó en el caso concreto la posibilidad que mediaran causales de exclusión de la ilicitud (que luego descartó), estas circunstancias sí deben ser consideradas en esta instancia, pues influyen sobre la magnitud del injusto, por razones objetivas o individuales, según el caso (por ejemplo, error evitable —próximo a la inevitabilidad—, imputación al tipo pese a confluencia de riesgos).

En síntesis, el desarrollo de este sistema, tanto en su faz procesal como en su previsión normativa material, permitiría adecuación a normas constitucionales, previsibilidad de la actividad judicial, orientación de la tarea de las partes, reducción de los márgenes de discrecionalidad y dirección de la tarea de crítica.

## Capítulo XVIII

Alternativas a la pena privativa de libertad\*

\* Trabajo elaborado por CLAUDIA VERDE, abogada. Secretaria *ad hoc* del Tribunal Oral de Menores II. Jefe de Trabajos Prácticos del Departamento de Derecho Penal y Criminología, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.