

El principio de progresividad en la individualización de la pena durante su ejecución penitenciaria.

Pablo Andrés Vacani¹

ARTICULO 6º — El régimen penitenciario se basará en la progresividad, procurando limitar la permanencia del condenado en establecimientos cerrados y promoviendo en lo posible y conforme su evolución favorable su incorporación a instituciones semiabiertas o abiertas o a secciones separadas regidas por el principio de autodisciplina.

ARTICULO 7º — El condenado podrá ser promovido excepcionalmente a cualquier fase del período de tratamiento que mejor se adecue a sus condiciones personales, de acuerdo con los resultados de los estudios técnico-criminológicos y mediante resolución fundada de la autoridad competente.

I.- Introducción

Una adecuada interpretación de los art. 6º y 7º de la ley 24.660 no puede reducirse a la mera interpretación de la letra de su ley, por lo que advierto al lector la extensión necesaria que deriva de este comentario, el cual pretende construir sobre ambas normas una pauta decisoria no legitimante². No sólo sabemos que el derecho penal debe ser

¹ Universidad de Buenos Aires. Departamento de Derecho Penal y Criminología. Facultad de Derecho. El marco conceptual está sujeto a una investigación más amplia en el marco del Proyecto UBACyT 2014-2017 “La indeterminación cuantitativa de la pena legal en la etapa procesal de ejecución”, con la dirección del Prof. Dr. E. Raúl Zaffaroni.

² Los requisitos elementales y mínimos para una pauta decisoria respecto del trato punitivo parten de la exigencia de datos objetivos. El primer indicador relevante está sujeto a la noción amplia de condiciones carcelarias y a datos concretos que definen cierta actividad del Estado. Esa actividad, por derivación del principio de legalidad, está apegada a normas de trato que dan contenido a la realización de derechos, lo que se revela como condición legítima respecto de los requisitos que la ley le impone durante el proceso de ejecución. Un modelo constructivo de ejecución penal debe operar filtrando aquellos componentes legitimantes del discurso que omite tales requisitos mínimos y elementales de estándares de trato punitivo y sobre los cuales estructura formalmente las condiciones de tránsito en el régimen penitenciario.

producto de un saber constitucional iushumanista³, sino también que el alcance de sus normas debe atender la legitimación normativa del orden interno, para ir interpelando los principios que regulan el proceso de ejecución de la pena y también a un empirismo histórico, en tanto el saber penal se va construyendo sobre una realidad constitucional que no es normativa sino sociológica, que muestra en qué medida los principios y garantías (deber ser) se realizan en la realidad del ser social⁴.

Me propongo avanzar en aquellas interpretaciones propicias que posibiliten un entendimiento armónico y coherente del sistema y determinen sus consecuencias jurídicas en caso de incumplimiento de los objetivos del mismo por parte del Estado. Así lo vengo pretendido a través del *sistema de la medida cualitativa* del tiempo de prisión⁵. El objetivo es interpelar el sistema de la pena a través de una hermenéutica más humana, que abra distintas instancias de interpretación sobre la mera manifestación formal que se reduce en los textos normativos y la que estructuró, por más de un siglo, la manualística del propio derecho penal.

No es posible negar que existe una deuda en la temática ante un derecho penal que, más aferrado a estudios vinculados al hecho punible o a las manifestaciones del proceso penal, se ha desligado por completo de estudiar el alcance que revela el contenido en la aplicación de la pena o la teoría de las consecuencias jurídicas del delito.

El escenario de fondo marca dos características a tener en cuenta: primero, un marcado desplazamiento que la materia penitenciaria ha tenido desde la elaboración teórica de su contenido con respecto a las ideas ilustradas (articulado en nuestro país inicialmente a través de la célebre Academia de Jurisprudencia y la Universidad de Buenos

³ Zaffaroni, E.R., *El marco constitucional iushumanista del saber penal* en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año V, Numero 9 C, Ad Hoc, Buenos Aires, 1999, pág. 33-40.

⁴ Zaffaroni, E.R., *¿Derecho penal humano o inhumano?* en Revista de Derecho Penal y Criminología, Año IV, núm. 8, septiembre 2014, La Ley, Buenos Aires, pág. 6.

⁵ cfr. del autor, *La cantidad de pena en el tiempo de prisión. Sistema de la medida cualitativa. Tomo I, Ad Hoc*, Buenos Aires, 2015.

Aires -fundadas entre 1815 y 1821 respectivamente⁶) a su relativa *autonomía* con el saber teórico penal⁷.

Lo cierto es que fue predominando una directa relación entre la centralidad administrativa (desde la creación de la Dirección General de Institutos Penales) en la gestión penitenciaria y el conocimiento experto respecto de sus propios cuadros técnicos (en 1936 surge la Revista Penal y Penitenciaria y en 1947 se crea la Escuela Penitenciaria), proceso que luego se profundizaría al ser fortalecida su estructura militarizada y jerárquica, cuya ley orgánica persiste desde 1967 (17.236, del 10/4/1967 y luego, 20.416, del 18/5/1973, actualmente vigente); segundo, su estricta articulación con una justicia inquisitiva, predominando la figura de un juez que resuelve las manifestaciones cualitativas de la pena por escrito, lejos de la cárcel y sin audiencia previa entre partes⁸, con base estricta en aquello que le remite la agencia penitenciaria y sobre el cual lo hace en su despacho, alejado de las condiciones reales en que la persona se encuentra ejecutando la pena ni acercamiento con los propios operadores penitenciarios.

Se le suele imponer aquello que el agente judicial se reduce a conocer: la referencia textual (deber ser) que revela el texto jurídico, sin que tal imperativo sea aplicado respecto de los deberes del Estado con el detenido (o al menos, no tener incidencia en el proceso de ejecución) ni sea controlado el desfasaje con su realización concreta en los establecimientos carcelarios.

⁶ cfr. Sozzo, M., *Florencio Varela y el nacimiento del liberalismo penal en la Argentina*, en Nueva Doctrina Penal 2007/A, Del Puerto, Buenos Aires; Colombo, R., *Liberalismo penal y poder de castigar en Argentina: exceso y restricción de las voces expertas de la Universidad de Buenos Aires durante el siglo XIX*, en V Jornadas de Sociología de la UNLP, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, 2008.

⁷ En razón de ésta diferenciación cabe destacar las iniciales críticas que, a comienzos de 1960, Manuel de Rivacoba y Rivacoba postularía a dicha distinción a través de las formas de enseñanzas y erudición penal. Así sostenía “como el delito reclama la pena y ésta lo supone y es ininteligible sin él, de modo que ambos se complementan y se constituyen en los dos objetos esenciales de una normatividad única y de la ciencia que la estudie, la ejecución no puede pertenecer a ninguna rama que no sea la de la pena, que es la misma que la del delito, el Derecho criminal o penal [...] en resumen, que en un examen atento y detenido de la cuestión no se justifica ni un Derecho de ejecución penal, o de las penas, ni, menos, un Derecho penitenciario”. Rivacoba y Rivacoba, M., *El derecho de ejecución de las penas y su enseñanza*, en Revista Penal y Penitenciaria de Santa Fé, nroo. 3-4, 1965, pág. 21.

⁸ Lo que indica que no tiene contenido alguno los principios de oralidad, intermediación, publicidad ni tampoco el contradictorio real entre fiscalía y defensa.

Esta debilidad cognoscitiva de la pena se ha convertido en trámites cuasoadministrativos que, alejado de la función acusatoria del Ministerio Público Fiscal, la defensa debe actuar sobre el discurso penitenciario con relación estricta al sujeto, lo que determina un proceso de ciertas racionalidades prácticas que han definido el saber en la materia desde principios del siglo pasado y, sobre cuyas definiciones formales, se tiende a resolver la práctica judicial en los casos concretos⁹.

Por lo tanto, la interpretación de la principal característica de todo régimen penitenciario que resulta del principio de progresividad debe reconocer que su regulación no puede estar supeditado a su estricto entramado normativo e institucional cuando la pena es esencialmente modificable, en todos sus accidentes de duración y forma, por ende está definida por las condiciones carcelarias que la determinan.

En primer lugar, me propongo exponer una revisión genealógica de tal instituto, atender a la forma práctica que tuvo su surgimiento en Europa Central y el modo en que ella estuvo estrictamente regulada entre el comportamiento del sujeto y la lógica punitivo premial como instancia disciplinaria. Luego me detendré en la manifestación que el régimen penitenciario tuvo en la Argentina, desde su institucionalidad hasta antes de su manifestación legislativa en 1933.

Con ello pretendo explicar la determinación que la peligrosidad tuvo en contrariedad con las pautas objetivas que antes definieran Maconochie, Crofton y Montesinos. Intentaré superar en la historia de las ideas y prácticas del castigo en la Argentina, las hipótesis que sugieren una introducción lineal del modelo conceptual e institucional y de su inserción y desarrollo de manera completa en el aparato estatal del régimen penitenciario.

⁹ Si el trato punitivo sólo aparece dimensionado por la propia administración y, esa concepción de verdad es la que jurídicamente hace funcionar los requisitos legales en la toma de decisiones, se advierte un régimen abiertamente discrecional, que no dimensiona la realidad del trato punitivo aplicado con respecto a la persona y, en particular, a la realización concreta de sus derechos. Un déficit, en palabras de Pavarini, “tan radical capaz de bloquear cualquier comunicación científicamente congruente entre el discurso de los derechos del detenido y la dimensión “real” de la penalidad carcelaria”, cfr. Pavarini, M. *Estrategias de lucha: los derechos de las personas detenidas y el abolicionismo*, en *Crítica Penal y poder*, nro.1, Barcelona, 2011, pág. 23

En tal sentido, y contrario a este desarrollo, parto de considerar el análisis del régimen penitenciario a través de la teoría de la responsabilidad punitiva del Estado. Este sistema viene a saldar algo que, conceptualmente, revela una deuda histórica en la materia. Es que, el entramado doctrinal relativo a los ordenamientos desde inicios del siglo pasado¹⁰, no ha logrado diferenciar el conocimiento relativo al objetivo de la ejecución con relación a la eficacia de los sistemas penitenciarios respecto de determinada política criminal del Estado y, por otro, el sistema de límites y garantías que conforman el conjunto de principios que regulan la materia con otro objetivo que la eficacia¹¹; es decir, un saber jurídico, como parte del derecho penal (y no institucional) que presenta límites concretos a la actividad de la institución penitenciaria y determina ciertas consecuencias jurídicas.

En línea con esto trabajaré luego estrictamente sobre los artículos 6 y 7 de la ley. Lo haré articulando el contenido normativo pero interpelaré ese universo a partir de datos empíricos que lo contradicen y generan dificultades teóricas y prácticas para su aplicación. Avanzaré entonces con las tensiones que la realidad penitenciaria presenta y las alternativas de interpretación de la ley que responda a la misma.

II.- Antecedentes históricos acerca de la instauración de los regímenes progresivos.

La elaboración teórica del sistema carcelario fue posterior al proceso de su instauración, que tuvo lugar desde el Mercantilismo, dónde a través de las casas de corrección se definía el medio represivo para la eliminación de aquellos “indeseables”,

¹⁰ El caso inicial de Salillas y Cadalso en España, se reprodujo no sólo en el resto de Europa (como de Novelli, Martino, Beltrani Scalia, en Italia o Obermaier en Alemania), sino también en nuestro país (Ballvé, Pettinato, García Basalo).

¹¹ El momento en que comienza a ser fortalecida la noción de ciencia penitenciaria es equivalente al proceso de su burocratización y el modo en que las cuestiones vinculadas a su gestión comienzan a desprenderse definitivamente de los propio límites que el derecho penal podría imponerle. La irrupción de “penitenciaristas” como saber autónomo del devenir práctico en el funcionamiento de las prisiones, necesariamente comenzaría a distanciarse de las discusiones de los “penalistas”. Su eficacia tuvo el doble signo de mantener las disciplinas penitenciarias y por otro de fortalecer el saber que en términos de proyección jurídica y criminológica pudiera sostenerlo a nivel legislativo.

favorecido por una ambigua vinculación entre el delito y la moral¹². La agitación contra la ineficacia y crueldad de las penas en las monarquías absolutas condujo a la adopción de la cárcel como forma punitiva normal para toda clase de delitos y tuvo como posterior correlación la identificación de la justicia con la calculabilidad. Cesare Beccaría fue claro al afirmar en 1764 “Si los cálculos matemáticos pudieran ser aplicados a las oscuras e infinitas combinaciones de la acción humana, debería existir una escala correspondiente de penas”¹³, principio que luego satisfecho hasta en sus mínimos detalles por Jeremy Bentham, ante la demanda que ello generaba en una correlación estricta entre delito y pena¹⁴.

Una vez determinada la pena en tiempo lineal mediante un quantum de unidades temporales definidas por el liberalismo penal como privación temporal de libertad, sujeto a la idea de una “economía restringida del castigo”¹⁵, Bentham consideró su tecnología de castigo a través de todo lo relativo a la estructura y régimen interno del sistema penitenciario, el cual no necesariamente podría ser considerado como correspondiente a tal principio liberal, como sucediera luego con la experiencia del aislamiento celular¹⁶.

Este sistema limitado en la vigilancia fue cediendo por la modulación de los comportamientos a través de un sistema premial con relación al buen comportamiento¹⁷, lo que devino en la instauración de un régimen cuya disciplina se definiera en que la mejor administración de los comportamientos esté relacionada a la motivación de ella por los

¹² Tal doctrina, postulada por Feuerbach en 1796 en *Kritik des natürlichen Rechts*, encontró su expresión más importante en el interno de llevar a cabo una formulación precisa de los hechos, la eliminación de la analogía, el desarrollo de un concepto jurídico formal de culpabilidad basado en el hecho y no en la personalidad del delincuente y la determinación exacta de la pena en forma proporcional al daño inflingido.

¹³ Beccaría, C., *De los delitos y de las penas*, Alianza, Madrid, 2000, pág. 32.

¹⁴ Bentham, J., *An Introduction to the principles of moral and legislation*, The Athlone Press, London, 1970.

¹⁵ Además del empleo de esta expresión por Foucault, M., *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*, Siglo XXI, Buenos Aires, 1989, pág. 73-134, asume relevancia Hallsworth, S., *Modernity and the punitive*, en Pratt, J., Hallsworth, S., Brwn, M., Brown, D. y Morrison, W. (eds.), *The new punitiveness. Trends, theories, perspectives*, Willian Publishing, Cullompton, 2005.

¹⁶ En 1800 se inaugura la prisión de Richmond, en 1816 a la prisión de Milbank (aunque se adopta la forma de octógono) y, recién en 1919 se funda la prisión de Stateville, definida en cuatro bloques circulares de celdas con una torre central de vigilancia conforme el sistema panóptico.

¹⁷ García Basalo, J. C., *Introducción a la arquitectura penitenciaria, el panóptico de Bentham*, en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios* nro. 129, Madrid, 1957, pág. 589.

mismos condenados Jean Paul Marat, ya en sus trabajos “Cadenas de esclavitud”, “Discurso del ladrón” o “Plan de Legislación Criminal” había esbozado el acortamiento del tiempo de prisión como forma de remediar el tormento de las penas. No obstante, es el profesor alemán Mittermaier que en un trabajo de 1791 en el Congreso Internacional de Washington, presentó al “perdón condicional” para los convictos deportados por Inglaterra a la Australia, *como medio de apreciar la positiva corrección del delincuente*, ello en correlación al afán clasificatorio de los regímenes en auge. Sin embargo, no fue seguido de una legislación orgánica al respecto.

No obstante, en 1840, el capitán Maconochie, designado director de la cárcel de la Isla de Nordfolk, tuvo la difícil tarea de controlar la disciplina de los *doubly convict*, es decir, aquellos que habiendo padecido pena de deportación tras ello volvían a cometer delitos. Tal establecimiento estaba sujeto a los castigos más cruentos, hasta que Maconochie pone en acción *un régimen sujeto a la benignidad de los premios, ante la severidad de los castigos*. Entendió que *la disciplina era un objetivo realizable si la duración de la condena estaba sujeta al propio comportamiento del penado*¹⁸. De tal manera, el sistema comienza a *determinar la pena por la suma de trabajo y buena conducta impuesta al penado*. Para ello clasificaba a los convictos en grados, sobre la base de *un sistema de marcas o tickets*, que determinaba la cantidad de trabajo realizado. El número de marcas para obtener la libertad debía guardar proporción con la gravedad del delito¹⁹.

Tal sistema estuvo basado en restablecer el equilibrio moral de los internos e instauró la invención de reducir el tiempo de las condenas respecto de aquellos que en determinado tiempo reunirían un cierto número de vales fijados al efecto. De esta forma, se lograba anticiparles la libertad bajo la condición de que debían de seguir observando la misma conducta buena.

¹⁸cfr. Maconochie, A., *Reseña de la prisión pública de Valencia*. Imprenta de Charles Gilpin, Londres, 1852, reproducido por la Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios, nº. 150, enero-febrero, 1961.

¹⁹Neuman, E., *Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes penitenciarios*, Pandelville, Buenos Aires, 1971, pág. 132.

Tras ello, Maconochie pone en acción tal régimen en la propia Inglaterra, ahora en el establecimiento carcelario de Birmingham. Dispuso de un sistema de contenido progresivo respecto a la configuración de *tres períodos sucesivos*: a) aislamiento celular diurno y nocturno por un lapso de nueve meses, con el objeto de procurar una reflexión sobre el delito, sumado a escasa alimentación y duros trabajos; b) adopta la modalidad del régimen aurbiano respecto del trabajo en común bajo la regla de silencio, aunque tal período es dividido en cuatro clases: primero ingresa a un período de observación de nueve meses, luego poseyendo cierto número de marcas o vales ingresa a la tercera clase, donde tiene la posibilidad de realizar trabajo público, luego una segunda etapa de prelibertad y la última, con relación a los vales exigido con relación a la gravedad del delito, se le otorgaba el ticket of leave; c) el tercer período se constituía en libertad condicional, comprendida como libertad sujeto a restricciones que, pasado determinado tiempo, se convertía en libertad definitiva²⁰.

El régimen de vales de conducta, ideado por Maconochie en Australia, es reproducido por Walter Crofton en Irlanda, contemplando adelantos graduales mediante períodos durante el curso de la condena, incluyendo (a diferencia del anterior) posibles regresiones ante manifestaciones de inconducta. Definió cuatro períodos. El primero, reiteró la reclusión celular diurna y nocturna a cumplirse en prisiones centrales o locales. El segundo, consagró aplicar el régimen aurbiano: reclusión celular nocturna y comunidad de trabajo diurna con obligación de silencio.

Si bien repite la periodización de la condena en cuatro clases, *determinó precisamente qué cantidad de marcas debía necesitar el recluso para pasar de un régimen a otro*. No podían obtenerse más de ocho marcas diarias, sea condenado por cualquier delito. Cada período, además, determinaba ciertas concesiones o restricciones en cuanto al monto de la remuneración, al régimen alimenticio, calidad del trabajo,

²⁰ Este proceso llevó a Inglaterra a las construcciones de las prisiones de Portland en 1847 y Dartmoor en 1850.

número de visitas, condiciones de la cama, cantidad de cartas a escribir, etc²¹. En sí, el régimen progresivo no definía sólo la modulación de la condena en períodos sino permitía la consideración de derechos como verdaderas concesiones penitenciarias, de acuerdo a las exigencias de comportamiento.

La novedad del régimen de Crofton fue haber introducido un tercer período del régimen denominado “intermedio”, posibilitando un tiempo de la condena dirigida a realizar trabajos con obreros libres en campos y fábricas cercanas o dirigidos a realizar trabajos industriales. La mayoría de las veces se los empleaba como trabajadores libres en la agricultura y en la industria, aprendiendo a vigilarse a sí mismos²². Luego de esta aplicación, como primer instituto del régimen penitenciario en la ley inglesa de 1847 tiene sanción la “tickets of leave”, como concesión privilegiada a los deportados de la colonia de Australia, la cual, en 1853, se extendería al resto de los penados de la metrópolis.

Por otro lado, tal sistema tuvo su modelo español, o mejor dicho, hispanoamericano, a través del coronel Montesinos. Al igual que Howard, tras estar detenido por más de tres años, Montesino fue alcaide del penal de Valencia en 1834. Tal como describiera, tuvo que enfrentarse un “vergonzoso estado de insalubre desnudez y desaseo en que se hallaban los presidiarios, y la torpe y procaz holganza en que se consumían sus condenas proyectando nuevos crímenes o mostrando su camino a los que más ignorantes pudieran necesitar de tan perniciosa enseñanza para salir verdaderos facinerosos, casi me desalentaron al considerar las dificultades que habría de vencer para el buen éxito de mi proyecto”.

Asimismo, a diferencia de Crofton, relacionado al vínculo que Irlanda mantenía con Inglaterra, el sistema español resultaba novato en la regulación disciplinaria del régimen carcelario. Explica Montesinos que, “sin modelo alguno en España que imitar, y sin antecedentes tampoco donde instruirme de un ramo de administración desconocido

²¹Neuman, E., op. cit., pág. 134.

²²Marcó del Pont, L., *Penología y sistemas carcelarios*, Tomo I, Depalma, 1974, pág. 67.

entre nosotros, cualquiera comprenderá los obstáculos que iban a rodear mi empeño de aprender la teoría por la práctica y de inventar (por decirlo así) un sistema que, si no el más acertado, fuera, al menos, bastante conveniente para que fuera aceptado por el Gobierno como tolerable”²³.

Las bases de su sistema estuvieron definidas por establecer en el Presidio un ambiente de prueba, un medio moldeable, y, al mismo tiempo, moldeador, como elemento eficaz y positivo para la formación de naturaleza y carácter. Por otro, promover una disciplina inalterable, vigilada y prevenida, para conservar el medio anterior, usando para ello de todo recurso. El sistema, además, *debía despertar y ejercitar la voluntad con el trabajo, como el mejor medio moralizador*. Se trata de “inspirar en el ánimo de los delincuentes sentimientos de lenidad y amor al trabajo, debe ser el objeto moral de las Penitenciarías para que de ellas no salgan de nuevo los individuos a precipitarse en la carrera interminable del vicio”.

Ante las condiciones deplorable de la prisión de Valencia, Montesinos impuso habilitar otro edificio que reúna las debidas condiciones para la conservación de la salud de los reclusos, susceptible de que sean montados en su interior los talleres necesarios para evitar el ocio. Neutraliza la imagen de cada preso, entregando un uniforme reglamentario de color gris, algo nunca visto antes. Pero además, el ingreso consistía en otro ejercicio estético de la sumisión, al exigirse el rapado del cabello. A ello agregó otra nota de color. Todo preso debía tener una charla previa con él y, una vez comunicada la sentencia, se determinaba el peso de los grilletes, para comenzar el primer período del régimen (“período de los hierros”).

Sería en este período de observación, a diferencia de los modelos anteriores, dónde se evidenciaría una esencia simbólica basado en la expiación. Montesinos

²³ Montesinos, M., *Reflexiones sobre la organización del Presidio de Valencia*, Imprenta del Presidio, 1846 citado por Rico de Estasen, J., *Un gran penitenciario español: el coronel Montesinos*, en Anuario de Derecho Penal y ciencias penales, Tomo 9, fasc. 3, 1956, pág. 459.

consideraba que “el hierro es el signo que les recuerda a cada paso que es su propio crimen que los ha convertido en esclavos”. Definió el hierro según el tipo de condena, por ejemplo, hasta dos años, el grillete con ramal en la rodilla, consistía en dos eslabones; para los condenados hasta cuatro años, en cuatro eslabones y, luego, para los de mayor condena, los eslabones tenían el doble de grosor y el uso de cadenas sometidas por una correa que ciñe la cintura. Sin dudas, este régimen se evidenciaba más duro de aquellos otros relativos al aislamiento celular.

Recién de cierto tiempo soportando dicho peso es que se adoptaba el ingreso a lo que Montesinos lo llamaba “brigada de depósito”. La Brigada de Depósito es lo que, con su gran sentido práctico, sustituye, en el sistema de Montesinos, a la celda aislada del sistema penitenciario irlandés. La Brigada de Depósito, elemento fundamental del sistema, estaba constituida por todos los individuos que, arrastrando el estigma de sus hierros, realizaban las faenas más duras del Presidio. Montesino pretendía advertir la existencia de dos mundos; aquel en que se encontraban colocados con los signos exteriores de su penalidad (el grillete y la cadena), de aquel otro, con relación al mundo externo, avocado a la producción de un oficio. “Elegido un oficio, destinado a un taller, demostrada su aplicación, el penado ve como se le suprimen grillete y cadena”, diría Montesinos.

Transcurrido cierto tiempo relevante, no determinado en forma abstracta sino sujeto a criterio de pedir cita con Montesinos, era el condenado que tenía que disponerse hacia un cambio de régimen, considerando que estaba apto para una vida más productiva en el penal. Montesinos había convertido el penal de Valencia en una gran fábrica, sujeto a la producción manufacturera, definiendo cierta distinción de funciones que se distribuía desde maestros, oficiales y aprendices. Aparece entonces, el segundo período, el del trabajo. El trabajo es considerado una terapia del espíritu contra la moralidad del criminal.

El último período, denominado “libertad intermedia”, donde introduce el “ticket of leave” del sistema de Maconochie, cuando ningún antecedente existía al respecto. Consistía en el empleo de los condenados (aquellos con buena conducta y demostrada su habilidad en el oficio) en el exterior, sujeto a “duras pruebas”. El constante empleo de grupos de penados en el exterior, permitió que mediante tal sistema el Estado se sirviera de tales penados para el desempeño de los servicios de ordenanzas, asistentes, oficinas exteriores, centros oficiales, intendencia, tesorería; conducción de pliegos durante la Guerra civil, etc. ; las expediciones de reclusos, desde Valencia a Madrid, portadores de valioso material, con la sola vigilancia de un capataz. La libertad definitiva se otorgaba una vez transcurrido el término de la condicional, siempre que continuase la buena conducta, la contracción al trabajo y siempre y cuando tenía un lugar donde poder trabajar.

II.- La injerencia institucional del régimen penitenciario argentino con anterioridad a su estructuración normativa (1877-1933)

En nuestro país, la vinculación de un sistema penitenciario con la civilización de los países cultos y desarrollados, surgió al poco tiempo de producida la Revolución de Mayo. En esos tiempos el Gral. San Martín, seguidor de Lardizabal, Filangieri y Bentham, escribía que “en nuestras cárceles por la estúpida educación española están muy lejos de equipararse a la política admirable que brilla en los países cultos; hagamos lo posible por llegar a imitarles”²⁴. Si bien fueron las paupérrimas condiciones de las cárceles coloniales la que impusieron una crítica severa al modelo colonial español, lo cierto es que su fuerza devenía sujeto a los valores de la agenda penal iluminista, que comenzaría a ser divulgada en América Latina. Tal proceso se caracterizó por la actividad académica entre 1827 y 1860, teniendo inicio la gestación de un proceso de importación cultural de las ideas

²⁴ García Basalo, J.C., *El general San Martín y la reforma carcelaria*, en Revista Penal y Penitenciaria, XV, Buenos Aires, 1950, pág.149.

penales modernas y de producción de conocimiento propio, aún cuando la pena como privación de libertad era una sanción secundaria²⁵.

Se trataba en todo aquello que en términos políticos la penitenciaria era capaz de representar simbólicamente al exterior: la Argentina era una república en progreso y ello lo podía representar la forma civilizada en que determinaría su modelo de castigo²⁶. En términos políticos debía proponerse una institución modelo y, en tal sentido, en 1863 se pone en marcha el proyecto de la Penitenciaría Nacional. Lo regía como principio general que el espacio de confinamiento genere capacidades transformativas para permitir la instauración de hábitos racionales y autocontrolados, más ligado a meras formulaciones teóricas que la realidad de hacerlo posible en la totalidad de los reclusos.

La superpoblación, el conglomerado de poblaciones reclusas, las fallas en el acceso a talleres y el hacinamiento explicarían que el modelo de prisión moderna era incompatible con las cárceles heredadas del estado español- Si éstas difícilmente encuadraban con la idea utilitaria de la pena moderna, debía desarrollarse explicaciones tendiente a saber *qué régimen implementar y, por otro lado, bajo qué principios regularlo*. Esta última tarea no necesariamente tuvo su correlación con aquellas ideas fundacionales de los sistemas penitenciarios según la agenda penal ilustrada²⁷.

Al poco tiempo de su funcionamiento, ésta terminaría siendo severamente disfuncional al propio dispositivo penitenciario, haciendo de él una práctica excepcional e irregular en la propia penitenciaría nacional²⁸. La desproporción entre las dimensiones del edificio requerido y el número de reclusos existentes, sumado a la ausencia de medios

²⁵ Sozzo, M., *Florencio Varela y el nacimiento del liberalismo penal en la Argentina*, en Nueva Doctrina Penal 2007/A, Del Puerto, Buenos Aires.

²⁶ Caimari, L., *Castigar civilizadamente. Rasgos de la modernidad punitiva en la Argentina (1827-1930)*, en Gayol, S. y Kessler, G., *Violencias, delitos y justicias en la Argentina*, Buenos Aires, Ed. Manantial, Universidad Nacional de General Sarmiento, 2002, pág. 160.

²⁷ Carlos Tejedor fue claro en diciembre de 1865 “no es aún en el mundo un ensayo bastante acreditado para librarle exclusivamente la abolición o disminución de la pena de muerte y mucho menos entre nosotros que tenemos que estudiar la institución y crear los establecimientos”. Tejedor, C., *Curso de derecho penal*, Imprenta El Nacional, Buenos Aires, 1860, pág. 23.

²⁸ La indiferenciación de las penas privativas de libertad previstas en el código de 1887, posibilitando que se aplique prisión a delitos correccionales, sumado a la lentitud pasmosa del sistema procesal, hacía que los procesados para de un 60% a un 80% en 1887.

disponibles para realizar aquella terapia rehabilitadora y sobre todo, el uso del encarcelamiento preventivo masivo a través del código de Obarrio, explicaría una ambivalencia entre lo conceptual del castigo moderno, conforme sus modelos y su implementación práctica.

Una de las soluciones, no fue modificar el sistema procesal sino, por el contrario, crear la Siberia Criolla, el Presidio de Ushuaía en 1902. Se encontraría en el transporte punitivo soluciones no sólo al problema criminal de eliminación de ciertos delincuentes, sino al hacinamiento carcelario de la Penitenciaría Nacional²⁹. Sin dudas, el Presidio de Ushuaia fue una herramienta poblacionista, cuyo objeto era constituir civilización en los territorios del sur³⁰, *pero que sirvió de modo esencial para consolidar un dispositivo disciplinario esencial*: la del traslado a un régimen más lesivo ante cualquier consecuencia contraria del comportamiento del recluso en la Penitenciaría Nacional.

Mediante este régimen conducido en la estricta observancia en la conducta y la reforma moral en prisión³¹, sería Antonio Ballvé quién en 1905 incorporaría las experiencias descriptas por Dorado Montero en el reformatorio de Elmira, ya previamente difundidas en 1871 mediante un opúsculo como parte de la XXVII Declaraciones del Congreso Penitenciario de Cincinatti. La buena conducta comienza a ser valorada mediante un sistema premial que posibilita privilegios sobre aquellos que actuaran conforme dicho régimen, permitiendo restituir gradualmente al detenido su libertad personal. Ballvé considerará en la orden del día 135 en 1905 que la sumisión del detenido

²⁹ Caimari, L., *Apenas un delincuente. Crimen, castigo y cultura en la Argentina, 1880-1955*, Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2004, pág. 64.

³⁰ En igual sentido tuvo lugar la cárcel de Río Gallegos, v. Navas, P. D., *La construcción de soberanía y el control social en la periferia patagónica desde la cárcel de Río Gallegos (1895-1957)*, Tesis de posgrado, Universidad Nacional de La Plata, disponible en www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/tesis.te.798/te.798.pdf , 2013.

³¹ Sistema que imitó al régimen eclesiástico aplicado en Roma en el año 1704 por el Papa Clemente XI del Hospicio de San Miguel.

al reglamento es un “principio de ética experimental” tendiente a “estimular” una actitud activa de colaboración³².

Este ideario penitenciario comienza a dar relevancia a *aquello que hará y dejará de hacer el recluso dentro de ella y de qué manera y a través de qué dispositivos podrá conocerse las razones de su transgresión*³³. Es ese el dispositivo disciplinario que centralizará la cuestión sobre la conducta en correspondencia con el posible comportamiento en la vida social. El minucioso reglamento de orden, higiene y disciplina lejos de constituirse en un derecho del recluso, se tornaría como un elemento objetivo oponible a su comportamiento. Un orden objetivado por la representación que hará de la cárcel un lugar propicio para corregirse, sin que pueda ser cuestionado por el recluso ni tampoco ello pueda pensarse como objeto de interés penal para los abogados.

Es decir, la cuestión de la crisis material de la penitenciaria no resultarían oponibles por propia configuración del sistema penitenciario. Se trata de volcar en el recluso las formas de su comportamiento sin valorar las contingencias en que se desenvuelve y, por lo tanto, el modo de actuación del Estado.

Así como los teóricos ponderaron los fundamentos del castigo para instaurar dicho sistema penitenciario, luego sería tarde para asumir críticamente sus funciones, en tanto el derecho penal clásico comenzaría a ser dominado por la Scuola Positiva y dejado de lado por la nueva reforma penitenciaria. De tal modo, puede decirse que el pasaje de las ideas penales a las penitenciaristas *no fue interpretado en términos de equivalencia práctica sino como un proceso de transferencia donde la ejecución del castigo tendría un lugar no correspondido con aquellas representaciones teóricas*

Antonio Ballvé fue el primer penitenciarista que adoptó la nueva ciencia de la criminalidad. El mismo, en 1905, le solicitó al Poder Ejecutivo Nacional la creación de una

³² Ballvé, A., *La penitenciaría nacional de Buenos Aires*, Imprenta de la Penitenciaría nacional, Buenos Aires, 1907, pág. 116.

³³ v. Gonzalez, J., *Tendencias modernas del sistema del sistema penitenciario*, Archivos de Psiquiatría, Criminología y Ciencias Afines, Talleres Gráficos de Penitenciaría Nacional, 1904.

oficina técnica para el estudio científico de los presos. Pudo incorporar a la libreta de conducta de cada interno un boletín médico- psicológico, a fin de ser observada semestralmente por los médicos. Allí se reflejaban los estudios realizados al sujeto por el Instituto de Criminología, lo que permitió que el informe disciplinario perdiera relevancia y el diagnóstico de peligrosidad asumiera una entidad prominente.

En tal boletín se diagnosticaba: síntomas de alteración mental, epilepsia, alcoholismo crónico y diversa perturbación fisio-psicológica. En segundo lugar, posibilitó la difusión de esos estudios, permitiendo la divulgación de los resultados de casos a través de la revista Archivos, mediante la impresión en los talleres gráficos de la penitenciaria. Para ello, se puso a trabajar a celadores y guardias, tendientes a detectar cualquier preso con anomalías, mediante actividades o prácticas cotidianas que éstos experimentaran con los detenidos³⁴. Tercero, también cumplía funciones preventivas al interior del régimen, individualizando aquellos factores considerados proclives de la “mala vida” que el detenido ingresara a la prisión, ya sea por la forma de contactos que mantenía con el exterior o por la introducción de objetos prohibidos como alcohol o armas blancas³⁵. Y cuarto, permitía considerar los antecedentes institucionales de los internos, incluyendo las contravenciones, antecedentes de violencia barrial o familiar, internamientos psiquiátricos e ir analizando, mediante esos datos, su experiencia en prisión en forma retrospectiva.

La cárcel fortalecería un doble sistema de exclusión: no sólo el social, sino el propio intramuros, respecto de la necesidad de que lo clasificatorio determinara modalidades punitivas más graves entre unos y otros, según sus características personales. La razón no fue otra que atender bajo protocolos de racionalidad las nuevas complejidades sociales y asumir, de una vez por todas, que el positivismo adquiriera una

³⁴ Dovo, M., *op. cit.*, pág. 103.

³⁵ Taborda, H., *Clandestinismo en las prisiones*, en Archivos de Psiquiatría, Criminología y Ciencias Afines, Año VII, 1908, pág. 696.

capacidad para hablar desde la institución penitenciaria, articulándose con prácticas y materialidades concretas³⁶.

Las concepciones sobre el “estado peligroso” y la “defensa social” comienzan a ser la grilla interpretativa del discurso penitenciario. La técnica de observación no aparece como un derecho del preso al tratamiento, como lo entendería Pietro Gori o Dorado Montero, sino inspirado en la defensa social³⁷, comenzando a prevalecer los factores psicológicos y características personales por sobre las determinaciones sociales a los que dicha población estaba sometida.

Antonio Ballvé inserta los estudios de la criminología en el seno de la Penitenciaría, al inaugurar el Instituto de Criminología a cargo de José Ingenieros en 1907. La relevancia de esta institución dio continuación a la necesidad de su representación y difusión como objeto de la reforma, al punto de proveer recetas terapéuticas para los directores de las prisiones.

La prisión se convertía en un laboratorio dónde se experimentaban las clasificaciones que José Ingenieros desarrollaba sobre la psicopatología en el examen y diagnóstico de peligrosidad. El saber *no provenía desde las necesidades del sujeto, sino que tenía un origen teórico externo en una política criminal sobre él*, la cual proporcionaba un discurso oficial de contundencia, que integraba la sociología, la meteorología, la antropología, la psicología y la morfología de cada penado.

A partir de aquí, la cárcel cumpliría con dar sustento a una ideología institucional cuya misión fuera de defensa social respecto del conocimiento del delincuente, afirmando que en él se encuentra la razón del delito y no en los conflictos sociales que el Estado debe resolver. A la vez, este cambio de paradigma posibilitó que las decisiones judiciales de

³⁶ Si bien, desde 1902, al fundarse la Revista de Archivos de Psiquiatría, Criminología, Medicina Legal y Ciencias Afines por José Ingenieros y Francisco de Veyga, el campo penitenciario aparecería como una institución central en la recepción de un saber experto que analice las determinaciones del delito, a través de un saber médico psiquiátrico.

³⁷ Y así entendía José Ingenieros quién manifestara que “la defensa social es el objetivo de un síntoma punitivo científico”. Ingenieros, J., *El valor de la psicopatología en la Antropología Criminal*, en Archivos de Psiquiatría, Criminología y Ciencias Afines, Buenos Aires, pág. 8. Así también *El delito y la defensa social*, en Archivos de Psiquiatría, Criminología y Ciencias Afines, Talleres Gráficos de la Penitenciaría Nacional, Buenos Aires, 1909, pág. 207-220.

egreso ya no solo estarán sujetas a las propias disciplinas del régimen (trabajo, instrucción, comportamiento), sino en las probabilidades que, de acuerdo a esos diagnósticos, el sujeto haya podido atemperar tales rasgos de personalidad con relación al delito. Es útil entender el efecto simbólico que este discurso generó para siempre. Digo esto, pues pese a las publicaciones existentes del Instituto de Criminología, puede advertirse sin esfuerzo que éstas han servido más para el sustento de sus teorías que para la realidad cotidiana de las prisiones³⁸.

De este modo, la Penitenciaria Nacional fue utilizada como la vidriera de las reformas positivistas de tratamiento del delito, sujeto en la observación y diagnóstico de la patología criminal, que hizo del Instituto de Criminología la manifestación oficial de la reforma carcelaria³⁹. Sin embargo, ante indagaciones relativas a quién y a cuantos se clasificaban del total de la población, de qué modo el diagnóstico definía un tratamiento que sea efectivo contra esa patología del delito o si era posible materializarlo ante los datos de superpoblación que presentaba la unidad penal al Censo de 1906, se puede dilucidar que lo relevante de todo su aporte era la carga teórica que presentaba más que sus resultados.

A partir de 1913 Helvio Fernandez, utilizó la práctica del instituto para extender las nociones de José Ingenieros y, particularmente, se interesó por el concepto de simulación de la locura, relevando casos particulares como el de Alejandro Puglia⁴⁰, en la que ciertos acusados por un delito grave lo utilizaban para buscar medidas represivas más leves. Como médico legista, atendió los casos de aquellos que pretendían obtener beneficios o eludir responsabilidades por medio de la simulación, considerado por Ingenieros como desequilibrios mentales para escapar a la acción de la justicia⁴¹.

³⁸ cfr. Dovio, M., *La peligrosidad en la "Revista de Criminología, Psiquiatría y Medicina Legal"*. Buenos Aires 1924-1934 en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, La Ley, Año IV, nro.4, Mayo 2014, pág. 44.

³⁹ Ya por 1876 Luis Varela refería "La psicología triunfa; el hombre es susceptible de reformas; su falta no reconoce por causa una voluntad espontánea e inquebrantable". Varela, L., *La cuestión penal. Estudio sobre el sistema penitenciario*, Imprenta El Nacional, Buenos Aires, 1876, pág. 49.

⁴⁰ *Ibidem*, pág. 115.

⁴¹ Profundizó también la utilización de la noción de alineados como diagnóstico dirigido en la confección de informes respecto de aquellos detenidos que debían ser trasladados por la justicia a hospitales psiquiátricos.

Más tarde, a partir de 1927, Osvaldo Loudet crea una ficha general criminológica para todos los establecimientos, una vez que, desde la ley 11.833, quedará a su cargo la coordinación de la evaluación técnica criminológica de todas las prisiones nacionales. Tomaría en cuenta los aspectos antropológicos, médicos, psicológicos y sociales del delincuente, el delito como síntoma ostensible de peligrosidad en todas sus modalidades, la constitución del hogar paterno y los factores criminógenos familiares y la vida social del sujeto⁴².

A diferencia de José Ingenieros, las causas del fenómeno delictuoso no se determinaban por ciertas características de autor sino por la combinación de factores endógenos y exógenos, tomando en consideración todos los elementos (físicos, antropológicos y sociales)⁴³. Esta multicausalidad que implicara abrazar todas las teorías hizo que las fichas criminológicas no sólo se multiplicaran en casos sino en extensión, implicando un traspaso del modelo psicopatológico al interdisciplinario (familia, escuela, trabajo, moral, cultural y política).

Con tales categorías las fichas criminológicas definían un identikit del criminal según sea irreformable, honesto o arrepentido. Pero por sobre todo, Loudet fijó una relación fuerte entre el perfil socioeconómico del penado y el peso relativo que su disciplina laboral tenía en el diagnóstico de peligrosidad, aunque ello no eliminaría los factores psíquicos. A la vez, extendió a las características psicológicas del sujeto la mala conducta carcelaria.

Este proceso permitió que las fichas criminológicas ganaran legitimidad para otorgar pronósticos sobre la reinserción o no de los sujetos, definiendo las características etiológicas de los detenidos, lo que posteriormente tendrá directa incidencia al condicionar el régimen progresivo a la tríada observación-clasificación-diagnóstico. Desde

Aunque no existen datos cuantitativos relevados, durante su período de gestión, se profundizó el traslado de personas analizadas bajo el diagnóstico de “locura moral” y “alienación” a hospitales psiquiátricos, hasta que el código penal de 1921 pusiera un freno a través del principio de legalidad mediante la aplicación del art. 34.

⁴² v. Loudet, O., *La historia de la ficha criminológica*, en Archivos de Psiquiatría, Criminología y Ciencias Afines nro. XXI, Talleres Gráficos de la Penitenciaría Nacional, Buenos Aires, 1934.

⁴³ Caimari, L., *op. cit.*, pág. 152.

la gestión de Ingenieros a Loudet se realizarían mediciones, datos antropométricos, incorporando mediciones de orejas, cráneos o asimetrías faciales. Otros, resultarían con mayores o menores beneficios según tenían una historia laboral aceptable, conductas de género legítimas, maneras de hablar correctas, diversiones tolerables o prácticas sexuales permitidas, logrando de este modo clasificar las formas de reintegración aceptables a la sociedad argentina⁴⁴.

El Instituto de Criminología conformó una racionalidad práctica concreta en procedimientos de diagnósticos e informes que estructuraría la burocracia penitenciaria y alcanzaría estado legislativo en la ley 11.833, destinada más al contento de la clase gobernante y a la exploración de las características de la población carcelaria, que a su efectivo tratamiento.

Lo relevante era una respuesta determinista a los conflictos sociales que se incrustó en la ideología institucional penitenciaria en forma de defensa social. Los informes que se emitieran sobre los reclusos tendrían por objeto estigmatizarlos como población no dominante, permitiendo enmascarar como patologías sociales las inequidades generadas por el orden económico⁴⁵.

De esta manera he podido sintéticamente evidenciar que, por cierta genealogía histórica, la institucionalización de la ejecución del castigo legal en Argentina, hasta la sanción de la ley 11.833, estuvo directamente sujeto a un régimen penitenciario atravesado por la ideología de defensa social con basamento en la peligrosidad del sujeto que es condenado. Esto permitió que la institución penitenciaria conformara un “como sí” de su actividad por la eficacia que tal sistema determinara a través de su discurso criminológico.

⁴⁴ Sin dudas, en el tiempo, la cuestión laboral futura del penado y la relación con la familia mantendría un lugar más que relevante en las conclusiones criminológicas. cfr. Loudet, O., *Historia del Instituto de Criminología de la Penitenciaría Nacional*, Buenos Aires, 1971.

⁴⁵ Sobre la relevancia que la criminología le otorgara a los informes sociales, v. Gonzalez Millán, A., *La importancia del informador social en el estudio de la delincuencia adulta*, en Primer Congreso de Criminología, volumen 3, Buenos Aires, 1939.

El paradigma de cientificidad que relacionó el castigo con lo civilizatorio, a partir de los principios de la agenda liberal del derecho penal, fue esfumándose hacia la afinación de los dictámenes criminológicos, como resultado de la institucionalización que logró la Scuola Positiva a principios del siglo pasado, a través del Instituto de Criminología..

Veremos a continuación el modo en que las posteriores posiciones legislativas fortalecieron aún más esta incongruencia que, paulatinamente, marcara un sistema formal de ejecución de las penas estrictamente ligado a la remoción de aquellos factores criminógenos como actividades ligada exclusivamente al comportamiento del penado, sin que ello estuviera sustanciado por determinadas consecuencias previas en el régimen penitenciario. Sin indicarse de qué forma el Estado diera las herramientas concretas para posibilitarlo y hacerlo posibles sobre determinados plazos, corresponderá evaluar de qué modo, las legislaciones posteriores saldaron el debido proceso legal, que permitiera corresponder tal política penitenciaria como derecho de la persona privada de libertad.

III.- Breve reseña de antecedentes legislativos en la ley 11.833 y el dec. 412/58.

El análisis anterior permite conformar una utilidad genealógica, en varios sentidos. Por un lado, demuestra de qué modo, previo a legislarse el régimen penitenciario, la regulación institucional de la penitenciaria-modelo estaba determinada por la injerencia de la Scuola Positiva y la aplicación de ciertas categorías conceptuales que, derivados de los marcos teóricos del positivismo criminológico, se dirigía a satisfacer una explicación causal del delito en el relevamiento de aquellos factores de personalidad de los penados, para conocer e intervenir sobre la supuesta naturaleza de las poblaciones⁴⁶. El Instituto de Criminología no sólo tuvo un lugar simbólico y material en la conformación del discurso penitenciario, sino que determinará cierta centralidad en la estructura normativa al definirse la regulación legal de la ejecución de la pena.

⁴⁶ Murillo, S, *Estado, sociedad civil y gubernamentalidad neoliberal* en Revista entramados y perspectivas de la Carrera de Sociología, Editorial Facultad de Ciencias Sociales UBA, Buenos Aires, 2011, pág. 93

Tal actividad criminológica no era concebida como un derecho de las personas condenadas sino una potestad institucional sujeto a relevar conceptualmente las indagaciones que, en términos políticos, le interesarían al Estado conocer para producir un saber en torno a quién ingresan a las cárceles y cómo gestionar la criminalidad⁴⁷. Tal sentido político de la criminología mantuvo su línea de continuidad en las legislaciones de la ley 11.833 y el dec. 412/58 (convertida en ley 17.236), marcando una continua historicidad de la ideología de defensa social como manifestación formal de la institución penitenciaria⁴⁸. No obstante, una y otra reforma legislativa tuvo manifestaciones diversas que la gestaron.

La administración del castigo a inicios de 1930 comienza a revelar cierta insatisfacción de los cuadros de la burocracia estatal por la situación imperante en las cárceles, y perfiló una dura crítica al modelo de “prisión-laboratorio”, tras la evidencia que marcara al propio Eusebio Gómez aquella distorsión conceptual y la pobreza en la gestión administrativa del penal como director de la Penitenciaría Nacional. Esta situación material y administrativa de comienzos de la década, relevados en diversos informes oficiales realizados por Juan José O’Connor para el Ministerio de Justicia y de Instrucción

⁴⁷ Ya desde el Censo de 1906, explica Dovio que “las elites dirigentes tendieron a asociar la inadaptación laboral con la delincuencia, cuestión que volvía necesario el disciplinamiento de las clases subalternas a través del trabajo como estrategias que evitara el surgimiento de “focos infecciosos” en los espacios urbanos. La conversión proyectada desde la elite dirigente era la del delincuente en un homo economicus, un ciudadano industrial a la vez que un cuerpo dócil y útil”. Dovio, M., *Representaciones sobre la criminalidad en el Primer Censo Carcelario Argentino de 1906 a través de publicaciones editadas en la Penitenciaría Nacional*, en Revista Aequitas, Volumen 3, Buenos Aires, 2013, pág. 89.

⁴⁸ Para Salvatore, la criminología positivista, mediante la concepción del estado peligroso y la defensa social, creó una nueva cultura estatal que permitió proveer de argumentos a la gobernabilidad de un régimen oligárquico convirtiendo en una disciplina rehabilitadora formas concretas de exclusión social. Para ello, los criminólogos ocuparon espacios institucionales del aparato estatal de control social. cfr. Salvatore, R., *Sobre el surgimiento del estado médico - legal en la Argentina (1890 – 1940)* en Estudios Sociales, Revista Universitaria Semestral, Año XI, Nº 20, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, primer semestre, 2001

Pública⁴⁹, serían sumamente descriptivos respecto de la situación crítica de las cárceles provinciales (o periféricas)⁵⁰.

Ello produjo como resultado una serie de acciones orientada a corregir déficits materiales en los establecimientos, y contribuyó a sentar una agenda estatal en materia penal. El 30 de septiembre de 1933 el proyecto de ley sobre “Organización carcelaria y régimen de la pena” elaborado por Juan José O’Connor fue aprobado en el Congreso Nacional, cuando sólo dos cárceles estaban dedicadas a penados: la Penitenciaría Nacional y la de Ushuaia. Por tal motivo, la ley 11.833 instauró la centralización penitenciaria con la creación de la Dirección General de Institutos Penales (DGIP), lo que permitiera que un organismo centralizado proyectara e intentara materializar las políticas penitenciarias del período. Esta Dirección constituyó el primer organismo coordinador del sistema penitenciario nacional, ya que no existía previamente una administración centralizada en las cárceles dependientes de la Nación⁵¹.

La ley estableció dos régimen diferentes, atendiendo a la magnitud de la pena impuesta. El régimen progresivo sólo tenía aplicación para penas mayores a tres años, mientras que las penas menores (art.12), el establecimiento y la forma de ejecución dependían de la Dirección Nacional. El art. 11 definía este régimen en cinco grados: observación (tendiente a determinar los factores de personalidad), reclusión (período de trabajo dentro del establecimiento), orientación (trabajo fuera del establecimiento), prueba (trabajo en campos de semilibertad, granjas o colonias penales) y reintegración (egreso transitorio).

⁴⁹ cfr. O’Connor, J.J., *Cárceles de los Territorios Nacionales: memorias y estadísticas*, Imprenta de la Penitenciaría Nacional, Buenos Aires, Buenos Aires, 1933.

⁵⁰ Ernesto Bohoslavsky ha demostrado las diferencias materiales y presupuestarias entre las cárceles de los Territorios Nacionales y la Penitenciaría Nacional y la Cárcel de Ushuaia en las primeras décadas del siglo XX. cfr. Bohoslavsky, E. *Sobre los límites del control social. Estado, historia y política en la periferia argentina* en Ernesto Bohoslavsky y María Silvia Di Lisia (editores), *Instituciones y formas de control social en América Latina, 1840-1940*, Buenos Aires, Prometeo libros, 2005.

⁵¹ Silva, J., *Las políticas penitenciarias del estado nacional entre 1930 y 1960*, en Barreneche, O. y Salvatore, R. (comp.), *El delito y el orden en perspectiva histórica*, Prohistoria, Rosario, 2013.

Pese a que no era posible dar materialidad a la aplicación de un régimen progresivo, producto de la ausencia de prisiones aptas para el cumplimiento de los períodos de orientación y prueba, la ley produjo el adelanto y recién en abril de 1940 se habilita la Colonia Penal de Santa Rosa, permitiendo que sus buenos resultados comenzaran a divulgar teóricamente una noción amplia de tratamiento penitenciario para analizar la conveniencia en la aplicación de “colonias penales”⁵².

Pese al debido al déficit que la infraestructura carcelaria presentaba desde 1930, sin lograrse materializarse el ambicioso plan de infraestructura por O’Connor y Pettinato, lo cierto es que la reforma del dec. 412/58 sostendría como impronta el tratamiento penitenciario de carácter obligatorio.

El capítulo 2 de la ley denominaba “Progresividad del Régimen Penitenciario” definía la individualización de la pena mediante un primer momento de estudio médico-psicológico, relativo al período de observación (art.6), tendiente a formular un diagnóstico a cargo del organismo técnico criminológico, cuyo objeto era definir si el sujeto era fácilmente adaptable, adaptable o difícilmente adaptable; con ello se “aplicaba” el tratamiento sin plazo concreto (art. 6) y librado a la decisión del servicio penitenciario de ubicar al recluso en un régimen acorde a sus características (art. 7)⁵³.

Sucedió que la mayoría de los internos quedaban sujetos a ese período y sólo excepcionalmente pasaban al de prueba, período que seguía limitado al penal de Santa Rosa⁵⁴. No sólo el período de tratamiento estaba dividido en excesivas fases (de orientación, socialización, una fase intermedia y otra de confianza), sino que tampoco se determinaba un tiempo máximo en cada una de éstas. Tal es así, que tampoco el

⁵² Paz Anchorena, J.M., *Tratamientos penitenciarios especializados. Las colonias penales*, en Revista Penal y Penitenciaria, VI, Buenos Aires, 1941, pág. 217. Posteriormente, se destaca la tesis doctoral de Neuman, E., *Prisión Abierta*, Depalma, Buenos Aires, 1962. Para su reproducción en los modelos europeos, v. García Basalo, J.C., *Los establecimientos abiertos en España*, en Revista del Instituto de Investigaciones y Docencia Criminológica, nro.7, La Plata, 1962.

⁵³ El decreto definiría al concepto como aquel que se forma sobre “el carácter, tendencias, moralidad y demás cualidades personales del interno” para valorarse, junto a la conducta, en una escala de “ejemplar” a “pésima”.

⁵⁴ Recién en 1967 se habilitaría un nuevo pabellón en la cárcel de Neuquén transformándola en Prisión Regional Sur, mientras que la cárcel de Resistencia, en el Chaco, fue transformada en Prisión Regional Norte.

reglamento determinaba un tiempo mínimo para ser incorporado al período de prueba (y sí lo hacía para las salidas transitorias), como sí logró aplicarse con el Régimen de Modalidad Básicas recién en 1999 (art. 27).

Las funciones del gobierno penitenciario comenzarían a tener una autonomía propia respecto de aquello que, desde el plano formal, reproducirían aspectos de la ideología tratamental lejos de lo que la cárcel podía dar, sin relevarse manifestaciones críticas, sino recién en 1966 relativo al trabajo de Elías Neuman⁵⁵. Mientras eran manifiestas las condiciones críticas de hacinamiento, producto del aumento de población entre 1966 y 1976 (lo que imposibilitaba cualquier adecuación a los estándares mínimos de las reglas mínimas)⁵⁶, el tratamiento penitenciario era considerado obligatorio en el decreto 412/58.

Si bien la ley fue una manifestación modelo, que incorporaba las reglas mínimas de 1955, lo cierto es que la definición de las normas de trato (higiene, alimentación, vestimenta, traslados, medidas de sujeción y usos de la fuerza), no tendrían correlativa garantía en casos de incumplimiento, al no indicarse qué tipo de consecuencias jurídicas generaría.

El quiebre entre cierta consolidación de modelo normativo penitenciario y otro tanto ideológico a través de la idea de tratamiento, reforzó las concepciones peligrosistas y amplió las enseñanzas de la vieja criminología etiológica, al expandirse los cursos de la Escuela Penitenciaria a todas las cárceles de la nación⁵⁷. A esto le siguió una conducción autoritaria de la política penitenciaria a partir de 1966, requiriendo que la ley cada vez más disfrazara la realidad carcelaria y que el gobierno intramuros tomara mayor autonomía, es decir, sin sujeción a aquellos vínculos jurídicos⁵⁸.

⁵⁵ Me refiero a Neuman, E., *El problema sexual en las cárceles*, Depalma, Buenos Aires, 1965.

⁵⁶ En 1972 se registran un total de 5847 presos en el Sistema Penitenciario Federal, cuando al 1 de diciembre de 1973 eran 3.511, según las distintas estadísticas publicadas por el SPF en la Revista Penal y Penitenciaria

⁵⁷ El decreto 39.089 del 13 de diciembre de 1947 establecería que la Dirección General de Institutos Penales estaría a cargo de la Escuela Penitenciaria, definiendo los planes de estudio, la administración y su forma de inspección.

⁵⁸ En tal sentido Garaño, S., *El "tratamiento" penitenciario y su dimensión productiva de identidades entre los presos políticos (1974-1983)* en Iberoamérica nro.40, Buenos Aires, 2010; D'Antonio, D., *Presas políticas y*

De este modo, mediante el uso de nociones generalizadas y de cierto conceptualismo abstracto (contrario a lo que fuera el pragmatismo de Pettinato⁵⁹), y mediante la injerencia ambigua de “tratamiento” penitenciario, se comenzará a masificar las prisiones en el país y con ello tendría lugar un proceso de autorregulación y militarización sin precedentes⁶⁰.

IV. El régimen penitenciario en la determinación de la pena durante su ejecución: teoría de la responsabilidad punitiva del Estado.

La sanción de la ley 24.660 el 19 de junio de 1996 tuvo por objeto actualizar el marco normativo de la ejecución penitenciaria de las penas a través del sistema de principios y pautas de política penitenciaria que conformara la incorporación al marco constitucional de los instrumentos internacionales en virtud de la reforma de 1994⁶¹. De esta manera, el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional ha permitido ampliar el ámbito de regulación jurídica de las penas, incorporando un conjunto de principios derivados, entre otros, del art. 5 de la Convención Americana y 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Se destaca, con ello, a) que ninguna pena puede afectar la dignidad humana ni las seguridades y libertades personales b) que toda persona cuenta con el derecho a condiciones carcelarias exentas de torturas u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes c) que su pena no trascienda de su persona hacia familiares o terceros d) garantizarse la separación de procesados y condenados y e) determinación del objetivo o finalidad de la ejecución de las penas privativas de libertad.

prácticas de control social estatal en la Argentina durante los años setenta, en Contemporánea, Año 2013, Vol. 4. Eidelman, A., *El desarrollo de los aparatos represivos del Estado argentino durante la Revolución Argentina, 1966-1973*. Tesis de doctorado, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Filosofía y Letras, 2010.

⁵⁹ cfr. Grümberg, A., *Roberto Pettinato. Humanismo Penitenciario en acción*, Ediar, Buenos Aires, 2015.

⁶⁰ Vale destacar que la reforma del decreto 412/58 posibilitó que los regímenes provinciales asuman las disposiciones nacionales, permitiendo que la conducción política nacional tuviera injerencia en los sistemas penitenciarios provinciales.

⁶¹ Cesano, J.D., *Los objetivos constitucionales de la ejecución penitenciaria*, Alveroni, Córdoba, 1997.

Que tales principios previstos normativamente en la Constitución Nacional y en los pactos internacionales de derechos humanos, no significa que estén debidamente garantizados, es decir, que la ley los reglamente de forma tal que prevea mecanismos o técnicas que su incumplimiento por parte del Estado torne inválido aquellas condiciones formales de procedencia de la ejecución a través de su manifestación formal prevista por el legislador local⁶². Por ejemplo, el art. 9 de la ley prevé una pena exenta de tratos crueles, inhumanos o degradantes, pero no prevé ninguna otra normativa que determine qué efectos jurídicos tiene sobre la ejecución su efectiva aplicación durante el proceso.

Todo lo contrario, la ley de ejecución ha continuado sin determinar en forma clara y precisa qué significa y cuáles son las consecuencias de que la ejecución como principio orientador, esté dirigida a la reinserción social⁶³. Tampoco indica cuales son los efectos que, bajo determinadas consecuencias jurídicas, debieran aplicarse si tal objetivo se tornara de imposible realización o resulte frustrado durante la ejecución de la pena – tal como la propia estadística oficial lo revela⁶⁴-. Por ejemplo, atento el trato arbitrario aplicado, por ser recurrente o por su intensidad, el Estado no tendría más capacidad operativa de proporcionar un trato adecuado pues, atento el plazo que reste de la pena, resulte fácticamente dudoso o imposible revertir ese estado de situación dentro del encierro carcelario, debiendo aplicarse mecanismos alternativos más eficaces sobre el fin de la ejecución.

Por ello, resulta imprescindible una elaboración jurídica que precise el sentido y alcance de aquellos principios de carácter legal con los previstos en la legislación penitenciaria nacional y, de tal modo, garantizarlos en el proceso de ejecución de la

⁶² Binder, A., *Introducción al derecho penal*, Ad Hoc, 2004, pág. 105. Su estricta derivación en Ferrajoli, L., *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Trotta, Buenos Aires, 2000, pág. 43

⁶³ Salt, M., Los derechos fundamentales de los reclusos en Argentina en Rivera Beiras, I. y Salt, M., *Los derechos fundamentales de los reclusos en Argentina y España*, Del Puerto, Buenos Aires, 1999, pág. 173.

⁶⁴ El Sistema Nacional de Estadísticas de Ejecución de la Pena (SNEEP), según informe de 2014, reveló que el 57% de los penados se encuentran en el período de tratamiento, sujeto a la aplicación de regímenes cerrados, mientras que sólo el 15% se encuentra en el período de prueba y sólo el 2% en el período de libertad condicional. Más aún, al 88,5% se le había denegado las salidas transitorias y sólo el 7% se encuentra en régimen de semilibertad.

pena⁶⁵, atendiendo a la variabilidad de los contextos que determinan en cada caso los establecimientos penitenciarios.

Para ello, los penalistas no podemos continuar eludiendo el problema en la teoría penal, dejando la elaboración del discurso penitenciario sin sustento y librado a cualquier ideología “re”⁶⁶, trabajando exclusivamente desde la manifestación formal que la ley prevé sobre la pena. Debemos comenzar por enmarcar jurídicamente la operatividad que esta tiene en el encierro carcelario. Me refiero a la forma del trato punitivo aplicado en cierto régimen penitenciario, su correspondencia con los objetivos planteados, de acuerdo a la demanda y necesidades del penado y los efectos que, en beneficio de éste, deben tener todas aquellas condiciones carcelarias que sean opuestas a tal objetivo y, que en tal manera, generan una distorsión al debido proceso en la ejecución penal.

Necesariamente, una adecuada interpretación del art. 6° y 7° de la ley 24.660 exige comprender, en forma sistemática y armónica, el conjunto de principios derivados del art. 5 de la Convención y el art. 10 del Pacto Internacional, con el objetivo de compatibilizar el régimen penitenciario mediante el principio de progresividad que lo regula. No se trata de otra cosa que de procurar una coherencia sistemática de todo el ordenamiento de la ley de ejecución, en tanto permita evitar contradicciones internas y que cualquier exégesis legal conlleve la pérdida de derechos⁶⁷.

⁶⁵ Es parte de una investigación ad hoc por parte del autor, correspondiente al Tomo II de la obra, la indagación respecto de aquella configuración de ideas penitenciarias y su entramado político institucional, como su distanciamiento respecto de la formación de la dogmática penal argentina y su anclaje en la ejecución penitenciaria del castigo legal. Habiéndose mantenido cierto abismo que separa a las ideas científico-jurídicas de las prácticas punitivas y, en particular, el saber de los juristas penales, en torno a éstas, urge una genealogía del saber penal en torno a lo penitenciario. Se trata de analizar el modo que tal producción de pensamiento resultó correlativo a la autonomía de la “ciencia” penitenciaria, permitiendo (o no) librar su discurso sin controles jurídicos. De tal modo, dependiendo de tal pensamiento, una dogmática penal estructurada en correlacionar el delito y sus consecuencias mediante una concepción implícita de pena formal, pareciera no haberse correspondido con un saber práctico sobre la cárcel y sus efectos jurídicos.

⁶⁶ Hace más de veinte años lo afirmaba Zaffaroni, E.R., *Los objetivos del sistema penitenciario y las normas constitucionales*, en Libro Homenaje al Prof. David Baigún, Del Puerto, Buenos Aires, 1996, pág. 119.

⁶⁷ Pinto, M., *Temas de derechos humanos*, Del Puerto, Buenos Aires, 1997, pág. 80.

Esto permite presentar innumerables supuestos de casos no desarrollados por la doctrina, pero sí existente en el universo de las prácticas penitenciarias durante la aplicación de la pena. De tal modo, surgen cuestionamientos múltiples en este sentido que debemos otorgar una seguridad de respuesta. Por ejemplo, ¿puede la conducta de la persona obstaculizar el derecho de ésta al acceso a un régimen menos atenuado si, durante más de la mitad de condena, ha permanecido en un régimen cerrado? ¿Está legitimado el Estado a emitir un informe criminológico negativo si no previó o desarrolló acciones previas que posibiliten una adecuada convivencia? ¿Debe el juez de ejecución optimizar mecanismos de reparación que se le impongan al servicio penitenciario a favor del penado?

No se trata únicamente de una definición formal de contenido dogmático, relativa a que las condiciones de encierro sean progresivamente menos restrictivas a favor de aquellos mecanismos o herramientas que, a través de la acción del Estado, posibiliten mayores capacidades autogestivas hacia regímenes abiertos, garanticen más posibilidades de egresos transitorios (semilibertad, salidas transitorias, prisión discontinua) y aseguren que, cierto tiempo de la condena, esté sujeta a la aplicación de ciertos regímenes de pena de cumplimiento en libertad (libertad condicional o asistida).

Por el contrario, se trata de regular jurídicamente la realización concreta de tal principio en relación a cierta cantidad proporcional de trato punitivo respecto de la pena prevista y el objeto de tutela que define la ley de ejecución. Es decir, que durante el tiempo en prisión, el trato no sea excesivo ni arbitrario por aplicación de tratos crueles o degradantes, que las condiciones carcelarias no se presenten incompatibles con la dignidad humana, los derechos inherentes al penado no tengan interrupciones arbitrarias ni el castigo trascienda a terceros. Luego, sobre esa calidad de trato carcelario, se debe asegurar cierta cualidad de la pena hacia el acceso de aquellas condiciones favorables que, a través del régimen penitenciario, permitiendo que se garantice el alojamiento en establecimientos adecuados para tal fin y en correspondencia con un tipo de trato hacia la persona que, como objetivo principal, no sea deteriorante.

De este modo, debe entenderse que el régimen penitenciario está caracterizado por cierta indeterminación de la pena durante su ejecución y que, si bien está regulado formalmente, sobre la caracterización legal de cierta calidad de trato inherente a las restricciones que conllevan la privación temporal de la libertad, lo cierto es que las características cualitativas no se reducen sólo a tal manifestación formal.

Considero que el punto de partida exige de una interpelación innegable en la vigencia de los derechos humanos: trascender la matriz de objetividad jurídica que reduce la manifestación del encierro carcelario en lo abstracto del tiempo lineal o cronológico y lo niega al representar, en todos los casos, como privación temporal de libertad, sin revelar los accidentes de duración y forma que la pena tiene respecto a la afectación de otros derechos fundamentales.

Esa especie de pena puede traducirse en una mayor cantidad de castigo, que desvirtúe aquel contenido definido en el pronunciamiento condenatorio, si las condiciones de trato punitivo han sido más lesivas a las pautadas legalmente y, en tanto, el Estado no ha observado, ni el juez garantizado, la adecuación de la pena a los estándares mínimo de trato digno⁶⁸.

Por lo tanto, parto del presupuesto que todo régimen penitenciario de acuerdo a los principios supralegales que lo rigen debe enmarcarse en una teoría de la responsabilidad punitiva del Estado⁶⁹, en el sentido que la capacidad de respuesta ante el

⁶⁸ El Registro Nacional de Casos de Tortura y Malos Tratos (RNTM), en su informe en 2014, indica que de los relevamientos realizados por la Procuración Penitenciaria de la Nación y el Comité contra la Tortura de la Comisión Provincial por la Memoria durante ese año en diversos establecimientos federales y provinciales⁶⁸, se registraron un total de 2074 víctimas de torturas y malos tratos que nos permiten la individualización de un total de 6843 hechos de torturas y/o malos tratos. En 2015 se individualizaron 5869 hechos de tortura y/o malos tratos y sólo en el ámbito federal se registraron 3044 hechos de tortura y malos tratos. cfr. Informe Anual 2015, RNTM. *Síntesis de resultados y reflexiones en torno a los primeros 5 años de su implementación*. PPN, CPM y GESPyDH, 2016, pág. 73 y 86.

⁶⁹ “Responsabilidad” tanto en su etimología latina como germánica (Verantwortlichkeit) hace referencia a “respuesta”. cfr. Zaffaroni-Alagia-Slokar. *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000, pág. 875. Que tal contenido teórico resulta correlativo a la “posición de garante” que el Estado se encuentra frente a las personas privadas de libertad, “toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una relación

comportamiento del penado y el logro de la reinserción social del mismo, no debe evaluarse en la responsabilidad del propio sujeto respecto de su comportamiento o factores de personalidad sino, previamente, en la responsabilidad del Estado hacia él respecto de qué métodos punitivos integran las condiciones carcelarias y, de qué modo, ha de considerarse acorde con los objetivos del régimen penitenciario.

Los jueces están impedidos de habilitar la procedencia de aquellos requisitos formales que la ley le impone a los condenados para aplicar el tránsito gradual durante las fases y períodos que la ley prevé, si el Estado no ha generado acciones tales que, previamente pautadas y con conocimiento, aceptación y contradictorio del penado, le sean favorable para el objetivo de la ejecución de la pena.

Por lo tanto, inscripto en una teoría de la responsabilidad punitiva es posible analizar el régimen progresivo en la determinación ejecutiva de la pena a través de una hermenéutica más humana⁷⁰, que permitan introducir al conocimiento del saber de ejecución penal, todas las variables que la pena va adquiriendo en el tiempo de prisión respecto de sus condiciones carcelarias. Tal régimen progresivo necesariamente debe complementarse con la noción del tiempo de prisión respecto del carácter temporal que cada transcurso cronológico tiene en su rasgo existencial. Las características temporales, según cada proceso temporal, puede variar la estructuración objetiva que la ley define en los plazos objetivos que plantea. El condenado puede adelantarse a tales tiempos mínimos que presumen iuris tamen una mayor capacidad de reinserción social o pueden manifestarse retrasos, también producto de las contingencias que se ha planteado en el tipo de trato y las particularidades del establecimiento carcelario⁷¹.

e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones". Corte IDH, "Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs Ecuador, sentencia del 5 de julio de 2006, párr. 87.

⁷⁰ En este sentido, es de referencia básica Zaffaroni, E.R., *¿Derecho penal humano o inhumano?*, en Revista de Derecho Penal y Criminología, Año IV, Número 8, septiembre 2014, pág.3-15.

⁷¹ El tiempo de prisión define un saber atribuido a la valoración de aquel trato punitivo que se ha definido en la duración cronológica y supone un proceso compuesto de contingencias subjetivas las que, a los fines de la medida cualitativa, deberán valorarse sujeto a la calificación de trato arbitrario, siendo esta noción sobre la

Este nuevo saber que debemos construir como alternativa no es una mera recategorización de conceptos sino el desarrollo de herramientas que determine la relación y las consecuencias que la cárcel tiene con la mera regulación formal de la pena, respecto de la capacidad de respuesta que el Estado, a través de sus servicios penitenciarios, debe dar en cada caso y el juez debe asegurar, con aplicación a los límites que definen los principios del derecho penal y procesal penal.

V.- El régimen penitenciario “se basará en la progresividad procurando limitar la permanencia del condenado en establecimientos cerrados”

De acuerdo a la teoría de la responsabilidad punitiva, una vez comprobada la existencia de un delito y definida la habilitación de cierto poder punitivo sobre la persona a través de ciertas unidades temporales de privación temporal de libertad, la agencia penitenciaria debe proporcionar determinada respuesta punitiva y, a través de la manda constitucional (art. 18), el juez debe responder por la misma, en la evitación de cualquier mortificación y exceso, en tanto que su ejecución se determine respecto de ciertas condiciones que posibiliten una “adecuada” reinserción social.

Esas condiciones de trato que están garantizadas por la ley indica que el ordenamiento jurídico no se conforma con que la persona alcance por sí misma en cierto proceso de reinserción social con relación al delito cometido, sino que le exige al Estado que tal cometido se desarrolle por medio de unas herramientas específicas que resulten de cierta calidad de régimen penitenciario y de realización según las capacidades propias del establecimiento que lo aloja, lo cual dicha falta no podrá cargarse contra el penado sino que asume mayor capacidad de respuesta por aquel servicio penitenciario.

Por otro lado, la reglamentación de la ley ha permitido a través del dec. 396/99 (Régimen de Modalidades Básicas) - RMB, en adelante- reducir la responsabilidad del Estado en su posición de garante al considerar, en su artículo 1 que “La progresividad del

que se han de distinguir las acciones de los métodos punitivos aplicados. Así este tiempo incorpora todas las propiedades constitutivas del espacio de prisión. cfr. *La cantidad de pena en el tiempo de prisión. Sistema de la medida cualitativa*, Tomo I, Ad Hoc, Buenos Aires, 2015, pág. 339.

régimen penitenciario consiste en un proceso gradual y flexible que posibilite al interno, *por su propio esfuerzo*, avanzar paulatinamente hacia la recuperación de su libertad...”. De ningún modo, el alcance o proceso de “reinserción social” podrá depender del “esfuerzo” de la persona condenada sino de los medios que el Estado, en su posición de garante, debe emplear siendo éste un derecho del penado y no un prerrogativa del Estado en la aplicación del castigo o la mera elaboración de su discurso.

Ningún esfuerzo, más allá del carácter valorativo y ambiguo del término, puede sortear la obligación que el Estado tiene de proporcionarle al condenado un régimen penitenciario sujeto a ciertas condiciones necesarias para su progresividad en el tiempo de la pena. Pero sobre todo, tampoco el uso del término empleado por la reglamentación resultaría compatible con el hecho de que la persona privada de libertad se encuentra en una relación de sujeción especial que lo sitúa en condición de vulnerabilidad, de forma tal que obliga al Estado a brindarle protección hasta el punto de convertirse en su garante⁷².

El objetivo de la ley de ejecución penal y, más aún, su presupuesto en la evitación desocializante del encierro, impone que el régimen sea progresivo y no cualquier otro.

Al tener que ser progresivo no puede, por contrario, imponer una *regresividad* en el condenado no establecida legalmente ni correspondida por el debido proceso legal. Esto supone, respecto de aquellas herramientas que el Estado debe posibilitar que el lugar de alojamiento no puede justificarse cuando éste no le permita un desarrollo personal adecuado respecto de las necesidades y pautas fijadas en el período de observación (art. 13 ley 24.660) o, en tal sentido, sea contrario a su dignidad humana, trascienda a su persona y afecten su seguridad personal.

Esto supone entonces el principio de mínima intervención o de ejecución adecuada, es decir, que el establecimiento carcelario debe estar caracterizado por

⁷² Principio que rige la doctrina de la Corte Interamericana en Caso “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay”, 2 de septiembre de 2004, párr. 152; Caso “los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú”, 8 de julio de 2004, párr. 98; caso “Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, 7 de junio de 2003, párr. 111, entre otros tantos.

distintas instancias de alojamiento que le permitan un paulatino acceso a medios autogestivos o, en su defecto, procurar mecanismos alternativos de atención respecto de un régimen penitenciario que sea más favorable a su persona⁷³. Esto exige por parte de los operadores del sistema conocer qué tipo de centro de detención se debe encontrar una persona de acuerdo a su situación procesal durante la ejecución de la pena.

Por lo tanto, el régimen penitenciario al ser progresivo impide que, de modo arbitrario, es decir, a través de la restricción arbitraria de derechos o la aplicación de malos tratos y/o torturas, se imposibilite el derecho de toda persona condenada a que las condiciones de encierro se atenúen progresivamente, lo que obliga – en función de lo normado en el art. 208 de la ley- que los jueces tomen conocimiento de la situación particular por la que atraviesa la persona en encierro.

Como consecuencia jurídica, en caso de ser regresivo el régimen penitenciario, la autoridad jurisdiccional no sólo está impedido de cargar en el imputado su comportamiento para justificar el trato no recibido, sino que debe implementar mecanismos concretos de *reparación*, tendiente a restaurar el marco de legalidad de la pena e imponer, en el caso concreto, una mayor carga de responsabilidad de la agencia penitenciaria⁷⁴.

⁷³ Antes de crearse el régimen de “Casa por Cárceres”, sirve tener como indicador un informe de la Dirección de Régimen del Servicio Penitenciario Bonaerense que, a septiembre de 2002, ponía de manifiesto que sobre un total de 16.126 personas alojadas sólo 216 estaban alojadas en el régimen abierto y semiabierto de las Unidades 11 (Baradero), 12 (Gorina) y 14 (Gral Alvear). Posteriormente, al alcanzarse la construcción de 55 unidades carcelarias, sólo las Unidades 37 (Barkert), 38 (Sierra Chica), 41 (Campana) y 49 (Junín) resultan de régimen semiabierto. La provincia de Buenos Aires únicamente cuenta con la Unidad 11 (Baradero) y 12 (Gorina) como unidades de régimen abierto, cuya población actual representa el 2% de la totalidad de la población reclusa.

⁷⁴ El Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires lo ha relevado en el caso “Casado” “... Nos hallamos en una situación en que el Estado, que ha tenido a esta persona bajo su custodia permanente, no ha satisfecho la obligación de debida diligencia en torno al adecuado tratamiento que tiene como deber. En otras palabras, ha omitido lo que en términos de los órganos jurisdiccionales atinentes a la protección de los derechos humanos le compete (...) En la especie traída el encartado estaba bajo la directa vigilancia y tutela del Poder Ejecutivo Provincial y a disposición del Poder Judicial, o sea que la integridad física, la indemnidad en definitiva, descansaba en cabeza del Estado provincial debe prestar. Y en el caso, la garantía se ha revelado como insuficiente...” TCPBA, Sala de FERIA causa 43.502 “Casado” Reg. 907 del 30/7/2010.

Dicha carga, sujeta a demostrar el Estado una mayor disposición en los medios que debe emplear sobre la persona, de modo que – a través de un máximo de diligencias en cierto plazo proporcional a aquel perdido- logre compensar aquel tiempo vivencial sin un trato progresivo. Esto, correspondiente a la actividad de judicialización, se enmarca jurisdiccionalmente desde la obligación asumida por el Estado a través de la manda que lo vincula, en el art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP) (adopción de las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades).

VI.- “...y promoviendo en lo posible y conforme su evolución favorable su incorporación a instituciones semiabiertas o abiertas o a secciones separadas regidas por el principio de autodisciplina”

Una de las novedades que trajo la sanción de la ley 24.660 y que debe ser utilizado para prever ciertas consecuencias dogmáticas del régimen penitenciario, es el principio de “pro régimen abierto”⁷⁵, basado en la obligación del Estado de promover en cuanto sea posible, la incorporación de los condenados a instituciones abiertas o semiabiertas o que, aún dentro del establecimiento en que se encuentra, se apliquen dispositivos que favorezcan la autodisciplina.

De esta manera, este principio se deriva del contenido que el principio de reinserción debe tener en la aplicación de un régimen que, necesariamente, debe ser progresivo, lo que indica que el Estado está obligado a definir ciertos programas de acción o mecanismos de intervención que no estén estrictamente sujeto a la determinación de un régimen disciplinario, pues el Estado está obligado a enunciar las medidas adoptadas más allá de las estrictamente sujetas al comportamiento intramuros.

Es decir, por vía del principio de mínima intervención o adecuación progresiva del régimen, el Estado a través de sus servicios penitenciario no está justificado a mantener a una persona en un mismo pabellón por un tiempo más allá de lo razonable (por lo dicho

⁷⁵ Salt, M., *op. cit.*, pág. 234.

en el punto anterior, no pudiendo superar el tercio de la pena), probablemente sujeto a las mismas características cuando ingresó al penal, en razón de cuestiones de convivencia o ante factores propios de las relaciones intramuros, en caso de no ser aceptado o “recibido” en otro pabellón más autogestivo o, producto de la propia relación con el jefe del penal u otros penitenciarios⁷⁶.

Asimismo, en consecuencia de tal principio, ante la recurrencia de casos derivados de una incidencia conductual a la baja por característica de conflictos en dónde la persona haya sido alojada (y, por supuesto, en caso de aislamientos recurrentes o prolongados), el juez de ejecución está obligado a aplicar el art. 6 de la ley, tendiente a adecuar la ejecución de la pena a un régimen que posibilite, mediante una forma de alojamiento adecuado a los estándares de trato, el movimiento a un régimen más autogestivo o, en su defecto, un lugar de alojamiento que posibilite acceder a recursos básicos en procurar de ir superando ciertos objetivos en función de los mismos.

Por lo tanto, esta parte del artículo 6 de la ley permite develar la importancia que el período de observación tiene, debiendo estar supeditado al funcionamiento de todas las garantías procesales, aquel criterio de interpretación de los organismos criminológico (aunque en el caso de la Provincia de Buenos Aires el lugar de alojamiento lo decide el jefe del penal sin ningún tipo de criterio exteriorizable y limitado a la gestión estrictamente disciplinaria del espacio y configuración de relaciones entre presos⁷⁷) sobre clasificación y ubicación de los internos.

⁷⁶ Con respecto a los procesos de reciprocidad y definición de los vínculos intramuros derivados de la gestión del gobierno penitenciario en términos de violencia tercerizada, cfr. nuestra obra, *La cantidad de pena en el tiempo de prisión. Sistema de la medida cualitativa*. Tomo I, Ad Hoc, Buenos Aires, 2015.

⁷⁷ La distribución de personas como una particular configuración objetiva del espacio de prisión viene a permitir no solo una definición de las fuerzas activas del pabellón (quién define si le conviene la persona a la ranchada, si se decide sacarlo, quién va a ser la fuerza de choque, qué ocurre si el trasladado gana posición allí) sino también una reafirmación de las posiciones, definiendo el espacio por las distinciones, es decir, por las exclusiones mutuas derivadas en formas de consagración (por ejemplo, el valor que se define a través de la lucha por las “cosas”), antes desechadas. Pero quien es trasladado, sobre todo, tiene que defender su integridad, deberá “acomodarse” (luchar para “hacer pie”), circunstancia que no va a estar únicamente ligada a su decisión o voluntad individual sino a *todo un proceso disciplinario bien definido por la autoridad*

En tal sentido, todo alojamiento debe estar dirigido hacia una evolución favorable de la persona, cuya actividad resulta una carga del Estado, respecto de su posición de garante. Por lo tanto, esto tiene como consecuencia jurídica que el régimen disciplinario pueda influir en la progresividad, sólo de haber actuado el servicio penitenciario conforme la ley⁷⁸.

Para ello, judicialmente, debe relevarse en primer lugar, el principio de correspondencia entre las características del pabellón en que se encuentra alojado y las condiciones de oportunidad y trato adecuado que le haya permitido, respecto de aquellos medios otorgados (acceso al trabajo, actividades culturales o educativo, aplicación de un programa de formación) y el tiempo de prisión consumido, acceder a otra sección del establecimiento más autogestiva.

En correspondencia con ello, la evolución favorable sólo puede ser achacada a la persona condenada como posibilidad de acceso a un régimen más autogestivo si el Estado, de acuerdo a su posición de garante, ha empleado los medios adecuados, proporcionando al condenado, de acuerdo a las capacidades del lugar de alojamiento que se le asignara, las condiciones necesarias para un desarrollo personal adecuado que favorezca la aplicación progresiva del régimen.

En contrario, si el Estado no ha actuado conforme a tal estándares de trato digno, no ha correspondido el lugar de encierro a sus características personales ni tampoco posibilitado herramientas concretas o, ha incurrido en algún trato cruel, inhumano o degradante, de ningún modo el juez de ejecución puede atender a la evolución de la

penitenciaria que está constituido por la utilidad de espacios diferenciados e indeterminaciones temporales, sin nunca saber fehacientemente que es lo que sucederá. cfr. Vacani, op. cit., pág. 151.

⁷⁸ La ley exige una estándar de regla de conducta para progresivamente ir avanzando en el régimen, determinándose por el Régimen de Modalidad Básicas el guarismo de clasificación de conducta que se requiere del penado. Expresamente entiende a las reglas de conducta como vehículo del fin resocializador de la pena. Tal es así que el art. 79 expresamente señala que el interno debe acatar estas reglas dispuestas para posibilitar una ordenada convivencia, en su propio beneficio y para promover su reinserción social. Una calificación de ejemplar –que se define con un puntaje de 9 o 10- es requisito para acceder a las salidas transitorias (art. 17 de la ley 24660) o la libertad asistida antes de la libertad condicional en la Provincia de Buenos Aires (art. 104 2do párrafo ley 12.256).

persona cuando las condiciones carcelarias se revelan como una condición de imposible exigencia legal, debiendo operar únicamente el plazo temporal como requisito de acceso.

Por otro lado, esta segunda parte del art. 6 de la ley debe ser compatibilizada en relación a lo establecido por el art. 3 del RMB, al señalarse en dicho reglamento: “En la aplicación de la progresividad, se procurará limitar la permanencia del interno en establecimientos cerrados. En lo posible, conforme su evolución favorable en el desarrollo del tratamiento, se promoverá su incorporación a instituciones semiabiertas o abiertas o a secciones separadas regidas por el principio de autodisciplina”.

Si bien el reglamento prevé, de acuerdo a lo normado en el art. 6° por la ley nacional, la adopción de la ejecución de la pena a un régimen progresivo, lo cierto es que lo supedita a “su evolución favorable en el desarrollo del tratamiento”, parece coherente con el propio sistema, que en su conjunto, exige para el tránsito de las distintas fases y períodos, un dictamen criminológico favorable.

Resulta arbitrario, respecto de aquel establecimiento que no tenga disponibilidad suficiente para aplicar ciertas actividades terapéutico asistenciales sujetas a aquellos objetivos que debieran ser inicialmente determinados, le exija al interno por medio de sus organismos criminológicos, no haber removido factores de su persona vinculados al delito (controlar sus impulsos, demostrar arrepentimiento, etc...) ⁷⁹, propio de un determinado tratamiento, como condición de avance en la progresividad de la pena. Por otro lado, de hacerlo, sortearía el debido proceso legal que lo determina; es decir, que dicho tratamiento debió previamente ser consentido, individualizado respecto de las demandas personales y, particularmente, programado ⁸⁰.

⁷⁹ Si bien la temática penitenciaria ha mantenido persistentemente la relación de la crisis penitenciaria con relación a la sobrepoblación penitenciaria, en la mayoría de los informes que se revelan el contenido de esa garantía, tendiente a ejecutar la pena en condiciones de espacio suficiente y no colmada, no es relevada en correspondencia con la capacidad operativa del personal penitenciario, ni mucho menos, la diferenciación que debe realizarse no sólo entre personal de seguridad y terapéutico, sino el número de ingresos de éstos en proporción a los niveles de encarcelamiento.

⁸⁰ En efecto, sostiene Arocena, “la eficacia de cualquier tratamiento penitenciario presupone, como elemento necesario, la adhesión voluntaria y activa del penado en la intervención terapéutico-asistencial de

De tal manera, debe considerarse como una condición propia del debido proceso en la ejecución de la pena, que la evolución favorable del condenado debe ser requerida con estricta relación de los medios otorgados por el servicio penitenciario, siendo éste el que tiene competencia exclusiva para la realización del objetivo de la ley. Para ello, no se trata de que tal objetivo se circunscriba en el término ambiguo de “una adecuada reinserción social” sino que se debe corresponder al tipo concreto y particular del régimen o tratamiento aplicado.

No sólo no pueden ser oponibles al condenado las capacidades limitadas por el establecimiento penitenciario, sino que esa ausencia de medios o herramientas concretas y la incidencia de circunstancias estructurante en los malos tratos aplicados (traslados reiterados, aislamiento continuo) deberán estar estrictamente correspondidas en el control de motivación que el juez de ejecución deba hacer del dictamen criminológico.

No puede supeditarse la exégesis legal del art. 10 de la ley para la aplicación del régimen progresivo, ni menos otorgarse carácter vinculante a tal dictamen, sino que éste debe estar supeditado al control judicial y a un proceso que garantice los límites propios que imponen todas las garantías procesales y penales.

De modo inverso, en caso que el penado haya demandado algún tipo de tratamiento o, en su defecto, el acceso a determinado pabellón para acceder a ciertas actividades culturales o de formación profesional, su evolución favorable deberá ser analizada en relación en que la ausencia de medios o herramientas previas, haya generado efectos deteriorantes y, por lo tanto, contrarios a su reinserción social. Es decir, evidenciaría el modo en que el Estado en relación a tal principio no ha previsto un régimen penitenciario que lo favorezca.

la agencia penitenciaria, esto es, su libre, genuina y, aún colaboradora sujeción a tal injerencia estatal. Es que, cualquier cambio psicológico, cualquier cambio de comportamiento que se pretenda en el condenado podrá aspirar a un grado plausible de eficacia si el recluso asume voluntariamente y decididamente un tratamiento penitenciario dirigido a tal fin”. Arocena, G., *Principios básicos de la ejecución de la pena privativa de libertad*, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, pág. 225.

VII.- Diferencia entre régimen y tratamiento penitenciario como la conducta de las condiciones carcelarias.

Que de acuerdo a lo dicho, las nociones de tratamiento penitenciario y de régimen conviene diferenciarlas (estricta aplicación del art. 5 de la ley)⁸¹, no pudiendo depender las cuestiones regimentales de los resultados de un tratamiento⁸², y, a su vez, no aplicar, de forma dogmática, sus propios contenidos de un modo axiomático. La progresividad, por su derivación con el principio de reinserción⁸³, es una garantía del condenado que no puede ser aplicado por fuera de la propia temporación objetiva que define la ley (por ejemplo, exigirle al condenado a los dos tercios de su condena no haber transitado por el régimen abierto) sino que debe corresponderse propiamente con la actividad penitenciaria hacia el condenado, atendiendo a la situación general del establecimiento carcelario y los medios concretos aplicados hacia el condenado (la forma de vigilancia, acceso a su visita, oferta de actividades culturales).

⁸¹ El art. 5° de la ley es sumamente claro en cuanto a que el tratamiento de los condenados debe ser programado e individualizado y obligatorio respecto de las normas que regulan la convivencia, la disciplina y el trabajo. La disposición se apartó claramente del art. 2° del derogado dec. 412/58 que establecía que “el condenado está obligado a acatar en su integridad el tratamiento penitenciario que se determine”. Inclusive, sobre una inteligencia progresiva en la interpretación legal, al preverse voluntario, la persona condenada tiene derecho a que, en el marco de un tratamiento, no aceptar aquello que, en demanda de su mejoramiento, no lo considere relevante para sus objetivos en la vida social.

⁸² La actividad penitenciaria no gira exclusivamente alrededor de un tratamiento penitenciario, sino que previamente, está definido por las actividades vinculadas a la convivencia, disciplina y trabajo, mientras que el tratamiento, desde un sentido restrictivo, se define por el conjunto de medidas de tipo terapéutico asistenciales que sólo pueden tener injerencia de haber sido ofertadas y aceptadas voluntariamente por la persona condenada. De tal modo, el art. 1 del RMB debe ser interpretado en forma armónica y sistemática con lo establecido en el art. 5, 6, 12 y 104 de la ley 24.660, pues la segunda parte del primer artículo refiere que estas actividades son esencialmente contingentes. cfr. Mappelli Caffarena, B., *Sistema progresivo y tratamiento*, en Lecciones de Derecho penitenciario, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 1989, pág. 139.

⁸³ Como estándar claramente aplicable a todo conflicto de interpretación en materia penitenciaria, el fin de reinserción social, al ser un derecho de las personas privadas de libertad frente al Estado, no puede ser utilizado jamás para restringir o limitar un derecho o facultad de las personas privadas de libertad. Salt, M., op. cit., pág. 177; Y, mejor dicho en palabras de la Corte, “*la readaptación social del penado resulta indudablemente, no un mero objetivo de la ejecución de las penas privativas de la libertad, sino el objetivo “superior”. Empero, no por su elevado emplazamiento dicho objetivo consiente toda medida por el hecho de que se la considere dirigida a su logro*” (CSJN, “Méndez,D.”, rta. 1/11/2011, consid. 3°). Por ende, no es razonable considerar que se corresponderá con la vida en libertad un comportamiento reprochable en condiciones de hacinamiento o sobrepoblación.

Dicho esto, la evolución favorable del condenado podrá ser exigida al condenado respecto de su comportamiento en aquellas actividades propias que hacen al régimen penitenciario, es decir, lo relativo a la convivencia, la disciplina y el trabajo.

No obstante, y atendiendo lo expuesto en el art. 104 de la ley, la conducta no es la base para la aplicación del régimen progresivo si tanto la disciplina como el guarismo de clasificación, están previamente determinados por un conjunto de normas que regulan las condiciones que debe tener la vida de todas las personas privadas de la libertad en relación al ejercicio de sus derechos. La convivencia o disciplina no pueden estricto sensu, estar supeditada a la respuesta de comportamiento que el interno tuvo con relación al régimen que determinó su alojamiento o traslado por parte del jefe del penal a determinado pabellón.

Estas decisiones, por estar sujetas a un marco absoluto de discrecionalidad y sin ningún tipo de control judicial, suelen determinar el riesgo o probabilidad de sanciones disciplinarias hacía el condenado respecto del pabellón dónde se lo envíe, de acuerdo a la relación que el personal penitenciario tenga con el detenido⁸⁴.

En tal sentido, de acuerdo a la gestión administrativa que el director de cada establecimiento haga de la ubicación de los detenidos, lo cierto es que *la disciplina de un régimen particular puede impedir una adecuada convivencia* y con ello, imposibilitar el acceso a contar con actividades laborales fuera del pabellón. Lo entiendo así por la significación que en un penal adquiere la diferenciación de los espacios, las disímiles prevenciones de las formas de violencia intramuros y el tipo de vigilancia predispuesta de acuerdo a las reciprocidades con los internos.

Por lo tanto, no se trata que, en términos deductivos, se conciba la reinserción social del penado sujeta a un régimen penitenciario de naturaleza progresiva sino partir

⁸⁴ Galvani, I., *Ubicando a un preso en un pabellón. Relaciones de poder entre personal e internos en una unidad penitenciaria de la Provincia de Buenos Aires*, en VI Jornadas de Sociología de la Universidad Nacional de La Plata, Departamento de Sociología, 2010.

del realismo cognoscitivo que revela el trato punitivo de acuerdo al tipo de condiciones carcelarias que definen y estructuran al establecimiento penitenciario dónde se dispuso el alojamiento del penado y en razón del cual, se estructura cierta capacidad en la realización de la conducta dentro del mismo.

De este modo, la evolución favorable no debe estar sujeta a la mirada miope del gráfico de conducta sino de las condiciones carcelarias concretas y, objetivamente, respecto del tipo de actividades que el Estado ha realizado para posibilitar un régimen que sea progresivo. Esto indica, entre otras opciones, verificar que no haya existido imposibilidad propia de sobrepoblación y, asimismo, atender si las demandas del penado han sido atendidas o relegadas e incluso, ordenadas por el juez de ejecución.

Correspondiente con la posición de garante, si durante cierto tiempo y en forma reiterada, la persona ha sido pasible de sanciones disciplinarias y, transitado tiempo prolongado en “buzones”⁸⁵, el servicio penitenciario está obligado a realizar medidas preventivas y de acción que le permitan variar tal situación en su comportamiento o aplicar otras condiciones de encierro, como forma concreta de orientar el régimen a las características de progresividad.

Esto es lo que se intenta garantizar, y no otra cosa. Es decir, el desarrollo ordenado de la vida carcelaria no puede estar exclusivamente supeditada al comportamiento del detenido, más allá de considerarse obligatoria el acatamiento de las reglas de disciplina, si el Estado no ha dispuesto de mecanismos concretos tendiente a evitar o prever situaciones críticas de conflictos, reducción de la sobrepoblación, gestión adecuada de la vigilancia y formas de intervención que favorezca un clima propicio a la realización de derechos básicos del preso (adecuada alimentación, acceso adecuado a sistemas sanitarios y médicos de forma oportuna, propiciar los vínculos con los familiares,

⁸⁵ La aplicación de éste lugar de alojamiento es múltiple, ya sea como 1) Alojamiento transitorio 2) Sanción disciplinaria 3) Medida precautoria 4) Admisión/ingreso 5) Medida judicial de resguardo 6) Espera traslado 7) Espera reubicación, entre otras. No obstante, puede adquirir carácter permanente en los supuestos 1, 4, 5, 6 y 7.

etc.). Es decir, no puede ser oponible al penado, aquello que el Estado incumple respecto de las condiciones carcelarias que ofrece.

Si la persona ha permanecido en forma prolongada en un pabellón con hacinamiento y sometido a distintas formas de violencia, resulta con objetividad que el Estado no ha propiciado su adecuada convivencia ni disciplina y, por lo tanto, la “evolución favorable” de su persona, no puede ser un requisito que condicione aplicar un régimen progresivo, cuando éste – en lo concreto- no ha tenido ningún funcionamiento en el proceso.

Por lo tanto, es el Estado quién debe asegurar que la manera y el método de ejecución de la medida no someta al detenido a angustias o dificultades que le impidan el acceso a su seguridad personal y una adecuada convivencia, para lo cual será tarea del juez relevar los mecanismos de vigilancia de los establecimientos en que tiene a su cargo la ejecución de la pena, so pretexto de mortificación (art. 18 CN) e incumplimiento del conocimiento concreto del establecimiento en que dispone la ejecución de la pena (art. 59 y 208 de la ley).

De tal manera, la progresividad debe ser entendida como aquel modo adecuado en que el régimen penitenciario debe garantizar una evolución en la conducta del penado, evitando que la convivencia esté condicionada a formas de violencia que lo obstaculicen y, en tal sentido, el Estado vaya adoptando prácticas que pondrían en evidencia la adaptación a regímenes que requieren menos control.

VIII.- El contenido obligatorio del trabajo en la aplicación del régimen progresivo y los posibles “retrocesos” en el mismo.

Siendo el trabajo otro factor considerado obligatorio respecto del régimen penitenciario⁸⁶, tal exigencia debe tener una interpretación coherente y armónica con lo normado en el art. 106 y 110 de la ley.

Conforme el art. 106, la ley utiliza la noción de “tratamiento” en sentido amplio (la noción engloba actividades que no son las terapéuticas existenciales sino revelan herramientas objetivas respecto de ciertos derechos del penado – trabajo, educación, actividades culturales), al considerarlo la base del tratamiento y, por otro lado, la exigencia al interno de desempeñarse laboralmente no admite la coacción para ello. Siendo una actividad que influye en el concepto (art. 62 RMB) y no la conducta, al ser ésta la base del régimen progresivo (art.104 ley), no resulta coherente considerar que tal dispositivo sea una condición para la progresividad del régimen, cuando la inserción más autogestiva podrá tener otros antecedentes más relevantes.

Esto adquiere relevancia práctica cuando, atento el castigo predominante mediante el modelo de “prisión-depósito”⁸⁷, el cupo para la realización de actividades

⁸⁶ El trabajo de los presos es considerado, desde Howard en adelante, un método para su corrección, relacionando su aplicación con la instauración de hábitos regulares, evitación del ocio y posibilita la aceptación de ciertos órdenes y permite definir la jerarquización propia de las relaciones sociales. En el proceso hacia la recuperación de la libertad permitiría cierto entrenamiento para las habilidades o capacidad que de él surjan, al punto de colmar ciertas aspiraciones para un futuro trabajo asalariado luego de la liberación. Sin embargo, como han explicado Rusche y Kirchheimer, aquel proyecto de invención penitenciaria que desde los Estados Unidos (mediante la instauración del modelo Auburn (New York) por el de Philadelphia), se proyectó a mediados del siglo XIX en atención al trabajo y, en particular, el modelo de fábrica (unido al modo de desarrollo con la producción capitalista), sólo ha posibilitado instaurar las condiciones de menor elegibilidad respecto de las clases más pobres, a los fines de ofertarse al bajo costo de los salarios, producto del temor al encarcelamiento. cfr. Rusche, G y Kirchheimer, O., *Pena y Estructura social*, Temis, Bogotá, 2004, pág. 160. En nuestro país, ya a mediados del siglo pasado, Caimari denominaría a nuestras prisiones como “pantanos punitivos”, revelándose las condiciones infrahumanas en las que vivían los detenidos (hacinamiento, falta de higiene, ocio). A partir de aquí, en el escenario de posteriores dictaduras militares que, desde 1955 imprimen fuertemente a las cárceles su lógica de represión, tortura e incapacitación, se habilita un proceso de transición a raíz de la recuperación democrática en 1983 que, hasta la fecha, no ha podido desarticular los márgenes normativos que la remiten a tal conformación institucional autoritaria.

⁸⁷ La particularidad del sistema carcelario de finales del siglo XX y comienzos del XXI es el cada vez mayor peso que va adquiriendo la “prisión jaula” o “depósito” como destino ineluctable para la gestión de la población encarcelada. Es decir, el encauzamiento del preso se mixtura con prácticas vinculadas a su permanencia inútil y prolongada tras las rejas, dando contenido a un modelo jaula-depósito e incapacitante.

laborales formales y que las mismas estén directamente relacionadas a la satisfacción de la realización personal del condenado (actitudes o antecedentes laborales previos o proyección sustentable ante un egreso transitorio), resulta de escasa posibilidades concretas o al menos azarasas⁸⁸, más aún en la situación de la Provincia de Buenos Aires, que concentra casi la mitad de la población carcelaria del país⁸⁹.

Por otro lado, la progresividad provee como garantía su estricta legalidad, no pudiendo justificarse un retroceso en el régimen, mediante la invocación de requisitos que la ley no define⁹⁰.

Todo respeto a la jerarquía normativa, ya claramente definido por la Corte Suprema en el célebre caso “Mouviel”⁹¹, impone que el reglamento, como producto normativo esencialmente subordinado, tiene por objetivo tornar explícita una norma que ya existe y a la que el Poder legislativo le ha dado contornos definidos, cuidando no alterar

cfr. Sozzo, M.. *Populismo punitivo, proyecto normalizador y ‘prisión depósito’ en Argentina*”, Revista electrónica Sistema Penal y Violencia nº 1, Porto Alegre, 2009.

⁸⁸ En tal sentido, ver RNCT, 2015, pág. 303 y ss. Señalan Gual y Marzik que la realidad carcelaria demuestra una brecha considerable entre los presos que trabajan en prisión y quienes se encuentran formalmente afectados a tareas laborales. Es posible detectar una gran cantidad de detenidos que deben trabajar varios meses aguardando por su afectación formal, y en consecuencia sin percibir su remuneración. También, por el contrario, muchos detenidos afectados formalmente a trabajo remunerado, pero que la administración penitenciaria desiste de utilizar su fuerza laboral puesta a disposición. Gual, R. y Marzik, V., *Hacia un régimen normativo laboral en prisiones. Un sistema reforzado de garantías frente a una posición de doble hiposuficiencia*, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/12/doctrina42504.pdf>.

⁸⁹ La diferencia con el sistema federal respecto de penados incorporados a la realización de actividades laborales formales es abrumadora, si tenemos en cuenta el crecimiento exponencial de las personas privadas de libertad afectadas a tareas reenumeradas. Según lo evidencia el Informe Anual 2014 de la Procuración Penitenciaria, mientras el universo de personas detenidas en el SPF ha evidenciado un aumento inferior al 4% en el último lustro, las personas afectadas al trabajo se han visto duplicadas, con un techo máximo el año 2013 y con una reducción en 2014. En ese año 7087 detenidos se encontraban afectado a algún trabajo, mientras que 7615 lo hacían en 2013. . En la CPF II Devoto y CPF I de Ezeiza, entre los meses de julio de 2010 y julio de 2013 se ha observado un incremento del 287 % en Devoto y del 182% en Ezeiza.

⁹⁰ Así, art. 29 de la ley 12.256, según reforma ley 14.296 de la Provincia de Buenos Aires “El avance o retroceso en la progresividad se dispondrá, conforme las pautas que reglamentariamente se determinen, sobre la evaluación de la conducta del penado y la adaptación a las pautas reglamentarias vigentes...”

⁹¹ CSJN, “Mouviel, R. y otros”, 17/5/1957.

su contenido⁹². Por lo tanto, ningún reglamento puede autorizar formas de retroceso en el régimen, que alteren el espíritu de tal principio a favor de la reinserción social.

En segundo lugar, tal retroceso no sólo debe superar el principio de estricta legalidad, sino que debe estar validado por el test de proporcionalidad en el caso concreto (racionalidad, estricta necesidad y proporcionalidad estricto sensu), para considerarse válida la justificación a restringir un sistema de derechos que ya habían sido obtenidos por el penado al avanzar en el régimen progresivo. Para ello, se deberá medir, controlar y determinar que la mayor restricción a los derechos no cancelen los objetivos propuestos respecto del contenido de la progresividad, atento lo indicado en el período de observación o en la actualización del régimen (art. 28 ley 24.660). Debe persistir una adecuación e idoneidad que determine cierta proporcionalidad entre el fin de la ejecución y la restricción que se pretende aplicar con relación al contenido del “retroceso” en el régimen.

De tal modo, el retroceso debe ser valorado jurisdiccionalmente, atendiendo a la razonabilidad y estricta necesidad, con relación a los objetivos que definan el proceso del penado en su ejecución. De tal manera, conforme lo previsto en el art. 87 inciso g de la ley, al preverse como consecuencia de una sanción disciplinaria el “*traslado a otra sección del establecimiento de régimen más riguroso*”, deberá analizarse judicialmente la legitimidad de tal decisión penitenciaria con respecto al contenido que define su proceso de ejecución.

IX. La estructura cognoscitiva en la determinación de las fases del período de tratamiento.

El artículo 7° de la ley prevé que “El condenado podrá ser promovido excepcionalmente a cualquier fase del período de tratamiento que mejor se adecue a sus condiciones personales”. De tal modo, las fases de socialización, consolidación y

⁹² Así v. Cesano, D., *Derechos fundamentales de los condenados a penas privativas de libertad y restricciones legales y reglamentarias: en búsqueda de los límites del legislador y de la administración*, en *Consecuencias jurídicas del delito*, Donna, E. (director), Rubinzal Culzoni, 2009, pág. 196.

confianza, reguladas en los artículos 15 a 25 por el RMB (dec. 396/99), no son secuenciales y, por lo tanto, el condenado no estaría obligado a transitar las anteriores para avanzar en la fase de confianza, o antes, en la de consolidación⁹³.

Ahora bien, para otorgar seguridad jurídica a ésta garantía y emplear correctamente el régimen progresivo, lo cierto es que el avance en cualquiera de las fases del período de tratamiento debe depender de dos condiciones sustanciales: que la permanencia en alguna de la fase del período de tratamiento no sea desocializantes, es decir, que deje de producir efectos positivos sobre el interno y, segundo, demostrar que sus condiciones personales (producto de sus aptitudes, potenciales y proyectos presentados) resultarían compatibles con una modalidad más autogestiva del establecimiento.

Para ello es necesario que, desde el período de observación, se determine mediante las garantías de contradictorio, oralidad y prueba, qué objetivos tendrá la pena respecto de las demandas y necesidades propias del penado y, en qué condiciones se encuentra el establecimiento para hacerlo posible, debiendo determinar ciertas propuestas claras y viables.

Aquella relación clara, circunstanciada y precisa que debe definir al hecho punible, también *debe determinar el contenido de la pena sujeta a una precisión que en igual término explicita la estructura cognocitiva del proceso durante la ejecución de la pena, como reglamentación del principio previsto en el art. 8 apartado 1 y 2 inciso b de la CADH*. De otro modo, se dejaría al servicio penitenciario modificar sobre criterios vagos e imprecisos el contenido de la pena a través de ciertos factores de personalidad del condenado y no de su evolución personal respecto de los objetivos planteados.

⁹³ El Art. 6° de la ley 12.256 revela un estándar superior al de la ley 24.660, pues regula el carácter alternativo de la progresividad a todas sus etapas y no únicamente a la del tratamiento, sin que los internos estén obligado a un tránsito secuencial o gradual por períodos anteriores. Señala “El régimen de condenados, caracterizado por la asistencia y/o tratamiento, comprenderá los regímenes abiertos, semi-abierto y cerrado, los que serán de utilización alternativa y no necesariamente secuencial”.

Esta diferencia, que delimita el derecho penal de acto en la ejecución penal, también se corresponde con la teoría de responsabilidad punitiva del Estado, pues los objetivos de la ejecución penal estarán directamente vinculados a la obligación que tienen los servicios penitenciarios de proporcionarles a la persona, “las condiciones necesarias para un desarrollo personal adecuado que favorezcan su integración social al recobrar la libertad”⁹⁴. Pero lo cierto es que, esas condiciones no deben ser cualquiera ni contingentes, sino estrictamente sujetas a la definición de las pautas que el régimen tendrá respecto de la persona en función de una previa determinación clara, precisa y circunstancia de su contenido correspondiente a las necesidades y demandas propias del interno.

Asimismo, deben estar sujetas a las variaciones que pueda imponer no sólo su actualización semestral sino también las modificaciones que produzca el establecimiento (por ejemplo, si los objetivos iniciales se pautaron hace dos años, éstos se encontrarán limitados si el establecimiento alcanzó un mayor porcentaje de sus niveles de sobrepoblación).

De este modo, el dictamen de los organismos criminológicos resultaría arbitrario si exclusivamente se limita a un juicio de personalidad para determinar el alcance que la reinserción social tiene en la persona. Será tarea del defensor y con estricto control judicial, determinar si la actividad del Estado ha permitido la evolución personal con relación a aquellos medios necesarios para el logro de los objetivos previamente pautados.

Que el régimen penitenciario se base en la progresividad supone el derecho de todo condenado a tener una evaluación más precisa de su comportamiento intramuros, de forma previa, clara y precisa al período de egresos transitorios o definitivos, a medida que accede a espacios de mayor autogestión, donde se le deben otorgar las herramientas

⁹⁴ Salt, M., *op. cit.*, pág. 177.

que le servirán para desenvolverse en sociedad, y como pasos previos a contar con un régimen que se corresponda con aminorar las diferencias respecto de la vida en libertad.

Esto no sólo define la nota de “gradualidad” sino también de “actualización” permanente de las actividades que el régimen debe prevé a favor de su reinserción social o, en su caso, disponerse la evaluación de su tratamiento en caso de haber sido ofrecido y aceptado voluntariamente el mismo. Entiendo, entonces, que lo gradual, debe representar un modo cierto de operatividad en la función penitenciaria que responda diferenciadamente a ciertas actividades, sean éstas relacionadas al régimen o al tratamiento y que las mismas sean adecuadas, es decir, que garanticen una alteración del contenido cualitativo de la pena a favor del proceso de reinserción social.

X.- El principio de proporcionalidad como pauta de interpretación del artículo 7° de la ley.

En segundo término, el art. 7° supone la estricta proporcionalidad con el tiempo de pena, pues la progresividad en el régimen dejaría de ser una garantía a favor del principio de reinserción social, si el derecho a transitar en forma gradual y paulatina no se realiza sino *con anterioridad suficiente a los plazos que objetivamente la ley prevé para los egresos transitorios*.

El condenado tiene derecho a determinadas condiciones de encierro que suponga que las restricciones inherentes a sus derechos y acceso a mecanismos propicios a su desarrollo personal, se atenúen de modo proporcional al tiempo de prisión consumido respecto de la pena impuesta. Justamente, no se justificaría en relación al principio de reinserción social, la decisión de permanecer más de la mitad de la condena en la fase de socialización ni menos, ser incorporado al régimen de prueba a dos meses de agotar la pena, cuando consumió todo el tiempo anterior en un régimen cerrado.

Lo justifica la razón por la cual la ley no prevé con certeza suficiente cuál es el tiempo máximo en que una persona debe estar en determinada fase del período de tratamiento, determinando sólo tal pauta temporal en el período de observación (30 días,

según artículo 7 del RMB) y acudiendo a un proceso de verificación del “tratamiento”, en caso de ser consentido y aplicado, en un plazo no superior de 6 (meses), tendiente a determinar el alcance de los objetivos del mismo (art. 13 d ley 24.660) y proceder a su actualización (art. 27 idem y 39 RMB).

En este sentido, el régimen progresivo debe estar garantizado por el principio de proporcionalidad de la pena durante su ejecución al exigirse que la actividad del Estado se encuentre condicionada por ciertas pautas temporales de carácter objetivo que tengan una correspondencia en proporción al tiempo de pena que definiera la condena respecto de cada persona bajo los requisitos de individualización y programación.

De tal modo, es el juez a través del contradictorio de las partes, que debe controlar y regular temporalmente que el tránsito del tiempo en prisión no sea contrario a la aplicación de un régimen progresivo. Por ejemplo, la permanencia de 3 años en un régimen cerrado en una pena impuesta de 4 años de prisión.

Por ello, el derecho del condenado a evitar su permanencia en un establecimiento cerrado indica que el trato punitivo aplicado debe implementarse, *previo al plazo temporal de un tercio de la pena dispuesto por el artículo 27 del RMB*, el cual prevé la incorporación al período de prueba. Tal criterio dirigido a la “prohibición de exceso” que supone la permanencia en el régimen cerrado o en la fase de socialización, exige implementar la estricta relación que la proporcionalidad de la pena debe tener con el modo de su ejecución, a través de una interpretación sistemática y armónica de todo el sistema de egresos transitorios o paulatinos que la ley prevé.

Esto supone sobre todo que la restricción de la privación temporal de la libertad no solo debe estar amparada por la legalidad, evitando penas crueles que distorsionen los derechos protegidos del condenado, sino que su restricción por parte del Estado debe ser proporcional y razonable al fin de lograr el objetivo de reinserción social.

De esta manera, el tiempo de la pena impuesta en el pronunciamiento condenatorio también impone un cierto plazo al Estado que está definido por las pautas objetivo-

temporales que delimitan la función del régimen progresivo como garantía del penado⁹⁵. Lo gradual o paulatino en el tránsito del régimen penitenciario hace que ninguna restricción de la libertad deje de ser razonable, es decir, que no tenga operatividad ni sentido alguno en relación favorable a la reinserción social.

Todo proceso temporal de la pena durante su ejecución debe ser proporcional al interés que la justifica y, por ende, la actividad penitenciaria debe ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo mediante el alojamiento en un régimen que, dentro del período de tratamiento, se corresponda a tal finalidad. Esto debe atender a una pauta temporal razonable que no puede exceder el período de un tercio que la ley dispone como tiempo mínimo para acceder al régimen de prueba (art. 27 RMB).

X.- “... de acuerdo a los resultados de los estudios técnico-criminológicos y mediante resolución fundada de la autoridad competente”.

He señalado que el debido proceso en la ejecución penal se enmarca estrictamente en la definición clara, precisa y determinada de la actividad que el Estado debe hacer sobre la persona condenada, de acuerdo al contradictorio del cual luzca la síntesis respecto de la demanda y necesidad del penado (cuya pauta debería ser el ámbito de su culpabilidad al mensurarse la pena) y las capacidades propias que cuenta el establecimiento para ello⁹⁶. Por lo tanto, los resultados de los estudios técnicos

⁹⁵ No puede seguirse prolongando la privación de libertad para que se aplique un tratamiento terapéutico que debió emplearse al ingresar el detenido a la Unidad. De tal modo, a más de diez años, la antigua conformación de la Sala I, con el brillante voto de Sal Llagués señalaba “Dichos extremos no pueden ponerse en cabeza de los encartados para negar el beneficio, habida cuenta que *el Estado dispone de un plazo (los dos primeros tercios de la pena impuesta) en el que tiene la obligación de aplicar el tratamiento para que el individuo pueda reinsertarse socialmente en forma adecuada; cumplido el mismo, la ineficacia del encargado de proporcionar dicho tratamiento, no puede ser puesta en cabeza del sujeto que fuera sometido a tratamiento*” TCPBA, Sala I, sent. del 23/5/2006 en causa 21.883 “Man Chum”; idem sent. del 23/3/2007 en causa 24.206 “Hernández”.

⁹⁶ Este principio que llamo “de adecuación carcelaria” está sujeto a la variabilidad de contingencias propias que puede tener la estructura objetiva de la cárcel respecto a las modificaciones y circunstancias que dependan de aspectos no vinculados ni oponibles al interno, como ser el aumento del nivel de sobrepoblación, el ejercicio de reclamos colectivos, la aminoración de las partidas presupuestarias o el excesivo uso de licencias o aplicación de las mismas a personal terapéutico o de seguridad.

criminológicos deben enmarcarse en esa estructura cognitiva que define el debido proceso y, en su caso, a los términos de su actualización semestral (art. 27 ley 24.660).

Ni debe redundar en factores imprevistos para el condenado, del cual no pudiera ejercer una defensa previa ni controlar los criterios de evaluación u ofertar prueba en su favor, ni tampoco tales estudios técnicos pueden demandarle al penado aspectos que no han estado vinculado a la actividad del Estado en su tiempo de condenada.

De acuerdo a la teoría de la responsabilidad punitiva del Estado, los resultados de los dictámenes criminológicos deben enmarcarse en la situación de vulnerabilidad de la persona privada de libertad con el Estado, variando la propia función que tales informes tienen en relación a la clásica concepción administrativa de la pena basado en las “relaciones de especial sujeción”⁹⁷. Los principios del estado de vulnerabilidad del privado de libertad y de la posición de garante del Estado desarrollados por el sistema internacional de los derechos humanos modificaron esa lógica, otorgándole una nueva dimensión a la noción de relación de sujeción especial que aún no han tenido injerencia en la definición de consecuencias jurídicas en las legislaciones. No se trata de conceder espacios de discrecionalidad y posibilidad de abusos a la administración, sino de incorporar un lenguaje de derechos del condenado, de límites y resguardos que deben desarrollarse para contener de forma razonable los riesgos que se materializan en la prisión y las acciones que corresponden por parte del Estado tendiente a brindar un trato concreto o realizable.

⁹⁷ Durante el siglo pasado las normas que regulaban la ejecución de las penas “no tenían rango jurídico”, sino que, como vimos en el segundo punto, la configuración institucional se debió a normas interiores del Estado y, en función de ello, los detenidos se vinculan al Estado en una relaciones de especial sujeción como consecuencia de una relación cualificada con la institución, en dónde el contenido que determina esa acción del Estado sobre el penado no está estrictamente regulada jurídicamente. Se entendió, durante todo el proceso de configuración institucional de la ejecución de la pena, que ésta constituye una especial relación de poder, en cuyo ámbito la Administración está justificada para tomar o regular, en forma general o especial, todas las medidas necesarias para la realización de la ejecución de la pena, en el sentido de sus finalidades jurídicas sin que tales decisiones estuvieran estrictamente limitadas por los derechos y garantías de los penados que se imponen a tal actividad del Estado. cfr. Rivera Beiras, *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría*, J.M.Bosch, Barcelona, 1997, pág. 333 y ss; Mappelli Caffarena, B. y Terradillos Basoco, J., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 114 y ss.

Dos aspectos son los relevantes en este sentido; primero, que la reinserción social no puede ser incompatible con el derecho penal de acto ni tampoco con la dignidad humana y la autonomía de la persona, no debiendo el Estado a través de tal noción, justificar una restricción a su libertad si no es producto de la ausencia de un desarrollo personal adecuado del condenado en correspondencia con las actividades implementadas durante cierto plazo por parte del Estado y sujeta a la estructura cognoscitiva del tratamiento definida en el período de observación o en la reactualizaciones durante el proceso; segundo, que los resultados de los informes que impidan el tránsito a otra fase del período de tratamiento se exterioricen en circunstancias objetivas respecto de las actividades implementadas y determinen ciertas propuestas y plazos para remover aquel fracaso en la fase que justifique la permanencia del interno, sin que haya existido alguna acción del Estado que haya generado ello o permitido ciertas restricciones arbitrarias que imposibilitaran cumplir con aquellos objetivos implementados (art. 13 d ley 24.660).

Se trata de un principio de correspondencia, pues no puede ser exigible al condenado la realización de actividades que el propio régimen, producto de ciertas condiciones carcelarias, ha imposibilitado⁹⁸.

Tampoco la personalidad del condenado no es lo que debe determinar la posibilidad de ingreso alternativo a las fases del período de tratamiento como al resto de los períodos o fases, sino la evolución personal respecto de las actividades implementadas y en función a los objetivos que surjan de aquella delimitación clara y precisa en la estructura cognoscitiva que debe tener la ejecución de la pena para delimitarse dentro del ámbito de reserva del art. 19 de la Constitución nacional y al concepto de persona.

Correspondiente a ello, no puede resultar valorable aquello que el condenado no se comprometió o no fue informado ni pudo controlar y refutar aquella pauta del tratamiento, sea por no reconocer su culpabilidad o no consentirlo, ni tampoco aquello

⁹⁸ Sobre ello, más ampliamente, cfr. del autor *La exigencia legal de "hacer conducta" ante condiciones carcelarias que lo imposibilitan* en Revista de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad y Encierro, ICARO, Año 9, nro. 7, Buenos Aires, 2015, pág. 213-238.

que no depende exclusivamente de su voluntad o posibilidad propia (ejemplo: reflexionar sobre el delito, contar con una salida laboral, mudarse alejado de la víctima).

Además, la “evolución personal” deberá corresponderse con cierta aplicación en los medios del Estado que haya permitido a) determinar las pautas en remover factores contradictorios a ese objetivo b) fortalecer mecanismos que resalten las aptitudes del interno a favor de sus capacidades c) corresponderse con el tipo de alojamiento que eviten factores de incidencia negativa en ese proceso d) y evitar el uso excesivo o desproporcionado del encierro estrictu sensu, es decir en aislamiento, dentro del pabellón o mediante traslados recurrentes.

Esto requiere por parte de la defensa y la fiscalía delimitar que el proceso tenga un contenido fáctico que sea verificable en los informes respecto de información precisa, basados en datos de realidad con las circunstancias actuales del establecimiento y los medios que hayan podido implementarse ante la demanda y necesidad del condenado⁹⁹. Para ello, entonces, el juez deberá decidir no sólo en el marco de ese contradictorio sino en procura de darle publicidad, intermediación y oralidad a la toma de sus decisiones respecto del organismo encargado de realizar el seguimiento y aplicación del tratamiento penitenciario.

Por lo tanto, aquellas decisiones en la etapa de ejecución de la pena que impliquen una modificación cualitativa del cumplimiento de la pena (restricción o aminoración de derechos, posibilidad de obtener gradualismos en el régimen progresivo, retrocesos en el mismo, garantías procesales afectadas por la aplicación de tratamiento no consentido,

⁹⁹ Para Roberto Saba se trata del derecho a la información “El derecho a la información tiene que ver con el derecho a saber. El derecho a saber es el derecho a saber qué está pasando ahí adentro (...) Hay alguna información que podría el Estado estar obligado, esto va a depender de cada caso en particular, a dar la información sin esperar que se la pidan. Y ese mismo derecho a la información y esa obligación del Estado a dar la información también generan en algunas situaciones una obligación estatal de generar información. En casi todo el derecho comparado en materia de derecho a la información se dice que el Estado tiene obligación de dar la información que está en su poder. Que no tiene una obligación de generar información a pedido”. Saba, R., *Información pública y acceso a la justicia: lineamientos para una política pública carcelaria*, en “Cárcel y Estado de Derecho” Cuadernos de la Defensa nro.3, Defensa Pública de Chubut, 2010, disponible en <http://www.defensachubut.gov.ar/?q=node/291>.

etc.), deben ser tomadas por un juez independiente de la administración, en un procedimiento que posibilite el contradictorio de las partes respecto de la estructura cognoscitiva del proceso relativo a los objetivos formulados respecto de la persona y no aquellos que, predominando lo valorativo, resulten abstracto o sin contenido propio respecto de la actividad realizada por el Estado o las contingencias sufridas por el penado en el encierro.