

## ¿Existe el deber de resocializarse?

Por Mario Alberto Juliano<sup>1</sup>

1. La generosa invitación a participar en la obra colectiva de homenaje al profesor Jorge E. Zavala Baquerizo es un gran honor, ya que si bien no he tenido el gusto de tratarlo personalmente, su impresionante trayectoria como hombre público ha trascendido las fronteras del Ecuador y lo colocan en el respeto y consideración más elevados.

El universo de conocimientos del profesor Zavala Baquerizo es tan amplio que se facilita la tarea de escoger un tema que, de algún modo, pueda estar en sintonía con su pensamiento. Es que ha transitado prácticamente todos los aspectos vinculados con el saber penal: la dogmática, la cuestión procedimental, la criminología y las consecuencias del poder punitivo.

2. Me propongo abordar un tema que, independientemente de sus connotaciones político criminales, y hasta filosóficas, tiene grandes consecuencias prácticas y, de acuerdo al posicionamiento que adoptemos a su respecto, dependerá la mayor o menor extensión de derechos para las personas abarcadas por sus alcances.

Tal como se propone en el título de este trabajo, los ejes del análisis serán los siguientes: ¿existe el deber de resocializarse? ¿los presos tienen la obligación de resocializarse, de alcanzar determinadas metas durante su período de encierro? Y, lo que es más importante, ¿qué ocurre si el privado de la libertad no responde satisfactoriamente al tratamiento penitenciario? ¿los informes criminológicos negativos deben enervar el acceso a salidas anticipadas?

3. El debate en torno a los fines de la pena se ha mostrado inmenso e inacabado. No es el propósito reeditarlos en estas escasas líneas. Simplemente dejar dicho que, independientemente de la verificabilidad o adhesión a sus postulados, tanto la República

---

<sup>1</sup> Presidente de la Asociación Pensamiento Penal y juez del Tribunal en lo Criminal 1 de Necochea (provincia de Buenos Aires)

del Ecuador<sup>2</sup>, como la República Argentina<sup>3</sup> adhieren al ideal de la rehabilitación o resocialización. Del mismo modo que nos es impuesto por la sola circunstancia de ser estados signatarios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>4</sup>.

Lo cierto es que, no obstante las convicciones de cada uno acerca de las denominadas teorías “re”, en tanto y en cuanto se encuentran constitucional y convencionalmente consagrada dicha finalidad de las penas, se obliga a los Estados a su observancia y comportan un conveniente estándar de derechos exigibles por los individuos privados de la libertad. Desde esta óptica, los presos se encuentran en condiciones de reclamar, al menos, un trato digno durante su estancia intramuros. La prisión debería dejar de ser un fin en sí mismo y convertirse en un núcleo que obligue al Estado a proporcionar determinados derechos (acceso a la educación, a la atención de la salud, a un trabajo satisfactoriamente remunerado, a una alimentación adecuada, a un hábitat confortable, a relacionarse con el mundo exterior) a las personas que se encuentran alojadas en su interior<sup>5</sup>.

4. El Ecuador, como la Argentina, consagran en sus respectivas legislaciones domésticas un régimen de progresividad en el cumplimiento de las penas, con posibilidades de acceder a salidas anticipadas, previo al agotamiento de la condena, en caso de cumplirse una serie de requisitos, vinculados con los progresos observados por los internos. Así, el artículo 87 del

---

<sup>2</sup> Artículo 201 de la Constitución Política de la República del Ecuador.- El sistema de rehabilitación social tendrá como finalidad la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad, así como la protección de las personas privadas de libertad y la garantía de sus derechos. El sistema tendrá como prioridad el desarrollo de las capacidades de las personas sentenciadas penalmente para ejercer sus derechos y cumplir sus responsabilidades al recuperar la libertad.

<sup>3</sup> Artículo 18 de la Constitución de la República Argentina.- Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.

<sup>4</sup> Artículo 5. Derecho a la integridad personal... 6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

<sup>5</sup> Naturalmente, sería deseable que los derechos apuntados fuesen proporcionados a los ciudadanos sin necesidad de tener que estar presos, lo que posiblemente evitaría la privación de la libertad.

Código Penal ecuatoriano<sup>6</sup> regula el instituto de la libertad condicional en una forma similar a la prevista por el artículo 13 del Código Penal argentino<sup>7</sup>. Del mismo modo, la ley de ejecución penal argentina (ley 24.660)<sup>8</sup> guarda similitudes conceptuales con el Código

---

<sup>6</sup> Artículo 87.- Todo condenado que hubiere sufrido las tres cuartas partes de la condena, en tratándose de reclusión, y las dos terceras partes, al tratarse de prisión correccional, podrá ser puesto en libertad condicional, por resolución de la autoridad correspondiente, siempre que hubiere cumplido con regularidad los reglamentos carcelarios y observado muy buena conducta, revelando arrepentimiento y enmienda, bajo las siguientes condiciones:...

<sup>7</sup> Artículo 13.- El condenado a reclusión o prisión perpetua que hubiere cumplido treinta y cinco (35) años de condena, el condenado a reclusión o a prisión por más de tres (3) años que hubiere cumplido los dos tercios, y el condenado a reclusión o prisión, por tres (3) años o menos, que hubiere cumplido un (1) año de reclusión u ocho (8) meses de prisión, observando con regularidad los reglamentos carcelarios, podrán obtener la libertad por resolución judicial, previo informe de la dirección del establecimiento e informe de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social, bajo las siguientes condiciones: 1°.- Residir en el lugar que determine el auto de soltura; 2°.- Observar las reglas de inspección que fije el mismo auto, especialmente la obligación de abstenerse de consumir bebidas alcohólicas o utilizar sustancias estupefacientes; 3°.- Adoptar en el plazo que el auto determine, oficio, arte, industria o profesión, si no tuviere medios propios de subsistencia; 4°.- No cometer nuevos delitos; 5°.- Someterse al cuidado de un patronato, indicado por las autoridades competentes; 6°.- Someterse a tratamiento médico, psiquiátrico o psicológico, que acrediten su necesidad y eficacia de acuerdo al consejo de peritos. Estas condiciones, a las que el juez podrá añadir cualquiera de las reglas de conducta contempladas en el artículo 27 bis, regirán hasta el vencimiento de los términos de las penas temporales y hasta diez (10) años más en las perpetuas, a contar desde el día del otorgamiento de la libertad condicional. (*Artículo sustituido por art. 1° de la [Ley N° 25.892](#) B.O.26/5/2004*)

<sup>8</sup> ARTICULO 17. — Para la concesión de las salidas transitorias o la incorporación al régimen de la semilibertad se requiere: ...IV. Merecer, del organismo técnico-criminológico y del consejo correccional del establecimiento, concepto favorable respecto de su evolución y sobre el efecto beneficioso que las salidas o el régimen de semilibertad puedan tener para el futuro personal, familiar y social del condenado.

ARTICULO 23. — La semilibertad permitirá al condenado trabajar fuera del establecimiento sin supervisión continua, en iguales condiciones a las de la vida libre, incluso salario y seguridad social, regresando al alojamiento asignado al fin de cada jornada laboral. Para ello deberá tener asegurada una adecuada ocupación y reunir los requisitos del artículo 17.

ARTICULO 28. — El juez de ejecución o juez competente podrá conceder la libertad condicional al condenado que reúna los requisitos fijados por el Código Penal, previo los informes fundados del organismo técnico-criminológico y del consejo correccional del establecimiento. Dicho informe deberá contener los antecedentes de conducta, concepto y dictámenes criminológicos desde el comienzo de la ejecución de la pena.

ARTICULO 54. — La libertad asistida permitirá al condenado sin la accesoria del artículo 52 del Código Penal, el egreso anticipado y su reintegro al medio libre seis meses antes del agotamiento de la pena temporal. El juez de ejecución o juez competente, a pedido del condenado y previo los informes del organismo técnico-criminológico y del consejo correccional del establecimiento, podrá disponer la incorporación del condenado al régimen de libertad asistida. El juez de ejecución o juez competente podrá denegar la incorporación del condenado a este régimen sólo excepcionalmente y cuando considere, por resolución fundada, que el egreso puede constituir un grave riesgo para el condenado o para la sociedad.

de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social ecuatoriano<sup>9</sup>, en punto al acceso a libertades anticipadas.

Como puede observarse, tanto en la Argentina como en el Ecuador, la posibilidad de acceder a la libertad condicional, o a algún otro tipo de libertad anticipada, se encuentra supeditada al *informe favorable del Departamento de Diagnóstico y Evaluación* (Ecuador) o al *informe de la dirección del establecimiento y peritos que pronostiquen la favorable reinserción social* (Argentina).

Retomando la línea inicial, se analizará qué es lo que sucede (o debería suceder) cuando los informes de los organismos criminológicos hacen saber que el penado no ha cumplido en forma regular los reglamentos carcelarios, ni ha observado muy buena conducta durante el encierro, o no ha exhibido muestras de arrepentimiento o enmienda, o los informes pronostican una desfavorable reinserción social.

5. A modo de apostilla, no puedo dejar de señalar que en la Argentina (ignoro si ocurrirá lo propio en el Ecuador) ha sobrevolado permanentemente una sospecha, con no pocos fundamentos, sobre la actividad de los gabinetes especializados encargados de emitir los dictámenes criminológicos<sup>10</sup>, críticas de la que se ha hecho eco la jurisprudencia<sup>11</sup>, del mismo modo que lo han hecho caracterizados especialistas de la ejecución penal. A las denuncias de corrupción para emitir dictámenes favorables a los intereses de los penados, se suma la falta de rigor de los pronósticos, basados en entrevistas superficiales, en la repetitiva señalización de estereotipos y en la afirmación de hipótesis de comportamientos futuros empíricamente inverificables.

También señalar que los informes criminológicos, en cuanto pronósticos insusceptibles de verificación, tienen implícita la semilla de la peligrosidad delincencial que ha sido

---

<sup>9</sup> Artículo 25.- Para hacerse acreedor a pasar, dentro de la progresión, a la fase de libertad controlada, el interno deberá haber cumplido, por lo menos, las tres quintas partes de la pena impuesta, y reunir las siguientes condiciones:... d) Obtener informe favorable tanto del correspondiente Departamento de Diagnóstico y Evaluación, y del Fiscal respectivo.

<sup>10</sup> <http://www.eldia.com.ar/edis/20100414/laprovincia0.htm>; [http://www.diariohoy.net/accion-verNota-id-16994-titulo-Citarn a presos por la venta de informes criminologicos](http://www.diariohoy.net/accion-verNota-id-16994-titulo-Citarn+a+presos+por+la+venta+de+informes+criminologicos); [http://www.diariohoy.net/accion-verNota-id-16460-titulo-El precio de la libertad](http://www.diariohoy.net/accion-verNota-id-16460-titulo-El+precio+de+la+libertad) [http://www.clarin.com/politica/informes-penitenciarios-llave-oro-libertad\\_0\\_746325397.html](http://www.clarin.com/politica/informes-penitenciarios-llave-oro-libertad_0_746325397.html)

<sup>11</sup> <http://new.pensamientopenal.com.ar/010042009/ejecucion02.pdf>

conceptualmente aniquilada por la Corte argentina<sup>12</sup> y la Corte Interamericana<sup>13</sup> por su falta de confiabilidad y certeza pero, principalmente, por responder a concepciones de derecho penal de autor, fuertemente reñidas con el derecho penal de acto, que es la única expresión del poder punitivo constitucionalmente habilitada.

6. Para la problematización de esta cuestión (los alcances de los informes criminológicos y su relación con el supuesto deber de resocializarse) tomamos como punto de partida la idea de que desde el momento en que el Estado pone manos sobre un individuo con motivo de la comisión de un delito y lo encarcela, se genera una relación de sujeción que en algún punto guarda similitudes con una relación de tipo contractual.

Somos perfectamente conscientes que en la relación carcelaria no puede hablarse de un contrato en el sentido estricto y tradicional en que habitualmente los mismos son entendidos, para cuyo perfeccionamiento debe existir libre disposición de la voluntad de las partes contratantes, requisito sin el cual la relación no se tendrá por válidamente habida.

Como es obvio, en este caso, una de las partes (el privado de la libertad) no se encuentra en situación de hacer otra cosa que no sea someterse a las reglas que le impone la parte más

---

<sup>12</sup> “23) Que la peligrosidad, referida a una persona, es un concepto basado en un cálculo de probabilidades acerca del futuro comportamiento de ésta. Dicho cálculo, para considerarse correctamente elaborado, deberá basarse en datos estadísticos, o sea, en ley de grandes números. En dicho caso, la previsión, llevada a cabo con método científico, y con ligeros errores, resultaría verdadera: de un total de mil personas, por ejemplo, se observaría que, dadas ciertas circunstancias, un porcentaje –que designaremos arbitrariamente como la mitad para el ejemplo-, se comportaría de determinada manera, extremo que se habría verificado empíricamente. Pero este cálculo, que como se dijera sería válido desde el punto de vista científico, no permitiría establecer de manera científica cuáles, del grupo total, serían las quinientas personas que se comportarían de tal forma y cuáles las restantes quinientas que lo harían de otra” (Fallos 329:3680; “Gramajo”)

<sup>13</sup> “94. En concepto de esta Corte, el problema que plantea la invocación de la peligrosidad no sólo puede ser analizado a la luz de las garantías del debido proceso, dentro del artículo 8 de la Convención. Esa invocación tiene mayor alcance y gravedad. En efecto, constituye claramente una expresión del ejercicio del ius puniendi estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía. 95. La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán. Con esta base se despliega la función penal del Estado. En fin de cuentas, se sancionaría al individuo – con pena de muerte inclusive – no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es. Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos. El pronóstico será efectuado, en el mejor de los casos, a partir del diagnóstico ofrecido por una pericia psicológica o psiquiátrica del imputado” (Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala; Sentencia de 20 de junio de 2005).

fuerte de la relación (el Estado), que es la que establece las condiciones en que la misma será llevada adelante<sup>14</sup>.

La idea de utilizar ciertas reglas contractuales para definir los alcances de la relación de sujeción se hace con el propósito de equiparar, en cierto modo, la disparidad de fuerzas existentes entre ambas partes de la relación.

Establecido lo precedente es preciso plantearnos si el fracaso resocializador (si es que este objetivo pudiera ser alcanzado, o si fuese conveniente alcanzarlo) que habitualmente se consigna en los informes, y la inconveniencia de otorgar los derechos estipulados por la ley, puede ser atribuido, cargado a la cuenta del sujeto encarcelado para negarle el acceso a los institutos establecidos por la ley.

8. La función resocializadora es un deber irrenunciable que asume el Estado por imperativo constitucional y convencional, en cuya consecución el encarcelado pone todo aquello que puede poner para tributar a la relación de sujeción, esto es, nada más y nada menos que su cuerpo, su tiempo y su libertad. Es decir, los bienes más preciados con que cuenta un individuo y de los que puede disponer, como no sea la vida misma.

La hipótesis es que el fracaso en la tarea resocializadora sólo puede ser atribuido al Estado. Lo contrario (que el fracaso resocializador debe ser soportado por el propio privado de la libertad) implicaría admitir que el interno, además de poner a disposición del Estado su cuerpo, su tiempo y su libertad, también debería hacerse cargo de la tarea resocializadora, consistente en alcanzar ciertos objetivos, que materialmente no pueden estar a su cargo, ya que ello comportaría desligar de toda función a quien lo encarceló con el pretexto de la consecución de esos propósitos.

Dicho con otras palabras, si resocializarse fuese una responsabilidad exclusiva del preso, deberíamos admitir el vaciamiento de contenido de la manda constitucional y convencional y que el Estado solamente debería restringirse a la mera privación de la libertad como castigo. Y estamos convencidos que eso no puede ser de ninguna manera así.

---

<sup>14</sup> De todos modos, salvando las enormes distancias apuntadas, no puede dejar de hacerse notar que esta relación de superioridad también se presenta en muchos contratos de la vida civil, como es el caso de los contratos de trabajo, o los contratos de adhesión, donde claramente, una de las partes impone a la otra sus condiciones.

9. La tesis que se postula es que el eventual fracaso en la función resocializadora, y los consecuentes informes criminológicos negativos, en forma alguna puede ser atribuido al interno, y que este supuesto fracaso no puede obstaculizar el acceso a los institutos establecidos por la ley, una vez que el individuo se encuentre en condiciones de acogerse a sus previsiones (léase salidas transitorias, asistidas, laborales y/o libertad condicional).

Si de algún modo pudieran aplicarse a esta relación de sujeción las pautas de la relación contractual a que hacíamos alusión, podría traerse a colación la regla de la *exceptio non adimpleti contractus*, proveniente del derecho romano y que impregna la tradición jurídica occidental, receptada por el artículo 1204 del Código Civil argentino, que establece que una parte no puede exigir a la otra el cumplimiento de lo acordado, si previamente no da cumplimiento a las obligaciones a su cargo.

En este caso, el Estado no puede restringir el acceso al egreso penitenciario anticipado, utilizando como argumento el incumplimiento de su propia e indelegable función constitucional y convencional, esto es, convertir durante el tiempo de encierro al preso en una persona en condiciones de ser reinsertada socialmente, al menos para los parámetros del sistema.

10. Sostener una tesis de esta naturaleza (que la función resocializadora es una tarea exclusiva e indelegable del Estado y que su incumplimiento no puede serle atribuido al sujeto a resocializar ni obstaculizar egresos anticipados) trae aparejado restar todo tipo de valor a los informes criminológicos. Es más, implica predicar sobre su innecesariedad o, al menos, sobre su radical reformulación.

En estos términos, los informes criminológicos negativos ya no podrían ser empleados como un factor para negar el acceso a egresos anticipados, ya que en los hechos implicarían el reconocimiento del fracaso estatal en la función resocializadora.

Si realmente asumimos que cualquier tipo de salidas anticipadas constituyen un derecho de los internos, las cuales forman parte del principio de progresividad que debe presidir la ejecución de las penas, su acceso debería suceder por el mero transcurso del tiempo, sin que las condiciones que aporte aquél que entregó todo lo que tenía para dar en el cumplimiento de la misma, pueda incidir en su perjuicio.

Corroborar esta comprensión del tema la propia finitud de las penas. Aquél que no pudo ser resocializado durante el tiempo necesario para acceder a las salidas anticipadas difícilmente lo será durante el tiempo que resta para el cumplimiento total de la pena. Y no creo que a nadie se le ocurra (salvo alguna mente extraviada, como la que propugna la aplicación de medidas de seguridad por tiempo poco menos que indeterminado) impedir la liberación al fin de la pena con el argumento que el penado no se encuentra resocializado.

Por lo que los informes criminológicos deberían limitarse a informar que, efectivamente, el interno ha permanecido privado de su libertad por la cantidad de tiempo suficiente para alcanzar los derechos establecidos por la ley y, en tal caso, alguna información adicional que contribuya a la atención de las vulnerabilidades que contribuyeron a la prisionización.

11. Asumo que la tesis que presento es provocativa y que puede generar la perplejidad de más de uno. Pero las catastróficas consecuencias de la prisión exigen que extrememos la imaginación para elaborar mecanismos que disminuyan el impacto en las personas privadas de la libertad.

En rigor, lo que correspondería, en el Ecuador, en la Argentina, y en cualquier sitio donde haya una cárcel, es cuestionar su existencia del modo en que las conocemos y plantearnos la posibilidad de formas más civilizadas, menos lesivas, de resolución de los conflictos que suceden en una sociedad determinada.

La cárcel no es una institución intrínseca a la naturaleza humana. Lejos de ello, es una creación relativamente moderna, ideado para responder al mal con más mal, como si de esa ecuación pudiera sobrevenir un resultado positivo (recordemos que el derecho no responde, necesariamente, a las reglas científicas de las matemáticas).

Pensé, y espero no haberme equivocado, que el homenaje a la inquieta e inconformista trayectoria del profesor Zavala Baquerizo, merecía una especulación como la que aquí se presenta, que de algún modo contribuya a movilizar el pensamiento y cuestionar las bases de aquellos postulados que, a través de los tiempos, tenemos creídos poco menos que como inmovibles.