

La dogmática penal y la ejecución de las penas de prisión.

Por: Marcelo Villanova¹.

Sumario: 1.- Introducción; 2.- El estado de la cuestión; 3.- La Teoría del Garantismo penal y la ejecución de las penas de prisión; 4.- Algunas conclusiones.

1.- Introducción.

Cualquiera que se haya sumergido en el estudio del derecho penal podrá advertir que en los diferentes marcos teóricos sobre el tema, sean manuales o tratados de derecho penal, sea sobre la propia ejecución penal, dependiendo la corriente que representen y su antigüedad, se destinaba un amplio espacio de discusión a los fines del derecho penal, esto es, a determinar cuáles eran los fines de la pena y del sistema penal¹ permaneciendo siempre al margen del análisis la cuestión de las funciones de la pena, las condiciones en que realmente se aplica, cómo se aplica, por quién se aplica y bajo qué parámetros. El fin de la pena o, más precisamente, la finalidad de la pena de prisión había ganado terreno a la discusión sobre las funciones de la pena o la cárcel.²

Luego, una moderna corriente³ pretendió dejar de discutir sobre los fines, considerando que cualquier sistemática de la teoría del delito era posible con prescindencia de la adopción de una teoría -acerca de los fines de la pena- específica.

Independientemente del acierto o error de dichas elecciones, esto es, si resultaba útil y necesario discutir sobre los fines de la pena y, eventualmente, si ello no traía implicadas lógicamente inconsistencias en la teoría a desarrollar, o directamente si era posible desarrollar el cómo sin hablar sobre el para qué, lo cierto es que el denominador común de todos estos desarrollos era el olvido total de un área especial de aplicación del poder punitivo, precisamente aquella en la que el estado despliega todo su poderío: la ejecución de las consecuencias jurídicas del delito.

Llamativamente, en esta área del conocimiento, el escaso conocimiento de que disponemos sobre la cárcel, como así también las evoluciones en materia de concesión de derechos y maximización de libertades, se ha debido al activismo judicial y no al desarrollo teórico de los juristas. La realidad ha ganado en este orden terreno a la dogmática penal. Han sido los propios jueces⁴—por la intervención también activa de diferentes actores judiciales— quienes han generado dichos conocimientos y estándares de libertad.

¹ Marcelo Villanova, Abogado (Universidad Nacional del Comahue), Secretario de Ejecución Penal de la Defensoría Oficial de Necochea, Tesista por la Universidad Nacional de Mar del Plata.

El fin de la ponencia, que se inscribe dentro de un capítulo de otro trabajo, es el de poner de relieve la necesidad de sistematizar y elaborar una teoría acerca de la ejecución de las penas de prisión, independiente de la sutil teoría del delito elaborada por la dogmática penal, sutileza ésta que por razones lógicas cede ante las puertas de la cárcel.

Aquí se inscribirá la investigación, aprovechando el nivel de discusión sobre temas de ejecución penal que se ha suscitado en la justicia provincial, pero llevándolo a otras instancias, al plano normativo general de los fines de la pena. En definitiva sólo se pretende instalar la necesidad de elaborar las condiciones normativas en presencia de las cuales un determinado ordenamiento de ejecución penal, un modo de ejecutar una pena de prisión, pueda considerarse legítimo en el marco de una teoría garantista de la ejecución de las penas.

2.- El estado de la cuestión.

En nuestros días existe una amplia discusión sobre diversos temas vinculados a la ejecución de las penas de prisión, discusión esta que se ha dado principalmente en los tribunales de la Provincia de Buenos Aires (lo cual ha generado, por ejemplo, la creación de áreas específicas de ejecución penal en las Defensorías públicas e incluso en algunos Departamentos Judiciales Fiscales encargados específicamente de litigar estos temas) y que aún no ha sido debidamente abarcada por la dogmática penal especializada.

En general, los textos que se ocupan de la materia no se han detenido en el análisis de la ejecución penal desde un aspecto global que permita la sistematización en la resolución de los temas a abordar. Por el contrario, el estudio siempre ha sido fragmentado, segmentado en subproblemas particulares, en compartimentos estancos, sin comunicación ni relación alguna entre sí. Principalmente se han dedicado a la interpretación de ciertos temas previstos por el legislador penal, a saber: la libertad condicional, la libertad asistida, las salidas transitorias, las sanciones disciplinarias, más raramente sobre la semi-detención, la prisión discontinua, la semi-libertad o el cambio de régimen. Actualmente, a dichos temas se han sumado con popularidad discusiones acerca de los “estímulos educativos” previstos por la ley 24.660 (artículo 140), o bien sobre las “recompensas” previstas por el artículo 41 bis de la ley 12.256.⁵

Prácticamente no han existido trabajos de campo referidos a la problemática carcelaria y sus

relaciones normativas (son la excepción, por ejemplo, los trabajos que fueran realizados en el marco de un proyecto de investigación dirigido por el profesor Zaffaroni que culminara en la publicación del libro *La medida del Castigo*⁶, allí se presentan estudios empíricos realizados en la cárcel, donde principalmente se investigó acerca de la manera en que sucede o transcurre el tiempo de encierro y cómo lo viven y sufren los presos, presentándose ideas fundamentales en punto a las lesiones ilegales sufridas por los presos y la necesidad de compensarlas judicialmente, ideas que había trabajado oportunamente Pablo Vacani –quien fuera el coordinador de la investigación– en diferentes textos⁷ Existen muchos más libros y publicaciones en artículos sobre temas de ejecución, pero en general se trata simplemente de comentarios a las normas de ejecución, sistematización de ellas con alguna nota jurisprudencial, y el tratamiento constante de cuestiones ya conocidas, como las diferentes fases del tratamiento penitenciario y las condiciones para el ingreso en cada una de ellas.

Es así que el análisis dogmático de los problemas sobre la ejecución de la pena ha derivado de las discusiones que en sede jurisdiccional venían sucediéndose. Cabal ejemplo de ello son, no sólo el tratamiento del “estímulo educativo” y las “recompensas”, sino también el del derecho de defensa en materia de sanciones disciplinarias, en donde actualmente nos encontramos con un esquema de garantías amplio, con posibilidades recursivas también amplias. Así, cuando en un principio las sanciones disciplinarias que se imponían a los presos sólo podían ser cuestionadas por ante el Director del establecimiento penitenciario, quién naturalmente no era muy proclive a modificarlas, hoy es el Juez (generalmente de ejecución) quién las controla en una instancia de apelación, considerándose garantizada así la doble instancia. Actualmente los recursos sobre estos temas son revisados en forma exhaustiva y amplia no sólo por el Juez de primera instancia sino incluso por las Cámaras Departamentales, el Tribunal de Casación Penal y la propia Corte provincial⁸. De igual modo, los traslados de detenidos entre cárceles sin autorización judicial, práctica habitual que genera diversos perjuicios a los trasladados y sus familias e incide directamente sobre el tratamiento penitenciario, que hasta hace poco no contaba con el debido contralor judicial previo de su legalidad⁹, son hoy debatidos ampliamente por la jurisprudencia provincial.

Pero el debate de todas estas cuestiones, que hasta hace unos años ni siquiera se avistaba como horizonte¹⁰, no ha generado en los juristas la necesidad de evaluar la confección de un marco teórico o desarrollo dogmático que articule el conocimiento empírico existente, las nuevas prácticas jurisprudenciales y la normativa aplicable, de modo de obtener una teoría sobre la ejecución de la pena de prisión que solucione los problemas de aplicación de los ordenamientos en vigencia pero,

por sobre todo, que brinde el marco justificatorio de los fines del sistema penal asumidos como legítimos. Este análisis no puede, por cierto, depender exclusivamente de la actividad jurisdiccional, pues la función de esta última se limita a la aplicación de la ley al caso concreto y no a la elaboración de teorías normativas.

3.- La Teoría del Garantismo Penal.

La investigación pretende demostrar que la teoría del garantismo penal implica necesariamente un cierto modo de ejecución de las penas de prisión, el cual debe ser compatible con los postulados últimos sobre los fines de dicha pena. Este modo de ejecutar las penas puede referirse a un ámbito empírico y a uno normativo o prescriptivo, es decir, puede referirse a las funciones propiamente dichas de las penas y a las prescripciones acerca de cómo deben ejecutarse.

Respecto del ámbito prescriptivo, el garantismo penal adhiere a ciertos postulados elementales derivables de las teorías de las penas que pueden denominarse “utilitaristas”, diferenciándose de ellas en un especial fin que deben satisfacer: la minimización de la violencia social. La gran preocupación de dicha teoría es la reducción de los costes implicados por la intervención del sistema penal en un conflicto, el cual no puede generar mayores costes que aquellos que se encontraban implicados en él¹¹. Los instrumentos elaborados a fin de llevar a cabo dicho control han sido, desde siempre, las garantías penales, pues su función es posibilitar la aplicación de los principios axiológicos que guían el sistema.

Ahora bien, el conjunto de límites y garantías elaborados por el garantismo penal, y por la dogmática penal en general, se ha destinado desde siempre a dos etapas de intervención del sistema penal: el de la determinación legal de las conductas delictivas, esto es, a responder preguntas referidas a qué prohibir, o mejor, a qué no se puede prohibir, y al momento del juzgamiento del hecho predeterminado legalmente, esto es, cómo juzgar o, mejor dicho, cómo no se puede juzgar. Pero ha quedado siempre sumergido en una penumbra el momento en el cuál las consecuencias de esa prohibición y ese juicio se hacen efectivas: la ejecución de la pena.

La teoría que se pretende desarrollar en la investigación deberá articular aquellos postulados asumidos como legítimos por el garantismo penal: la minimización de la violencia social y la erradicación de la venganza privada, y construir garantías que guíen la ejecución de las penas de prisión en base a dichos fines, pretendiendo influir sobre la realidad a la cual se aplica y con ello promover el paso a prácticas tendencialmente garantistas. No obstante, evitaremos transgredir los

límites que impone la denominada “Ley de Hume”, que veda la derivación del derecho de los hechos, así como de los hechos del derecho. Como lo advirtiera Ferrajoli, no debemos confundir los diferentes niveles del discurso, en particular los que se refieren a los fines del derecho penal, “*el de las doctrinas de la justificación*”, con los que se refieren a las justificaciones, pues “*Una doctrina de justificación puede ser elaborada con independencia del análisis de los concretos sistemas penales. Pero no proporciona la justificación del derecho penal y menos aún de este o aquél derecho penal. Brinda los criterios de justificación, es decir, los criterios sobre cuya base un derecho penal se justifica o no se justifica*”¹²

Que un ordenamiento penal determinado esté o no justificado dependerá de la correspondencia normativa con los principios axiológicos del sistema, mientras que su eficacia dependerá de la correspondencia del nivel descriptivo con el prescriptivo. Es precisamente la divergencia entre ambos planos lo que dio origen a la corriente denominada “garantismo”, y será garantista todo sistema penal que se ajuste normativamente a sus postulados, pero que también los satisfaga de manera efectiva.¹³

Ahora bien, la eficacia o ineficacia del modelo garantista se encuentra en parte determinada por la existencia o no de una teoría que articule los postulados axiológicos y permita su aplicación en concreto, influyendo con ello sobre la realidad a la cual se aplica. Como se advirtió, en el ámbito de la ejecución penal esta teoría no existe, de ahí las distancias que median entre la realidad empírica y la legislación vigente con los postulados garantistas. Pero esta divergencia no es aquella irreductible que existe entre el derecho que es y el derecho que debe ser, debido a la imposibilidad de satisfacción completa de los valores, sino que, por el contrario, obedece a la falta de adecuación de los niveles inferiores del sistema a los principios asumidos en los niveles axiológicos superiores.

El punto de partida de la teoría de la pena elaborada por Ferrajoli puede sintetizarse de la siguiente manera. Mientras que las doctrinas abolicionistas centran sus críticas en los costes implicados por el sistema penal, el modelo justificacionista de Ferrajoli se apoya en los mayores costes que traería aparejada su ausencia. Así, el sistema penal debe implicarle a los desviados, por un lado, menores costes que los implicados por su ausencia, es decir, por la existencia de otros tipos de reacciones punitivas, sean públicas o privadas. Pero, por otro lado, la reacción del sistema penal no debe ocasionar al reo mayores daños que los ocasionados por el delito mismo. En este sentido, el garantismo no admite una reacción punitiva que exceda los límites, por un lado, de los necesarios para prevenir el delito, y por el otro, de los que se ocasionarían ante la ausencia del derecho penal como sistema de control social.

En un trabajo sumamente popular, donde Ferrajoli también se ocupa de justificar y condicionar la legitimación del derecho penal mínimo y su teoría del garantismo penal, sostiene que: *“Su justificación no puede basarse en un utilitarismo demediado ... sino en un utilitarismo reformado que busque asimismo ... la mínima aflicción necesaria para los desviados ... Así el derecho penal aparece configurado como una técnica de tutela finalizada a la utilidad de todos ... no solo a la utilidad de los no desviados sino también a la de los desviados, mediante la prevención de las lesiones a los derechos fundamentales de los primeros, representadas por los delitos, como de las de los derechos fundamentales de los segundos, representadas por los castigos arbitrarios”*¹⁴

La paradoja del programa llevado a cabo por el “derecho penal mínimo” se encuentra en que aun reconociendo que el fin primordial del nuevo programa criminal era la prevención de los castigos arbitrarios, tanto en el proceso como en la ejecución de la pena, y siendo las garantías los instrumentos políticos que permiten tener por justificado o no justificado un sistema penal en concreto¹⁵, , justamente el espacio en donde se patentiza el poder punitivo, donde despliega su poder avasallante y lesivo sobre los derechos de los reos, no haya sido materia de regulación de garantías específicas que limiten el daño al mínimo indispensable. Justo en aquella etapa donde el débil es más débil hemos omitido crear aquella “ley” que tutele sus derechos, y por ello padecemos un modelo tendencialmente antigarantista e inefectivo.

Es así que deben desarrollarse las garantías necesarias para proceder a determinar la evaluación de los costes implicados por la actuación del sistema penal y su ponderación respecto de aquellos implicados por el hecho delictivo mismo. Aquí es donde debe comenzar la investigación, en rescatar una idea intrínseca al modelo garantista de derecho penal. Deviene necesario, entonces, generar un marco teórico que permita el estudio de la ejecución de la pena de manera sistemática, a fin de asegurar en cada espacio de análisis que los niveles del daño generado por la pena se mantengan por debajo de los causados por el delito. En este sentido es que el modelo de análisis propuesto deberá ser similar al elaborado por la dogmática penal con su “teoría del delito”, aunque no ya para analizar la legitimidad de la aplicación de una pena sino para analizar la legitimidad de determinada forma de ejecutar esa pena, es decir, el sistema garantista de la ejecución de la pena pretenderá establecer las condiciones necesarias para que una pena sea ejecutada de manera legítima.

La idea central que rescataremos es que debe asegurarse el balance de costos y beneficios, la ecuación primigenia elaborada por el garantismo penal, o el utilitarismo penal reformado, para legitimar la aplicación de una pena. En este sentido, el *principio de proporcionalidad* representa una

condición necesaria de actuación del sistema penal, y ha de condicionar no sólo la propia aplicación de una pena sino también su ejecución. Este principio permitirá evaluar en todo momento de la ejecución de la pena si los costes causados por la intervención estatal superan o no el daño introducido por el delito.¹⁶

De acuerdo con el principio de proporcionalidad, la forma de ejecutar una pena y, con ello, el tratamiento penitenciario a recibir, nunca podrá ocasionar al reo mayores costes que los implicados por el conflicto introducido. La manera en que sea suministrado el tratamiento penitenciario, su especie, su dosis, deberá ser permanentemente observada y actualizada por los jueces para que la ecuación se mantenga en los niveles legítimos o permitidos, pues determinadas formas de ejecutar las penas serán completamente ilegítimas en relación con cierta especie de delitos, aunque no respecto de otras.

Es claro que el tratamiento penitenciario no puede ser igual para quien ha cometido un delito grave que para quien sólo ha cometido un delito leve, por más que ambos se hallen en la misma cárcel y hayan sido condenados a la misma especie de pena; no puede ser igual para quien deba cumplir una pena de larga duración que para quien tiene una condena corta, para quien es reincidente que para quien no lo es. El tratamiento debe ser individualizado en forma particular¹⁷ por el Juez para cada preso en función del daño que éste haya introducido en la sociedad, pero por sobre todo, debe neutralizar cualquier posibilidad de que el daño causado por el tratamiento, por la cárcel, sea mayor que el causado por él mismo. Las diversas formas de manifestar un daño deben ser cuantificadas, y a cada categoría corresponderá un tratamiento.

Por imperio de este principio, una vez determinado el monto punitivo impuesto, la vida de la pena quedará siempre sujeta, indisolublemente, a la proporcionalidad con el daño causado, pues una pena (no solo su imposición) será legítima sí, y solo sí, representa un daño inferior al causado por el delito cometido, ya que esa es precisamente la base de la justificación de la pena para el utilitarismo penal reformado. Es aquí donde la redefinición de la moderna y oscura concepción de “tratamiento”¹⁸ adquiere relevancia, pues no existe en la actualidad un conocimiento adecuado acerca de qué significa, cómo se aplica, cómo se determina su dosis, etc. Y es precisamente la necesidad de su redefinición lo que abre campo a la aplicación del principio de proporcionalidad.

No obstante ello, la teoría se presentará en este nivel como una crítica al derecho vigente, tendencialmente antigarantista, pues en lugar de recurrir al principio de proporcionalidad para determinar normativamente la definición del tratamiento¹⁹, tanto a nivel local como internacional¹⁹, se

han preferido posiciones subjetivistas que remiten a la interioridad del sujeto y, en suma, vinculadas con el paternalismo o perfeccionismo político, ambos antiliberales y contrarios al artículo 19 de la Constitución Nacional.

Por último, no se trata aquí de vincular el principio de proporcionalidad, que funciona a todas luces como un límite y, como tal, instituido en favor del imputado, con una forma particular de concebir al derecho o más bien el derecho penal: no se pretende vincularlo con una relación directa y específica con el monto de pena que deberá cumplirse, sino con el máximo de magnitud o de calidad de pena que deberá cumplirse, conforme la culpabilidad por el acto y el daño causado. En otras palabras, no se pretende que la exigencia de proporcionalidad signifique la adopción de un sistema de penas fijas o particularizado, completamente previsible (como instituía por ejemplo el viejo Código de Brasil de 1830), lo cual además sería incongruente con el propio “principio de equidad” propuesto por Ferrajoli. Simplemente se partirá de la idea de que el daño es cuantificable, y ese daño debe ser cuantificado (naturalmente por el Juez), pues el mismo daño que sirve de base a la determinación del monto de la pena y, con ello, a la determinación de la clase de pena y su tiempo, será el que deba determinar la forma de cumplirla y su calidad, vinculando en todo momento la selección y el suministro del tratamiento penitenciario.

Esta determinación del tratamiento penitenciario debe encontrarse sometida, al igual que la comisión de un hecho delictivo, a la ley vigente al momento del hecho, y no podrá modificarse por hechos posteriores a la comisión del delito -naturalmente no en perjuicio del interno-, por ejemplo en función de las actitudes que haya demostrado dentro de la cárcel, pues, lo que define desde el inicio el tratamiento es el daño introducido a la sociedad con el delito y no las actitudes asumidas por el interno al cumplir las consecuencias por su comisión. Durante la ejecución de la pena, naturalmente, podrá variarse el tratamiento en cuanto a sus modos o dosis, pero la intensidad o magnitud del tratamiento se mantendrá dentro de un margen, dentro de una escala, similar a la conminación de las penas del Código Penal, dentro de las cuales el Juez podrá escoger y variar la dosis.

Podrá, claro, objetarse la falta de certeza del instrumento para medir tanto la magnitud de daño causado por el delito como la del daño causado por el tratamiento o su dosis, o la forma de efectuar tal medición, lo cual podrá incluso vincularse con una lesión a la seguridad jurídica. Pero tal dificultad no será mayor que aquella existente a la hora de determinar la magnitud punitiva imponible a un sujeto, dificultad ésta que no ha escandalizado a nadie. Para ofrecer criterios normativos de derivación del tratamiento penitenciario (especie de tratamiento y dosis), conforme el

daño causado por el delito y, con ello, garantizar la ecuación garantista, deberán crearse categorías de lesión a bienes jurídicos y de intensidad de lesiones a ellos, es decir, estándares cuantificables para evaluar el daño introducido por el conflicto (delito), a las cuales les corresponderá una determinada especie y una dosis específica de tratamiento.

La incorporación del principio de proporcionalidad, en las condiciones aludidas, trae aparejado el estudio de otro problema: el rol del juez en la ejecución de la pena de prisión, específicamente en lo que hace a la determinación de la calidad de pena que sufrirán los presos, al tipo de tratamiento que se les suministra y su dosis. Este ámbito será denominado, en consonancia con los términos propuestos por Ferrajoli, *estricta jurisdiccionalidad*, garantía ésta de la que derivarán un conjunto de deberes para los jueces y, sobre todo, una crítica del derecho vigente.

En esta etapa deberá investigarse el rol que ocupan los jueces en relación con el tratamiento penitenciario que reciben los presos. Para ello analizaremos únicamente el plano normativo, es decir, la determinación de los deberes que el legislador ha asignado a los jueces, lo cual no implica que se prescindirá de la realidad empírica, sino que ello será un complemento del análisis normativo que tenderá a establecer la correspondencia con los deberes asignados por las leyes.

El actual sistema de ejecución penal se cimenta sobre la actividad limitada o restringida del órgano jurisdiccional, al que se le reserva, salvo contados casos, una actividad de mero contralor, es decir, de intervención *ex post*, en tanto y en cuanto sea llevada la cuestión a su análisis. Ningún rol asumen los jueces en punto al tratamiento que se les suministrará a los presos, la intensidad del tratamiento suministrado, así como su calidad. Ello por la sencilla razón de la falta de exigencias normativas en los niveles inferiores en tal sentido. Por el contrario, se intentará demostrar que una de las consecuencias normativas derivables del principio de estricta jurisdiccionalidad es la obligación de los jueces de establecer, y luego controlar, la ejecución de los tratamientos que reciben los presos, y verificar en todo momento la correlación del mismo con el daño inicialmente causado por el delito.

La propia ley ha seleccionado el modelo no intervencionista del juez. Por ejemplo, la ley de ejecución de la pena federal (24.660) dispone en su artículo 3° que “*La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, estará sometida al permanente control judicial. El juez de ejecución o juez competente garantizará el cumplimiento de las normas constitucionales, los tratados internacionales ratificados por la República Argentina y los derechos de los condenados no afectados por la condena o por la ley*”. Luego, en su artículo 4° establece que

“Será de competencia judicial durante la ejecución de la pena: a) Resolver las cuestiones que se susciten cuando se considere vulnerado alguno de los derechos del condenado; b) Autorizar todo egreso del condenado del ámbito de la administración penitenciaria”.

Puede advertirse que el legislador ha reservado al juez un rol no protagónico en la distribución de papeles de los diferentes actores que integran la ejecución de la pena, sino más bien un papel de reparto, puesto que no es casualidad que simplemente se limite su accionar a las acciones que derivan directamente del ejercicio del derecho de defensa o bien a las situaciones que implican conceder a los presos mayores niveles de autogestión en la vida en sociedad. De acuerdo con esto, será la autoridad administrativa la que escoja el tratamiento a suministrar a cada preso, como así también la intensidad y la forma de suministrarlo, siendo la intervención del Juez condición necesaria, únicamente, de las libertades de los presos, pero no del suministro del tratamiento. Parece absurdo que aquello que implique más libertad sea resuelto por el Juez, pero aquello que implica mayores lesiones a sus derechos sea resuelto por la administración de la penitenciaría. Ello sería tanto como disponer que la culpabilidad en el juicio deba ser resuelta por un Juez, pero que la punibilidad sea determinada por el Director del establecimiento penal.

Entiendo necesario efectuar un análisis empírico acerca de las condiciones que denota el término “tratamiento penitenciario” y evaluar las funciones que cumplen los Jueces en torno al mismo. Por lo pronto, no escapa a nadie que alguna vez se vinculara con los establecimientos penales de nuestra provincia, que es el Servicio Penitenciario, por sí o por terceros (otros grupos de presos a quien delega el control social) quien determina las cuestiones más esenciales de la vida en prisión, desde la distribución de los lugares de alojamiento, los cambios y traslados dentro del establecimiento, los otorgamientos de cupos de trabajo o estudio, el acceso a mejores condiciones de detención, con diferente provisión de alimentos y acceso a la salud, el cumplimiento de traslados por diversas cuestiones, de entre ellas salud y afianzamientos familiares, la mantención de las condiciones de seguridad, o el retiro de las mismas, la sanción, o no, de ciertas conductas, los horarios y sectores de recepción de visitas, etc.

El Juez no ejerce ningún rol, respecto de estas y otras cuestiones esenciales de la vida en prisión y que en definitiva inciden sobre la calidad de la pena a cumplir y modifican la ecuación que debe guiar el cumplimiento de las penas. Cumplimiento este que, en caso de haberse dado en condiciones tales que desnaturalicen la calidad de la pena cumplida, deberá ser cuantificado y compensado respecto del monto punitivo temporal impuesto por la sentencia.

4.- Algunas conclusiones.

El nivel actual de discusión sobre temas de ejecución penal y la constante estilización y perfeccionamiento de los argumentos presentados, y con ello la necesaria especialización de las personas que litigan en la materia, debe determinar la necesidad de discutir acerca de la posibilidad de asistir a una separación, a un fractura entre la dogmática penal y la ejecución penal, y la posible emancipación de ésta última como ciencia autónoma.

Sea ello posible o no, lo cierto es que el constante crecimiento de los temas referidos no ha sido guiado por una directriz específica, es común advertir la contradicción en resoluciones judiciales entre lo resuelto en un caso y los axiomas axiológicos a que aluden, lejos se encuentran de ser reconducibles a una teoría sobre los fines de la pena común.

Si bien el marco teórico existente en sede jurisdiccional es propicio para elevar las expectativas en punto al reconocimiento de nuevos y mejores estándares sobre cómo deben ejecutarse las penas de prisión, debe continuar e intensificarse la litigación estratégica, fundamentalmente desde las defensorías públicas provinciales, para lo cual naturalmente debe dotarse a las mismas, en todas sus instancias, de los recursos técnicos y personales correspondientes²⁰, máxime considerando que el aumento de las Salas que conforman el Tribunal de Casación Penal no ha tenido su correlato en la Defensoría de Casación Penal provincial.

Ello en tanto y en cuanto existen intentos, traducidos en sentencias, por retrotraer estándares ya conseguidos sobre el punto (violentando claro el principio de progresividad en materia de adjudicación de derechos constitucionales)²¹ los cuales deben ser neutralizados mediante la litigación estratégica conjunta. En este mismo sentido, no ha surgido una adecuada crítica acerca de qué se propone cuando se arguye a los fines resocializadores de las penas de prisión, la vinculación de los mismos, por ejemplo, con las necesidades de estudio, trabajo, asistencia psicológica, etc, intra muros que se valoran en las resoluciones de nuestros Jueces. Tal vez los fines así propuestos no puedan ser defendidos a la luz del paradigma liberal de nuestro artículo 19 de la C.N y el principio de autonomía de la persona. Pues, obligar a un preso a socializarse conforme los estándares medios y, no hacerlo pero rechazar los avances de progresividad por no haberse socializado como era pretendido por la media, resulta equivalente. El programa político asumido por el garantismo penal, receptado por nuestros constituyentes, nos obliga a reflexionar acerca de la obligación de socialización exigida normativa o judicialmente.

La teoría del garantismo penal no sólo propone una teoría sobre el estado y, con ello, sobre el derecho penal, sino también sobre el derecho de ejecución penal, sobre la ejecución de las penas de prisión o, más precisamente, la teoría del garantismo penal trae lógicamente implicada una determinada teoría acerca de cómo deben ejecutarse legítimamente las penas de prisión, en tanto el tratamiento penitenciario a suministrar y su finalidad derivan lógicamente de la teoría de la pena que se adopte y, en el caso, de las funciones que le son asignadas por el garantismo penal como programa normativo de minimización de la violencia social.

Hasta ahora la dogmática penal no ha vinculado los fines procurados en los niveles axiológicos mas altos por el “utilitarismo penal reformado” a consecuencias normativas concretas en los niveles normativos inferiores. Claramente el principio de proporcionalidad, rescatando aquella ecuación básica del garantismo penal, viene a asegurar una consecuencia normativa que hasta ahora, entiendo, no había sido analizada en todas sus consecuencias. Este es el punto de partida para generar una teoría normativa acerca de cómo deben ejecutarse las penas de prisión, con nuevas y complejas relaciones entre los deberes de los Jueces, los derechos de los presos y las obligaciones estatales.

Bibliografía consultada.

- Bacigalupo, Enrique: *Derecho Penal Parte General*, Hamurabi, 2da Edición, Buenos Aires, 1999.
- Bacigalupo, Enrique: *Delito y punibilidad*, 2da Edición, Hamurabi, Buenos Aires, 1999.
- Beccaria, Cesare: *De los delitos y de las penas*, Témis, Bogotá, 1986. Publicación original: *Dei delitti e delle pene*, Livorno, Traducción castellano de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redín, 1764.
- Binder, Alberto M: *Introducción al Derecho Procesal Penal*, 2da Edición, Ad Hoc, Buenos Aires. 1999.
- Binder, Alberto M: *Introducción al Derecho Penal*, Ad Hoc, Buenos Aires 2004
- Binder, A. y Obando, J.: *De las repúblicas aéreas al Estado de Derecho*, Ad Hoc, Buenos Aires 2004.
- Bombini, Gabriel: *Poder Judicial y cárceles en la Argentina*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.
- Caracciolo, Ricardo: *El sistema jurídico -Problemas actuales-*, Centro de estudio constitucionales, Madrid, 1988.
- Cesano, José Daniel: *Los objetivos constitucionales de la ejecución penitenciaria*, Alveroni, Córdoba, 1997.
- Cerruti, Raúl A. y Rodríguez, Guillermina B.: *Ejecución de la pena privativa de libertad*, La Rocca, Buenos Aires, 1998;
- Christie, Nills: *Una sensata cantidad de delito*, Editores del Puerto, Buenos Aires 2004. Publicación original: *A Suitable Amount of Crime*, Routledge, Londres, 2004
- Cid Moline, José: "Derecho a la reinserción social", en: *Jueces para la Democracia*, N° 32, Unigral S.A Móstoles, Madrid, 1998.
- De la Fuente, Javier Esteban, "La ejecución de la pena privativa de la libertad. Breve repaso al régimen de progresividad", en: *Revista de Derecho Procesal Penal*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2006.
- De la Fuente, Javier Esteban, Salduna, Mariana: *El régimen disciplinario en las cárceles*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2011.
- Dworkin, Ronald: *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1999. Publicación original: *Freedom s Law*, Harvard University Press, Massachussets, 1999.
- Donna, Edgardo Alberto: *Derecho Penal, Parte General, T. I*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2005.
- Edwards, Carlos E.: *Régimen de la pena privativa de la libertad*, Astrea, Buenos Aires, 1997.
- Ferrajoli, Luigi: *Derecho y Razón –Teoría del Garantismo Penal-*, Trotta, Madrid, 1997. Publicación original: *Diritto e ragione -Teoría del garantismo penale-*, Gius. Laterza & Figili, Roma, 1989.
- Ferrajoli, Luigi: "Garantías y Derecho Penal", en: *Garantismo y Derecho Penal*, Coordinador: Juan Oberto Sotomayor Acosta, Temis, Bogotá, 2006.
- Ferrajoli, Luigi, "El paradigma del Derecho Penal Mínimo", en: *Garantismo y Derecho Penal*, Coordinador: Juan Oberto Sotomayor Acosta, traducción de Andrés Perfecto Ibáñez, Temis, Bogotá, 2006.
- Fontan Balestra, Carlos: *Derecho Penal Parte General*, Abeledo-Perrot, Edición Actualizada, Buenos Aires, 1998.
- Gargarella, Roberto: *Crítica a la Constitución -sus zonas oscuras*, Capital intelectual, Buenos Aires, 2004.
- Gargarella, Roberto: *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008
- Garnabat Ordeig, Enrique, "¿Tiene un futuro la dogmática penal?", en: *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho -en homenaje al Prof. Jiménez de Asúa-*, Pannedille, Buenos Aires, 1970.
- Gouvert, Fernando Guillermo, "La oralización de la Ejecución Penal Bonaerense: el nuevo art. 3 de la ley 12.256.", en <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2012/05/ejecucion04.pdf>.
- Guastini, Ricardo: *Distinguiendo -estudios de teoría y metateoría del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1999. Publicación original: *Distinguiendo -Studi di teoria e metateoria del dirito-*, Giapichelli, Torino, 1996.
- Haddad, Jorge: *Derecho Penitenciario*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999;
- Hart, H. L: *El concepto de derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1961. Publicación original, "The Concept of law", Clarendon, Oxford, 1961.
- Hassemer, Winfried: *Fundamentos del derecho penal*, Trad. De Francisco Muñoz Conde y Arroyo Zapatero, Bosh, Barcelona, 1984.
- Jiménez de Asúa, Luis: *Tratado de Derecho Penal, TI*, 5ta edición. Lozada, Buenos Aires, 1950.
- Kent, Jorge: *Derecho de la ejecución penal*, Ad-Hoc, BuenosAires, 1996.
- Laje Anaya, Justo: *Notas a la ley penitenciaria nacional*, Advotus, Córdoba, 1997.
- Larrauri, Piojan Elena y José Cid Moline: *Teorías Criminológicas -Explicación y prevención de la delincuencia-*, Bosh. Barcelona, 2001.
- Larrauri, Piojan Elena, "Criminología crítica: Abolicionismo y Garantismo", en: *Garantismo y Derecho Penal*, Coordinador: Juan Oberto Sotomayor Acosta, Temis, Bogotá, 2006.
- Lopera Mesa, Gloria Patricia, "Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales", en: *Jueces Para la Democracia*, N° 53, Ibáñez Perfecto Andrés Coord. Unigral S.A Móstoles, Madrid, 2005.
- López Axel y Machado Ricardo: *Análisis del régimen de ejecución penal.*, Fabián Di Placido Editor, Buenos Aires, 2004.
- Maier, J.: *Fundamentos I*, Editores del Puerto, Buenos Aires 1996.
- Mapelli Caffarena, Borja, "Ejecución y Proceso Penal", en: *Jornadas sobre derecho penitenciario y derechos humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.
- Martí, José Luís: *La república deliberativa -una teoría de la democracia-*, Marcials Pons, Madrid, 2006.
- Maxit, María Margarita: *El deber de reparar condenas ilegítimas -Los cambios de jurisprudencia y su impacto en el proceso penal-*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009.
- Mill, John Stuart: *On Liberty*, Traducción castellano P. de Azcárate, Alianza, Madrid, 1981.
- Mir Puig, Santiago: *Derecho Penal. Parte General*, 8va Edición, B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2008.
- Nino, Carlos Santiago: *Teoría General del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1993.
- Nino, Carlos Santiago: *Los límites de la responsabilidad penal -Una teoría liberal del delito-*, Astrea, Buenos Aires 1980.
- Nino, Carlos Santiago: *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*, Distribuciones Fontamara S.A, Venezuela,

1979.

- Nino, Carlos Santiago: *Ética y Derechos Humanos -Un ensayo de fundamentación-*, Astrea, Buenos Aires, 1984.
- Nuñez, Ricardo: *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Lerner, 4ta Edición, Córdoba, 1999.
- Rivera Beiras, Iñaki y Saltt, Marcos Gabriel: *Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina*, Del Puerto, Buenos Aires, 1999.
- Rodríguez, Jorge Luis: *Lógica de los sistemas jurídicos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2002.
- Rodríguez, Jorge Luis y Bayón, Juan Carlos: *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- Rodríguez, Jorge Luis y Bayón, Juan Carlos: *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales. El debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- Rusconi, Maximiliano: *Derecho Penal Parte General*, 2° Edición, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009.
- Sagues, Néstor: *La interpretación judicial de la constitución*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.
- Sancinetti, Marcelo: *Teoría del delito y disvalor de la acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991.
- Soler, Sebastián: *Derecho Penal Argentino*, T.I, Tea, 10ma reimpresión Actualizada por Guillermo Fierro, Buenos Aires, 1992.
- Vacani Pablo, "Cómo pensar la Resocialización", en *Asociación Pensamiento Penal*. ISSN, 2007.
- Vacani Pablo: "Tiempo de prisión y tiempo de pena. Diferencias aplicables a la respuesta punitiva", en: *Nueva Doctrina Penal*, N° 2, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008.
- Villanova, Marcelo Oscar, "En el nombre de la víctima", en: *Cuadernos de Derecho Penal*, N° V, Publifadecs. Neuquén, 2009.
- Weinstein, Federico M: *Ley N° 12.256 de Ejecución Penal Bonaerense*, Omar Favale Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 2006.
- Zaffaroni, Raúl Eugenio: *Las penas Cruelles son penas*, Lecciones y Ensayos, N° 66, U.B.A 1996.
- Zaffaroni, Raúl Eugenio: *Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000.-
- Zaffaroni Raúl Eugenio, "Las penas crueles y la doble punición", en: *La medida del castigo*, AAVV, Director., Ediar. Buenos Aires. 2012.
- Zaffaroni, Raúl Eugenio: *La pena como venganza razonable*, *Lectio Doctoralis en la UDINE*, Julio 2009, publicado en www.cienciaspenales.net/portal.uclm.es/portal/page/portal/idp/novedades.
- Zaffaroni, Raúl Eugenio: *En busca de las penas perdidas*, Temis, Bogotá, 1990.
- Zaffaroni, Raúl Eugenio: *Teoría del delito*, Ediar, Buenos Aires, 1973.
- Zaffaroni Raúl Eugenio: *La medida del Castigo*, AA.VV, Director, Ediar, Buenos Aires. 2012.

Notas.

- 1 Dentro de un amplio abanico deben resaltarse las teorías absolutas o retributivas de la pena, cuyos máximos expositores fueron Kant y Hegel, habiendo reclutado algunos importantes exponentes en la dogmática penal, como es el caso de Edmund Mezger. Luego, se dio paso a las teorías relativas de la pena, dentro de las cuales podían considerarse las denominadas preventivistas especiales y las generales. El rasgo común a ambas era cambiar el eje de la discusión brindada hasta entonces y acortarlo en el de la utilidad de la pena. Así, la pena era legítima para estas corrientes en tanto atendía a conseguir fines utilitaristas beneficiosos para la sociedad, como su protección, pero no lo era si sólo pretendía asegurar la realización de la justicia (como lo sostenían las teorías absolutas). Dentro de las teorías preventivas generales, su máximo exponente ha sido Paul Johann Anselm Feuerbach, con su tesis de la coacción psicológica que produce la pena en el resto de los eventuales delincuentes. Dentro de las preventivistas especiales, su exponente más resaltado, y tal vez el más influyente en su tiempo, ha sido Franz Von Liszt, para quién la pena prevenía mediante la represión, habiendo llegado incluso a elaborar una categoría de delincuentes en base a la necesidad de tratamiento de cada uno. Estas últimas teorías fueron variando hasta llegar a mediados de los 60 a formar la moderna concepción de tratamiento, con las teorías de la resocialización. Existen diferentes variantes frente a estas teorías: por ejemplo, Claus Roxin ha esbozado la denominada teoría de la unión, que combina las anteriores conforme el momento que se represente. No puede culminarse una breve enumeración de las teorías de la pena sin mencionar la sostenida recientemente por Jakobs, en razón de la enorme repercusión que ha tenido el autor en todo el mundo. En efecto, Jakobs ha desarrollado la teoría preventiva general positiva, que parte de la asignación de roles e institucionalización de las expectativas de los ciudadanos en el sistema, y la pena aparece así como negación de la infracción a la norma, infracción que lesiona las expectativas. En sus palabras: “La réplica ante la infracción a la norma por medio de la pena, no tiene lugar por sí misma, porque sí, sino porque en la vida social no se puede renunciar a orientaciones garantizadas” (Jakobs 1995: 18). En nuestro país, Carlos Nino y Eugenio Zaffaroni han desarrollado sus propias teorías de la pena. El primero sostuvo la denominada teoría consensual de la pena, basándose en el principio de asunción de la pena en función del consentimiento prestado en forma previa por los delincuentes, de manera que la pena sería aceptada en su imposición por quién delinque. Zaffaroni, por su parte, ha desarrollado una teoría agnóstica de la pena, en función de la cual la pena no puede ser justificada y es definida por condiciones negativas, sin que puedan determinarse sus funciones, que en general difieren y se desconocen.
- 2 En este sentido, puestos a analizar los manuales o tratados sobre derecho penal escritos por autores de nuestro país, podemos constatar que la discusión referida a la pena se circunscribía a sus fines, esto es, lo que generalmente se conoce como “teorías de la pena” y, naturalmente, las condiciones para aplicar una pena (teoría del delito), pero la discusión acerca de la forma en que se ejecutan esas penas no formaba parte de dichos ejemplares. Es el caso, por ejemplo de los autores más clásicos como Sebastián Soler (1992), Ricardo Núñez (1999), Fontán Balestra (1998), Carlos Nino (1980), Enrique Bacigalupo (1999) y Eugenio Zaffaroni (2000). Pero también es el caso de autores más contemporáneos, como Donna (2005) y Rusconi (2009), quienes si bien dedican espacio a discutir temas de ejecución dentro de sus obras generales, sólo se refieren a ciertos institutos generales de las leyes de ejecución penal y cuestiones también generales acerca de las condiciones de encierro y principios que la regulan.
- 3 Tal es el caso, por ejemplo en nuestro país, de Maximiliano Rusconi, quien en la nueva edición de Rusconi 2009 ha propuesto el estudio de la dogmática del hecho punible prescindiendo explícitamente de la discusión acerca de los fines del sistema penal. En sus palabras: “*Aquí se cree que todo esfuerzo teórico a los efectos de justificar ética o moralmente a la pena ha perdido totalmente su sentido para el jurista. Pero, aún para quién crea que la última afirmación es falsa, ningún camino desarrollado en la ciencia en ese sentido, puede prescindir, de las principales características que brindan, ante cada caso individualmente considerado, el entorno normativo, empírico, humano e institucional de la pena en ese caso individual*” (Rusconi 2009: 71-72). En realidad lo que se pregunta el autor es sobre la posibilidad de justificar en forma general la pena, sin considerar la especie de delito por el que se persigue o castiga al ciudadano.
- 4 En varias oportunidades, por intermedio de la tramitación de acciones de *habeas corpus* colectivo incoados desde la Defensa Pública de Buenos Aires. Por ejemplo, recientemente la Sala II de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal Departamental de Mar del Plata, en el marco de un *habeas corpus* colectivo interpuesto por la Defensa Oficial, tuvo posibilidad de tratar un tema tan medular que influye en muchas otras áreas del tratamiento penitenciario: la aplicación inmediata de las consecuencias jurídicas de la imposición de una sanción disciplinaria sin fundamento alguno. Esto en la realidad obliga al preso a cumplir con la pena impuesta (en la sanción disciplinaria) más allá de que sea declarado inocente luego de la intervención judicial, la que por regla acontece una vez que el interno ha agotado dicha sanción. Concretamente dispuso: “*I) Ordenar a las autoridades del Complejo Penitenciario de Batán que, en lo sucesivo, se abstengan de ejecutar los correctivos disciplinarios hasta tanto los mismos sean consentidos o adquieran firmeza. II) Requerir que en los procedimientos disciplinarios se respeten las pautas de actuación que a continuación se detallan: 1) La medida cautelar prevista en el art. 7° Res. 781 de la Jefatura del Servicio Penitenciario debe ser aplicada de modo excepcional, en aquellos supuestos en que la misma resulte estrictamente necesaria para salvaguardar las finalidades enunciadas por la misma norma y ello no pueda evitarse mediante alternativas menos gravosas; 2) A la vez, la imposición inicial del aislamiento provisorio debe encontrarse debidamente motivada, explicitando las circunstancias que justificaron su adopción, evitando recurrir a fórmulas estereotipadas carentes de referencias al caso en concreto; 3) Eventualmente, la necesidad de prorrogar la medida provisorio deberá fundarse en forma autónoma, ponderando cuidadosamente su procedencia de modo que con ello no se desnaturalice su carácter preventivo; 4) En todos los casos, deberá hacerse constar de manera expresa en el expediente disciplinario, el plazo por el cual el interno se encontró efectivamente sometido a la medida precautoria*” (sentencia de marzo del 2013 en la causa N° 21.652). En este mismo sentido la Cámara de Apelaciones Departamental de Necochea considero que el aislamiento automático como medida cautelar implica un agravamiento en las condiciones en que los internos cumplen su detención, como así también que la prorroga de la medida cautelar debe encontrarse motivada, con intervención de la defensa del interno, debiéndose cumplimentar en todo momento con el principio de motivación suficiente (Causa 1339-13, resuelta el 27 de junio de 2013).

- 5 Respecto del régimen de sanciones disciplinarias puede consultarse De La Fuente 2011; con relación a los “estímulos educativos”, véase Guillamondegui 2012. Respecto de la “recompensa” prevista en el artículo 41 bis de la ley 12.256 aún no existe material de doctrina específico sobre el tema, pero aquí también la jurisprudencia se ha encargado de la cuestión. Por ejemplo, las Sala V y VI del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires ya se han expedido sobre el punto (en causas N° 54.737 del 19/2/2013 y 55.435 del 5/3/2013), en donde se declara su constitucionalidad, aunque cada una asignando una disímil naturaleza al instituto. No puede omitirse, por ejemplo, la referencia al popular artículo que publicara José Cid Moliné en la revista *Jueces para la Democracia*, en donde se analizó un tema tan central como las condiciones básicas implicadas por el ideal resocializador de las penas de prisión (Cid Moliné 1998).
- 6 Zaffaroni 2012.
- 7 Por ejemplo, véase Vacani 2008.
- 8 La Corte Nacional, por ejemplo en la causa “Romero Cacharane” del 9 de marzo del 2004, sostuvo que: *“el derecho a la revisión judicial, cuya jerarquía constitucional ya no presenta dudas, en modo alguno puede perder su vigencia durante la etapa de ejecución de la pena, pues sostener lo contrario implicaría afirmar que las garantías constitucionales del proceso penal no se extienden hasta su agotamiento, siendo que las mismas no se reducen al proceso previo a la imposición de la pena sino que se extiende al cumplimiento de esta.”* A partir de ello, la justicia de la Provincia de Buenos Aires ha dado amplio tratamiento a cuestiones de ejecución, como las ya mencionadas, sobre todo luego de que dicha sentencia fuera receptada por la SCBA en el precedente “Benítez, Miguel Ángel” del 1/03/2006. Posteriormente, la SCBA reiteraría dicha doctrina, especificando el esquema recursivo de la Provincia en las causas “Pedroz”, del 5/03/2008, y “Klosterman”, del 21/05/2008, donde sostuvo que: *“interpretar y decidir si las sanciones decididas por el Servicio Penitenciario se hallan, además de sometidas al control del juez de ejecución penal, a la doble revisión judicial a través de los recursos a que hubiere lugar, en razón del diagrama impugnativo regulado en el Código adjetivo, importa una cuestión de indudable índole federal, cuyo tratamiento no puede ser soslayado. En el caso de autos, el tránsito del recurrente por el tribunal intermedio ha sido sólo aparente ... en tanto el Tribunal de Casación, sin atender a las particularidades del reclamo y soslayando las cuestiones federales en juego, declinó de entender en el asunto”.* De modo que el esquema y las posibilidades recursivas son actualmente amplias en la Provincia, y existe la posibilidad efectiva de cuestionar todo lo que sea materia de infracciones disciplinarias.
- 9 También la SCBA se ha ocupado recientemente sobre el tema en causa p. 107-609, del 26 de febrero del 2013, donde sentó como doctrina que los traslados de detenidos entre diversas cárceles debe contar con la previa autorización judicial del magistrado que posee a su cargo el detenido. En sus palabras: *“El control judicial "posterior" es insuficiente para evitar los perjuicios que acarrearán pues, una vez efectivizado el cambio de establecimiento, la discontinuidad en la asistencia y/o tratamiento de los internos ya se ha consumado, aunque exista la posibilidad de revertir luego la decisión administrativa. La ejecución de la pena privativa de la libertad está sometida al permanente control judicial (local y supranacional), con el objeto de garantizar el cumplimiento de las normas constitucionales y de los tratados internacionales...En este marco, la autorización judicial "previa" al traslado de los internos entre distintos establecimientos penitenciarios constituye la forma adecuada de evitar las transgresiones legales, constitucionales y transnacionales acreditadas, y conjurar el gravamen aludido más arriba, teniendo en cuenta que las mismas, en ciertas circunstancias, se pueden manifestar como un trato cruel e inhumano”.*
- 10 Nótese que recientemente la Sala I del Tribunal de Casación Penal Bonaerense ha declarado la inconstitucionalidad del art. 14 del C.P, que si bien en otras esferas judiciales ya había sido cuestionado (tal es el caso, por ejemplo, de la Cámara Nacional de Casación Penal, principalmente en las plumas de los Jueces Slokar y Ángela Ledesma, como así también del Fiscal por ante dicho organismo, Javier De Luca) dicho tribunal hasta ahora no lo había hecho -aun cuando por ejemplo sí se había expedido, con argumentos similares, sobre la inconstitucionalidad del art. 100 de la ley 12.256. En el caso referido, la Sala I de dicho organismo, el 8 de mayo del 2013, entendió que: *“si los arts. 5.6 y 29 de la CADH y el art.10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)...confluyen en la manda que dispone que la pena privativa de libertad debe tener por objeto la reincorporación social del condenado, tal objetivo no puede enfrentarse a un escollo inicial e insalvable que condicione de antemano la futura evolución de la persona detenida y la prive de obtener la posibilidad de un reintegro anticipado a la sociedad antes del vencimiento de la pena, aun cuando su esfuerzo personal y el logro de objetivos así lo recomienden”* (Causa N° 56.249). Criterio este que luego reiterara la Sala el 13/06/2013 en causa 58.015.
- 11 *“Las garantías se configuran como las fuentes de justificación del derecho penal, como alternativa a la anarquía en las reacciones ante la ofensa que se produciría en ausencia del derecho penal. Quiero decir que la única justificación racional que puede ofrecerse del derecho penal...es que permita reducir, o sea minimizar, la cantidad y calidad de violencia en la sociedad; no sólo la violencia de los delitos, sino también la violencia de las reacciones frente a los delitos...El derecho penal, podríamos decir, se justifica si y solo si, además de prevenir los delitos...logra también minimizar la violencia de las reacciones frente a los delitos”* (Ferrajoli: 2006: 5-6). Esto es precisamente lo que el profesor denomina “Utilitarismo penal reformado”, en contraposición a aquél utilitarismo que sólo pretendía conseguir el primero de los fines asumidos como legítimos, la prevención de los delitos.

- 12 Ferrajoli 2006: 63. Respecto de la ley de Hume, el Profesor italiano sostiene que: *“sólo el reconocimiento de la divergencia...entre normatividad y efectividad permite en efecto plantear el análisis de los fenómenos huyendo de la doble falacia, naturalista y normativista, de la asunción de los hechos como valores o, al contrario, de los valores como hechos”* (1997: 855).
- 13 Ferrajoli se refiere a este problema de la siguiente manera: *“el garantismo opera como doctrina jurídica de legitimación y sobre todo de deslegitimación interna del derecho penal, que reclama de los jueces y los juristas una constante tensión crítica hacia las leyes vigentes, a causa del doble punto de vista que la aproximación metodológica aquí diseñada implica tanto en su aplicación como en su desarrollo: el punto de vista normativo o prescriptivo del derecho válido y el punto de vista fáctico o descriptivo del derecho efectivo”* (Ferrajoli 1997: 854-855).
- 14 Ferrajoli 2006: 61-62.
- 15 En palabras de Ferrajoli: *“Las garantías son, precisamente, los elementos que diferencian el derecho penal de otras técnicas de control informales y no penales, y, por consiguiente, las condiciones en presencia de las cuales un determinado derecho penal está justificado”* (Ferrajoli 2006: 64).
- 16 La idea de proporcionalidad siempre ha implicado un límite al ejercicio del poder punitivo, derivado de la razonabilidad o “necesidad” de la pena, pero sólo ha sido estudiada en dos momentos diferentes: en la predeterminación legal de los tipos penales y, con ello, en la elaboración de las diferentes escalas penales en función de la jerarquía de los bienes jurídicos afectados, y luego en la determinación judicial de la pena, donde el principio se presenta como un límite a la punibilidad, pues la pena siempre deberá ser proporcional al daño causado. Pero no han sido desarrolladas hasta el momento las implicancias de este principio en la ejecución de las penas de prisión. Por ejemplo, ello puede advertirse en el moderno manual de Rusconi, quien sostiene que: *“un criterio rector de indudable protagonismo en la determinación judicial de la pena es, sin dudas, el que rige la idea de proporcionalidad entre la magnitud de la ilicitud (definitivamente graduable) y la cantidad de pena. La referencia se encuentra aludida en el art. 41 al indicar la necesidad de mensurar la magnitud del daño”* (Rusconi 2009: 512). Pero luego, al tratar el ámbito de la ejecución de la pena, no se observa ninguna referencia específica al rol del principio en punto a la determinación y a la dosis de tratamiento a suministrar, quedando este ámbito reservado a la oscura idea de resocialización.
- 17 Las Reglas Mínimas de Naciones Unidas se han encargado específicamente del tema de la individualización particular de los tratamientos en base a las características del grupo de presos de que se trate, individualización que incluso debe ser efectuada desde el mismo ingreso del recluso al establecimiento penitenciario (reglas N° 8, 59, 60.1, 63.1 y 66.1).
- 18 La propia ley de Ejecución Penal de la Provincia de Buenos Aires (12.256) establece como su fin último *“la adecuada reinserción social de los procesados y condenados a través de la asistencia o tratamiento y control”* (artículo 4). Luego, en su artículo 5 establece que *“la asistencia y/o tratamiento estarán dirigidos al fortalecimiento de la dignidad humana y el estímulo de actitudes solidarias inherentes a su condición de ser social, a partir de la satisfacción de sus necesidades y del desarrollo de sus potencialidades individuales”*. Precizando un poco más el concepto, en su artículo 8 establece que *“La instrumentalización de los programas de asistencia y/o tratamiento, tenderá a reducir las diferencias que puedan existir entre la vida en prisión y la vida en libertad, tendiéndose a preservar o reforzar la continuidad de los vínculos familiares, educacionales y laborales. Con esto podrá recurrirse, en lo posible, a la cooperación de instituciones de la comunidad y organismos estatales y privados nacionales o extranjeros”*. Como puede observarse, la ley no dice mucho acerca de qué es el “tratamiento”, en qué consiste, y en base a qué parámetros se determina. En cambio, la ley nacional de ejecución penal (24.660) establece como fines de la pena *“lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley, procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad”* (artículo 1) ... *El tratamiento del condenado deberá ser programado e individualizado y obligatorio respecto de las normas que regulan la convivencia, la disciplina y el trabajo”*. Como puede apreciarse, el fin de la pena se vincula indisolublemente a la idea de tratamiento, ello tal vez desde la popularidad de las teorías correccionalistas que han impuesto a la resocialización de los internos como un fin de la pena. Pero, llamativamente, los sostenedores de estas tesis no han elaborado los desarrollos teóricos correspondientes a fin de determinar los alcances de cada tratamiento ni los parámetros para su determinación.
- 19 Es el caso de las leyes de ejecución provincial y nacional, como así también de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de Naciones Unidas. En este sentido, en lugar de referir al daño causado por el delito es común que se recurra a conceptos tales como la personalidad del reo, sus inclinaciones, su capacidad, su influencia para terceros, su pasado social, sus aptitudes mentales, sus disposiciones personales, etc. (véanse las Reglas 66, 67 y 69 de la O.N.U).
- 20 En tal sentido pueden leerse las Conclusiones del V encuentro de “Secretarios y Defensores de Ejecución Penal de la Defensa Pública de la Provincia de Buenos Aires” realizado en Necochea durante el mes de junio del año en curso. A saber: *“Se han visto numerosos avances en materia de Ejecución Penal en la jurisprudencia del Tribunal de Casación de la Provincia, lo que ha sido en parte consecuencia positiva de las estrategias de litigio colectivo de la Defensa Pública vinculada con las cuestiones libertad de las personas y de la Ejecución de la Pena. Habiendo aumentado el nivel de litigación en este campo, los refuerzos de recursos humanos tienen que ser proporcionales para todas las instancias de la defensa, de modo que los casos puedan continuarse en*

tiempo útil para las personas privadas de libertad, garantizándose a estas últimas un eficaz acceso a la justicia.”(publicado entre otros sitios en: www.defensapública.org.ar y pensamientopenal.com.ar)

- 21 A modo de ejemplificación, recientemente, el pasado 2 de septiembre del 2013, la Cámara Departamental de Necochea ha establecido una doctrina que, cuanto menos, debe resultar incómoda de asumir, a saber, que el régimen abierto previsto por los arts. 119 y 120 de la ley 12.256 sólo resulta aplicable a los condenados, pero no así a los procesados. En sus palabras: “ello no correspondería respecto de los procesados en cuanto a que la ley 12.256 prevé en el título Segundo Régimen de Procesados, las modalidades estricta y atenuada, última esta que se caracteriza por la prevalencia de métodos de autogestión y autocontrol, dentro del marco asegurativo mínimo que hace al régimen (arts. 68 y 69) modalidad dentro de la cual se encuentra inserto Martínez, gozando de la mejor situación posible, régimen cerrado con modalidad atenuada.” (registrada bajo el Número 295 R).