

NOTA A FALLO: Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 3, causa n° 25170/2014 (legajo de condena n° 214), resolución del 21/10/16 (reg. n° 6949).

**REVISIÓN DE CALIFICACIONES Y GARANTÍA CONTRA LA
DESOCIALIZACIÓN. REFLEXIONES TEMPESTIVAS.**

Horacio Aguilar

Sumario: El juez de ejecución penal hizo lugar a una solicitud de revisión de la calificación de concepto de un interno, a partir de una comprensión del sistema progresivo como reglamentario del principio constitucional de reinserción social en las penas.

1. Introducción. 2. Valor remanente de un principio. 3. Obediencia y reinserción. 4. El asunto de la desviación de poder. 5. Sobre la reforma a la ley 24.660.

1. Introducción.

La resolución que presentamos vuelve sobre una cuestión poco considerada en el ejercicio de la jurisdicción supervisora de la prisión, cual es la legitimidad de las valoraciones hechas por el servicio penitenciario al momento de calificar el concepto y la conducta de una persona privada de libertad. La sistematización de aisladas pautas del tribunal sobre el progreso en el régimen penitenciario, que acomete en el considerando 5°, deja entrever cómo, siempre que esta controversia no fue objeto de lisa y llana elipsis, fue abordada en cambio de un modo casuístico, prudentemente esquivo de cualquier compromiso futuro con impugnaciones de esta clase. Un análisis más minucioso de los precedentes, centrados en el avance entre fases y períodos, revelará que las pretensiones fueron mayormente receptadas cuando se vinculaban con la aplicación de institutos liberatorios, sea como paso previo habilitante de su concesión, sea como reconocimiento subsidiario junto al rechazo de aquéllos.

A primera vista, la cuestión puede parecer trivial, secundaria o hasta tecnocrática pero, si miramos mejor, esto se da precisamente porque asoma en la microfísica¹ de las

¹ Dice Foucault: “*lo importante no es hacer una especie de deducción de un poder que arrancaría del centro e intentar ver hasta dónde se prolonga, hacia abajo, ni en qué medida se reproduce, hasta los elementos más moleculares de la sociedad. Más bien se debe hacer un análisis ascendente del poder, arrancar de los mecanismos infinitesimales, que tienen su propia historia, su propio trayecto, su propia técnica y táctica [...]*” (*Microfísica del poder* (comp.), Ediciones de La Piqueta, 1979, “Curso del 14 de enero de 1976”, pp.144/5). Vale la mención, aún cuando un análisis sociológico del régimen de calificaciones como dispositivo de poder excedería el objeto de este trabajo.

relaciones carcelarias, de una importancia que comprendemos pueda ser minimizada, postergada o des-confiada al debate público. Tenemos, pues, que un incremento generalizado en el rigor de los requisitos calificadorios integra el núcleo de las modificaciones a la ley 24.660 aprobadas por el Congreso de la Nación mediante ley 27.375, junto a las más tangibles intenciones de (a) extremar el control sobre las actividades de los presos así como, desde luego, (b) cercar a los condenados por una variada gama de delitos el acceso a modalidades atenuadas de cumplimiento de la pena.

Sin embargo, así como notamos que, entre las correcciones efectuadas por el Senado, ya fue morigerada la fantasía panóptica de un amplio conjunto de nuestros legisladores (a)², prevemos también que la denegación masiva de progresividad en la ejecución penal (b) será, más tarde o más temprano, declarada inconstitucional por su confrontación con el mandato de prevención especial positiva que nuestro ordenamiento contiene. Subsistirá, sin dudas, la reforzada fuerza del candado en los llamados *guarismos*, curiosas líneas divisorias del bien y del mal en nuestras cárceles.

Tal el sentido de este trabajo.

2. Valor remanente de un principio.

Con acierto, la decisión comentada establece una vinculación entre el sistema de progresividad penitenciaria y la finalidad del encierro que la Constitución Nacional define como esencial: “*la reforma y readaptación social de los penados*” (art. 10.3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos; art. 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos, jerarquizados por el art. 75, inc. 22, CN). Soporta en esta función la eventual competencia del juez de ejecución para revisar aquellas disposiciones administrativas que deniegan la progresividad, al enlazarla con un derecho de nivel constitucional.

La consagración de éste, a su vez, fue el resultado histórico de la creencia en que la prisión habría de tener alguna utilidad para el propio encarcelado. Pero, ¿qué queda de ese ideal?³

² Donde el proyecto aprobado por la Cámara de Diputados decía que “*Toda conducta del condenado deberá ser registrada e informada para su evaluación penitenciaria y de control social*”, se lee ahora, en el art. 2° del texto sancionado: “*El desempeño del condenado, que pueda resultar relevante respecto de la ejecución de la pena, deberá ser registrado e informado para su evaluación*”.

³ El abordaje de los estudios sobre la prisionización sigue de cerca la síntesis de García-Borés, “*El impacto carcelario*”, en *Sistema penal y problemas sociales* –coord. Bergalli–, Tirant Lo Blanch, 2003, pp. 395/425.

En la segunda mitad del siglo pasado, Clemer formuló una gran objeción al respecto, al designar como prisionización el fenómeno por el cual una persona asimila las creencias, valores y comportamientos propios de la subcultura carcelaria. Señalaba entonces que la aceptación del rol y los “códigos” de preso implicaba una mutación de la personalidad y una pérdida de elementos culturales del exterior, factores que harían, en definitiva, sumamente compleja la posterior adaptación a ese medio.

Hacia la década del '70 y en el campo de la psiquiatría, Goffman dio un marco de referencia más nítido a estos efectos desocializadores que ya se advertía, al comprender la prisión en el concepto de “institución total”, caracterizada por la concentración del espacio en el que se desarrolla la vida, el sometimiento de cada aspecto de ella a una autoridad y a un plan predeterminado, la programación de cada actividad y la realización de todas junto con otros individuos. Este peculiar modo de existencia se completa con mecanismos de mortificación y privilegios capaces de mutilar el yo del sujeto encerrado, desfiguración que es al mismo tiempo suplida por pautas de organización institucionales. En consecuencia, este “invernadero donde se transforma a las personas”, como grafica el autor, produce una dependencia de tipo infantil –atribuida tanto a la cobertura de las necesidades básicas como a la estrategia de premio y castigo– y un proceso de desculturación, desde que el sujeto va perdiendo el sentido de realidad que rige el “afuera”.

Dos fenómenos opuestos pero complementarios, culturización carcelaria y desculturización⁴ redundan en que *“el contexto carcelario desarroll[e] una acción progresiva sobre los internados en dirección opuesta a la pretendida por aquella finalidad legislativa. Pero no sólo eso, sino que la experiencia del encarcelamiento no puede sino producir una fuerte afectación psicológica, caracterizada por un sufrimiento constante, sobre las personas encerradas las veinticuatro horas del día durante largos periodos de tiempo.”*⁵

Es decir que el optimismo sobre las posibilidades de “mejoramiento” a través del encierro parece agotado. Y, ciertamente, una mínima cautela aconseja no descansar en

⁴ Tal la lectura de Alessandro Baratta en *Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*, Siglo Veintiuno, 2002, pp. 194/5, entre sólidas críticas a la impotencia educativa de la prisión.

⁵ García-Borés, op. cit., p. 422.

ilusiones de optimización social, próximas como están a las construcciones científicas de tendencia eugenésica que apuntalaron las masacres de la modernidad.

Pese a todo, esas conclusiones no deberían conducirnos a predicar la completa inutilidad del principio de resocialización como de un paradigma utópico o una ideología llanamente encubridora. Por el contrario, su enunciación convencional debería persuadirnos de su condición de límite jurídico ante los efectos devastadores del encierro carcelario. La negación de una función rehabilitante de la prisión en términos empíricos o, mejor dicho, la afirmación de una función inhabilitante no desmerece que tenga sentido oponerle, en tensión dialéctica, la prescripción que dice que esto no debe ser así (sin que ello implique ignorar su carácter netamente intra-sistémico). Se trata de oponer a la tendencia fáctica una contra-tendencia normativa que pueda, en mayor o menor medida según su vigencia real, contener o aplacar el daño que implica la desocialización, para la dignidad de las personas y el desarrollo de los pueblos, tarea que debería comprometer a todos los operadores constitucionales.

Así, tras este recorrido, estamos en condiciones de refirmar la conveniencia del esquema normativo trazado por la sentencia, entre la reinserción social como valor constitucional y su operativización por medio del régimen progresivo. No es difícil advertir que el aislamiento y la vigilancia continuos y prolongados, propio de los sistemas celulares⁶, tienen un mayor efecto deteriorante sobre los seres humanos; a la inversa, la paulatina atenuación de su peso parece compadecerse mejor con el límite axiológico fundamental, reinterpretado en términos de que la cárcel nunca será la vía para extirpar de la sociedad a una persona y que ésta tiene derecho, en cualquier caso, a procurarse herramientas que deben ponerse a su alcance con miras al momento de ser recibido nuevamente en el medio libre.⁷

3. Obediencia y reinserción.

“¿Cuál es el objeto de la pena en relación al que la sufre? Darle hábitos sociales y, ante todo, enseñarle a obedecer”. Esta expresión de Tocqueville⁸, que enlaza

⁶ Confinamiento solitario con la prohibición de trabajar (sistema filadélfico), o bien con la imposición de labores colectivas durante el día, bajo la norma del silencio (sistema auburniano). Mir Puig, Carlos, *Derecho penitenciario: el cumplimiento de la pena privativa de libertad*, Atelier, 2015, p. 27 y ss.

⁷ En similares términos encontramos la formulación de Marcos Salt, en Rivera Beiras-Salt, *Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina*, Editores del Puerto, 2005, p. 177.

⁸ Citado por Anitua, *Historias de los pensamientos criminológicos*, Editores del Puerto, 2010, p. 120/1.

obediencia y sentido de la prisión, se entiende con claridad en un contexto en que se consolidaba como disciplina para educar en el trabajo fabril a las grandes masas no propietarias.⁹ Pero, ¿debe señalarse aún el acatamiento de los reglamentos, en nuestra legislación, como un factor a ponderar en clave de pronóstico de reinserción?

El sistema federal reconoce dos clases de calificaciones: el “concepto”, que conecta con la probabilidad de resocialización del interno, y la “conducta” o cumplimiento de los reglamentos carcelarios. Frente a una situación de ostensible abuso de poder, vale aclarar, el pronunciamiento que tratamos deslinda la aspiración de obediencia del ámbito estricto del “*concepto*” y lo desplaza al plano de la “*conducta*”, diferencia útil que la propia ley 24.660 provee. Nótese que, ante la valoración negativa de la división seguridad interna del establecimiento, bajo la confusa fórmula “*reticencias al cumplimiento de indicaciones emanadas por la [a]utoridad [p]enitenciaria, [...] con gran impulsividad a las denuncias mal infundadas*”, se hacía arduo distinguir entre la alegada desobediencia y los reclamos eventualmente lícitos del interno. Esto fue resuelto por vía de exclusión de aquel factor de ponderación.

El argumento aquí ensayado es que las normas internas conforman un sistema sustancialmente diverso al del medio libre –se citan, en clave intra-sistémica: restricción excepcional de derechos, sujeción especial y control judicial permanente–. Esto las hace especialmente inidóneas para fundar el problemático pronóstico de reinserción social.

Se hace evidente, como podemos agregar siguiendo a Goffman, que la concentración de la autoridad, la convivencia obligatoria, la meticulosa programación de las actividades ponen el eje de la vida intramuros muy lejos de lo que representa en libertad, propiciando una “normalidad” muy distinta de la que sobrevendrá al egreso. Por ende, fuera de indicar el grado de eficacia de lo que Baratta denomina *la educación para ser un buen detenido*¹⁰, el cumplimiento de expectativas reglamentarias de convivencia y disciplina no otorga una pauta firme sobre la manera en que la misma persona responderá a lo que se espere de ella en el exterior.¹¹

⁹ Pavarini, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, Siglo Veintiuno, 2013, p. 31 y ss.

¹⁰ Baratta, op. cit., p. 196.

¹¹ Téngase en cuenta como ejemplo que son infracciones disciplinarias frecuentes, cuya comisión influye en la evaluación de conducta, el mantenimiento de relaciones sexuales en los baños destinados a visitas, la tenencia de estupefacientes en la propia celda o aún de un teléfono celular, situaciones que demuestran la

En consecuencia, entiendo, a partir de los fundamentos reseñados, que la observancia de normas formalmente entendida no es un valor que pueda ordenarse sin más hacia la reinserción, en la medida en que esa predisposición se ejercería con relación a normas sustancialmente diversas de las que serán aplicables tras la puesta en libertad. Por ello, poco adelantaría (si fuera eso posible) sobre el comportamiento de la persona luego de un cambio drástico en las condiciones de convivencia, una desregulación del curso de la vida y la relajación del principio de autoridad propia de una sociedad civil de raíz liberal.

4. El asunto de la desviación de poder.

No podemos desconocer que el poder de calificar, confiado al servicio penitenciario sin determinaciones mucho mayores que la finalidad legal a cumplir, representa una actividad administrativa prácticamente discrecional¹². La ausencia de pautas normativas estables, legales o jurisprudenciales, para ejercer un control jurisdiccional crítico de esta actividad, a su vez, habilita el desborde de esta facultad discrecional hacia prácticas de arbitrariedad. En ellas se rompe precisamente la adecuación de los actos administrativos a su finalidad de interés público, razón por la cual el vicio es denominado “desviación de poder”.¹³

Tales prácticas han de quedar normalmente ocultas en la opacidad que exime a los funcionarios de rendir razonadas cuentas de sus decisiones; no obstante, se revelan en casos, por ende valiosos, como el que nos ocupa. Ante la intimación de explicar el sostenimiento en el tiempo de una baja calificación de concepto, se habían brindado pautas en extremo ambiguas. Una de ellas, como comentamos, dejaba traslucir cierta molestia institucional probablemente vinculada al ejercicio del derecho de peticionar. La otra, en tanto, aludía a “*un comportamiento no muy comprometido en lo que se refiere a la colaboración de las actividades diarias que hacen a la dinámica grupal de los alojados, priorizando aquellas tareas que son de armonía y respeto*”. Si a la quimérica

enorme dificultad de trasladar tales reglas internas, vinculadas a una esfera de autonomía visiblemente recortada, a la vida en libertad.

¹² Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, 1988, tomo I, § 21, p. 99/102. Con esto queremos decir que los únicos límites fijados a la autoridad son los de ajustarse a una escala, contar con los informes de las distintas áreas y no calcular la evaluación en función del tiempo de condena cumplido (esto último rara vez acatado).

¹³ Marienhoff, op. cit., tomo II, § 414, p. 343/5.

medición del compromiso como *no mucho*, desconectada de cualquier parámetro concreto, se suma la contradicción que implicaba reconocer que el interno priorizara tareas positivas, si acaso eso se quiso decir, todo demuestra que el dictamen no tenía muy en claro qué era lo que pretendía desvalorar. Sin embargo, tal ejercicio de confusionismo sí derivaba en un tangible retardo en el régimen de progresividad, como explica la resolución.

El cuadro borroso que retratamos debe decirnos, como mínimo, que la posibilidad de desviar el poder calificadorio de su finalidad legal –reflejar la mayor o menor viabilidad de la reinserción– es un recurso disponible en nuestro sistema jurídico, así como librado a la mejor o peor voluntad de sus operadores penitenciarios.

5. Sobre la reforma a la ley 24.660.

El incremento generalizado de las exigencias calificadorias de cara a los institutos liberatorios se presenta, a partir de este panorama, como un voto de confianza en un criterio marcadamente defectuoso para dilucidar la probabilidad de resocialización. En primer lugar, para acceder a la libertad condicional, se requiere ahora contar con, al menos, conducta y concepto buenos durante dos tercios de la condena cumplida. Esto somete, de manera desproporcionada, la posibilidad de acceso al instituto primordial en materia de ejecución a la plena discreción de la autoridad penitenciaria, cuyo favor debe además haberse sostenido durante un tiempo exagerado. Esto plantea una posible inversión de roles con la libertad asistida, que de excepcional pasaría a ser el último recurso de todo condenado que no alcanzó el insólito baremo de la legislación.

Pero es también particularmente grave la cuestión de esta última, que antes procuraba una instancia de adaptación previa al vencimiento para quienes no podían acceder a la libertad condicional, fundamentalmente los reincidentes, y que sólo se sujetaba a la no verificación de riesgos para sí o para terceros. Además de haberse acotado su margen, el agregado de un presupuesto calificadorio severo para este instituto desdibuja el sistema completo ya que, al igual que la denegación de plano para ciertas condenas, privará a ciertos internos de toda instancia de reincorporación al medio libre, por lo que el requisito adicional debería ser tratado con la misma severidad en el control de constitucionalidad.

Como vimos en el apartado 3º, la vinculación entre el cumplimiento de normas penitenciarias y la probabilidad de reinserción es harto dudosa. Lo dicho quiere decir que un modelo respetuoso de la Constitución Nacional no puede basar centralmente en la

obediencia los institutos alternativos a la privación de libertad. En su desmedro, éste fue el derrotero seguido por el legislador –cuya ignorancia no se nos permite suponer– con la exigencia para cualquier forma de egreso anticipado del “*grado máximo de conducta*”: esto es, en la terminología de la ley, observancia de los reglamentos, que no pronóstico favorable. La modificación genera a su vez un choque con el art. 104 de la ley 24.660, que señala al *concepto* y no la conducta como el parámetro para determinar la progresividad.

A lo dicho se agrega la experiencia que desnuda prácticas de desviación de poder en las ponderaciones, de modo que la opaca pauta numérica se aproxima más a una categoría sospechosa de discriminación, antes que a un método razonable para verificar una aptitud de la persona para trasponer las puertas de la cárcel. La política criminal seguida aquí se percibe mejor como la urgencia por establecer un filtro arbitrario a un problema profundamente desconocido, pero propende finalmente a reducir a cero, a letra muerta la instancia de cumplimiento de pena sin encierro. Quién sabe, incluso, si a alentar prácticas de corrupción vinculadas a los institutos liberatorios.

En cualquier caso, la garantía contra la desocialización debe ser la herramienta jurídica que repare los efectos de tanta ligereza. Sólo un examen crítico de la suficiencia argumental y las consecuencias temporales de las evaluaciones, a la luz del estándar de *denegación de progresividad*, evitará que nuestra legislación consagre una vulneración masiva de aquel principio constitucional.