

*Los fines del programa: ¿resocializar? Una mirada crítica desde el liberalismo.*

*Sumario: 1.- Introducción; 2.- Resocialización y liberalismo; 3.- Algunas críticas para comenzar; 4.- Algunas críticas liberales; 5.- Resocialización Mínima ¿?; 6.- Resocializar poco es resocializar; 7.- Terciarización del control y la violencia; 8.- Algunas conclusiones.*

Queréis buenas leyes?  
Quemad las vuestras y haced una  
nuevas.- Voltaire 1764

### 1.- Introducción.

La misma dogmática penal que ha elaborado dedicadamente un sutil y refinado instrumento para exponer sus conclusiones, la teoría del delito, tan sutil y refinado que sólo resulta maneable por expertos, y en no pocas ocasiones oculta su carácter normativo, se ha retirado de la discusión acerca de las funciones de las penas de prisión, carta de presentación del derecho penal que dicen interpretar, se ha desinteresado de aquél espacio de poder en donde se concretizan todas sus teorizaciones: el de las consecuencias jurídicas del delito, la ejecución de las penas. Este espacio ha sido abandonado por los dogmáticos a su propia suerte y, en gran medida, copado por el fenómeno de la administrativización.

Por ello, no pretendo discutir acerca de los fines de las penas, debate del que se ha encargado exclusivamente la dogmática penal, con resultados tan infructuosos, contradictorios y faltos de consenso, que incluso derivó en una corriente que pretendió estudiar el derecho penal independientemente de cuál sea el fin que lo justifique, es decir, establecer el cómo sin preguntarnos el para qué, mas allá de la corriente política y filosófica que los representara. La dogmática penal y su debate se ha encontrado signado por un denominador común: el olvido total de las funciones de las penas.

Por el contrario, lo que pretendo analizar son las consecuencias normativas de la adopción de un programa específico de derecho penal, tanto en relación con los postulados axiológicos de un estado liberal o constitucional de derecho, como con los ordenamientos de ejecución penal locales y, en definitiva, con las funciones de las penas. Me interesa indagar acerca de las consecuencias normativas derivadas de la adopción de un fin determinado del programa en perjuicio de otro.

### 2.- Resocialización y liberalismo.

Es común a la cultura jurídica contemporánea la individualización del fin del programa de ejecución de las penas en la resocialización del individuo prisionero, incluso ello ha ganado posiciones en instrumentos internacionales sobre derechos humanos, constituciones y leyes locales, es más, tal vez ningún ordenamiento penal contemporáneo se haya sustraído del programa resocializador. El fin de la pena es la corrección, re-adaptación, re-forma, re-educación, del individuo desviado para depositarlo en la sociedad transformado, *corregido*. El concepto es tan común a nuestros juristas que, aún hoy,

resulta difícil encontrar precedentes o artículos doctrinarios que no lo tomen como base axiológica.

La propia Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 5.6 que: *“las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”*. Por su parte, el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que: *“El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados.”* En los niveles inferiores del sistema normativo en estudio, la ley nacional de ejecución penal, 24.660, en su artículo 1 dispone que: *“La ejecución de las penas privativas de la libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social.”* Del mismo modo, la ley bonaerense de ejecución penal, establece en su artículo 4 que: *“El fin último de la presente Ley es la adecuada inserción social de los procesados y condenados”*.

Más claros y sinceros con sus postulados autoritarios y antiliberales fueron los legisladores bonaerenses de 1962, quienes al sancionar la ley 5.619 dispusieron que: *“La privación de la libertad de los encausados, la ejecución de las penas, la internación subsiguiente al sobreseimiento o absolución en los casos del artículo 34, inciso 1° del Código Penal y, en general, el tratamiento de los condenados, su orientación postcarcelaria y la lucha contra la delincuencia en los aspectos especialmente contemplados, se rigen por las disposiciones de éste Código (Artículo 1°)...La finalidad primordial del régimen penitenciario es la reeducación del condenado, especialmente en los aspectos moral y social. Con tal objeto, se ejercerá una acción correctiva constante que contemple toda su personalidad y, en especial: 1. La base psicofísica, distinguiendo los sanos de los enfermos; 2. La esfera de los sentimientos y de los instintos, procurando desarrollar los altruistas y refrenar los egoístas; 3. La conciencia moral, fomentando el sentido de la propia dignidad, de la autorresponsabilidad y de la consideración debida de los demás; 4. La conciencia social, inculcando el respeto al orden y a las normas de convivencia, creando hábitos de trabajo y enseñando una profesión al penado”* (Artículo 3°).

La enorme importancia de esta corriente (pese a las diversas críticas que ha recibido) tal vez se haya debido a la influencia que han tenido sus seguidores para el derecho penal moderno, es que las teorías correccionalistas de la pena, con los aportes del profesor Karl Grolman y con mayor vigor luego de la New Penology americana, han sabido dominar el escenario penal desde el popular programa de Marburgo del profesor von Liszt. Como sostiene Mir Puig, la corriente preventivista especial positiva: *“Fue defendida por distintas tendencias: el Correccionalismo en España, la Escuela Positiva en Italia y la -dirección moderna- de von Liszt en Alemania. El influjo más poderoso en favor de la generalización de los puntos de vista de la prevención especial en la concepción de la pena se debe especialmente a este último autor alemán...La dirección iniciada por von Liszt triunfó antes en Italia y Francia que en la propia Alemania...y han influido especialmente en la legislación y práctica de los países anglosajones y escandinavos.”*<sup>1</sup>

Aún hoy, la reforma, la modificación personal y la definición de la personalidad de los presos, ergo, la corrección, continúa siendo el fin que justifica la existencia de las cárceles. Es éste fin pedagógico que se le asigna normativamente a las penas de prisión, y las consecuencias que el mismo trae implicadas a las funciones de la pena en los ordenamientos de ejecución penal, el que me interesa discutir desde una idea sencilla y

---

1 Mir Puig:2008:84/85.

fundamental propuesta ya por J. S Mill en 1859 en su popular "On Liberty". Pretendo demostrar que, cuanto menos, la tesis que identifica al principio de resocialización como la base axiológica del programa de ejecución de las penas, contradice principios metaéticos y pilares de nuestro estado de derecho, como lo son la dignidad de las personas y el de autonomía individual, y por ello debe ser abandonado con todas sus lógicas consecuencias implicadas.

Como podrá advertirse, no me interesa discutir acerca de todos los aspectos de éste tipo de teorías, y cada una de las críticas que ha sufrido, sino limitar el estudio al liberalismo y las condiciones que deben reunir las funciones de la pena en un estado que se precie de tal. Es que como se cuestionaba Feuerbach: *"¿Cuál es el fin que está en el concepto jurídico de pena?...Ese fin no es la corrección del culpable...Un derecho a castigar puede corresponder sólo a quién está en una relación de tutela con el castigado. Pero el Estado no es tutor, sino protector, no es preceptor, sino defensor, no tiene como fin la moralidad y la cultura sino la tutela de la libertad."*<sup>2</sup>

### 3.- Algunas críticas para comenzar.

Los militantes de este tipo de teorías, que podemos denominar "re", y que pueden ser generalizadas como correccionalistas, no se han detenido seriamente a verificar la posibilidad fáctica de cumplir con el fin propuesto, esto es, si la cárcel podría servir para el fin manifiesto. Naturalmente, aún cuando la posibilidad de cumplimiento podría tratarse de una cuestión puramente descriptiva, empírica, (y por ello invalidar el razonamiento al violentar la ley de Hume) es condición de validez de cualquier teoría normativa su posibilidad de ser cumplida, lo cuál implica un análisis normativo previo al de la valoración de su posible colisión con los niveles axiológicos superiores (única excepción posible que no implica violación a dicha ley epistemológica).

Es decir, aún cuando las teorías "re" no se hayan sentido obligadas a justificar la posibilidad material de cumplir con los fines propuestos, en tanto ello, naturalmente, se trataba de una cuestión empírica ajena a la teoría que se proponía, sí debieron representarse la posibilidad inicial de que todo el sistema creado sea completamente ajeno a los fines asignados y que desde el vamos resulten de imposible ejecución, independientemente de las concretas y particulares circunstancias de cada realidad penitenciaria local. Con ello, debió esclarecerse la posibilidad inicial de compatibilidad entre represión y educación, esto es, si resulta posible educar a la misma vez que se priva de la libertad, si existe la posibilidad de educar sin que el educando posea libertad, si es posible socializar des-socializando, excluyendo elementos de la sociedad, etcétera.

Naturalmente, todas las corrientes abolicionistas responden negativamente a estas preguntas, y los correccionalistas las defienden argumentando, en todo caso, un déficit en cuanto a su ejecución en determinadas latitudes, ergo, es posible, pero no ocurre por condiciones empíricas concretas, generalmente relacionadas a la falta de recursos. Si bien el punto no será materia de estudio, debo decir que para quienes habitualmente recorremos las cárceles de nuestra provincia, resultaría cuanto menos incómodo afirmar que en ellas se eduque o socialice, al menos a un proporción significativa de los internos que albergan. Más bien, respecto de la mayor proporción de los reclusos, simplemente será una escuela en el delito y un eslabón más de la discriminación y selectividad del sistema penal.

Además, existe un inconveniente relacionado con la personalidad del delincuente y

---

<sup>2</sup> Citado por Ferrajoli 1997:313.

el tipo de delito que se trate pues, en algunos casos, la adopción del ideal resocializador no brinda respuestas adecuadas a tres tipos de casos que no requieren de socialización. Por un lado, respecto de aquellos delincuentes ocasionales que, por motivos que no se han de repetir, han delinquido, es decir, se les presentó una situación única e irrepetible y antes de ello se encontraban ya perfectamente socializados (como, por ejemplo, los relacionados con el tráfico), la pena en estos casos no puede justificarse desde una perspectiva especial positiva, aún cuando el hecho sea grave. Por otro lado, respecto de aquellos delincuentes que hayan cometido delitos menores irrelevantes, de bagatela, pero que el delito es consecuencia de un defecto de personalidad o socialización, sí debería intervenir el sistema penal. Ambas situaciones presentan un serio inconveniente respecto del principio de culpabilidad por el acto. Existe otro problema, también vinculado al principio de culpabilidad, y se presenta en aquellos casos en los que el delincuente comete el delito por conciencia o por convicción, sea política, religiosa o de otra índole, respecto de los cuáles ningún tipo de socialización será posible.

#### 4.- Algunas críticas liberales.

Aún si desconociéramos las inconsistencias que referíamos y afirmamos, como nuestros constituyentes, que las cárceles son sanas y limpias, que nuestras cárceles educan y socializan, y con ello que los miembros del Servicio Penitenciario son profesores y educadores o, en todo caso, que no lo son de hecho pero que podrían serlo con una eficiente implementación de políticas públicas, existe un problema normativo del mayor nivel axiológico. Precisamente con aquél postulado liberal que veda la intromisión estatal y colectiva en la moral individual, que impide imponer modelos de vida o cursos de acción sobre los individuos contra su voluntad, en definitiva con el respeto del estado por la dignidad humana. J. S Mill decía al respecto que: *“Ningún hombre puede, en buena lid, ser obligado a actuar o a abstenerse de hacerlo, porque de esa actuación o abstención haya de derivarse un bien para él, porque ello le ha de hacer mas dichoso, o porque, en opinión de los demás, hacerlo sea prudente o justo. Estas son buenas razones para discutir con él, para convencerle, o para suplicarle, pero no para obligarle a causarle daño alguno, si obra de modo diferente a nuestros deseos. Para que esta coacción fuese justificable, sería necesario que la conducta de este hombre tuviese por objeto el perjuicio de otro. Para aquello que no le atañe más que a él, su independencia es, de hecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su cuerpo y su espíritu, el individuo es soberano.”*<sup>3</sup>

Ya en 1859 Mill nos advertía agudamente sobre los peligros que el futuro depararía a los pueblos, a la autonomía individual de sus individuos, y los nuevos desafíos contra las tiranías. No es casual que el concepto de libertad acuñado en su obra, que se convirtiera luego en pilar del liberalismo político, fuera expresamente consagrado en diversos textos sobre derechos humanos de la época, aunque no entendidos en toda su extensión hasta varios años mas tarde. En efecto, a modo ejemplificativo, es sumamente usual encontrar comparaciones entre el concepto de libertad defendido por Mill y el escogido por los Asambleístas de 1879 en la “Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano”, a saber: *“La libertad consiste en poder hacer todo lo que no daña a los demás. Así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley”*.

Fórmula similar escogieron nuestros constituyentes para el artículo 19 de la Carta Magna al disponer que: *“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a*

---

3 On Liberty, 1859. Introducción.

*Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.*” El profesor C. S. Nino deriva de tal norma el “principio de autonomía de la persona”, principio que, por un lado, veda la injerencia estatal sobre la interioridad subjetiva y la conformación de la personalidad de los sujetos, rasgo eminentemente liberal que ya se encontraba en el pensamiento de Mill y, por el otro, eleva al perjuicio, el daño a terceros, como condición necesaria de la intervención del sistema penal.

De ésta manera pueden identificarse aquellos modelos de sistemas penales propuestos por Ferrajoli como autoritarios con aquellos postulados antiliberales del perfeccionismo o paternalismo político, en los cuáles la intervención estatal se encuentra escindida del perjuicio, del daño a terceros, y se castiga a quienes resultan moralmente disidentes de la moral colectiva o, cuanto menos, se les obliga a seguir los ideales y planes de vidas que resultan moralmente superiores o ventajosos para la consideración de las mayorías. En estos casos los presupuestos de la pena, y la pena misma, aluden a condiciones naturales de las personas.

Desde mi perspectiva, la idea revolucionaria de Mill se centraba en la incompatibilidad de aquellos postulados que fueran identificados por los revolucionarios franceses y los iluministas del siglo XVIII, libertad e igualdad son, en efecto, asimétricos, es condición de la existencia de la libertad, la desigualdad, el derecho a ser uno mismo y a ser distinto. Es completamente antiliberal la idea de establecer una libertad en la igualdad, en la homogeneización de ideales colectivos. Mill nos alertaba de ello en el siguiente párrafo: *“Al igual que las demás tiranías, también esta tiranía de la mayoría fue temida en un principio y todavía hoy se le suele temer...Pero las personas reflexivas observaron que cuando la sociedad es el tirano -la sociedad colectivamente, y sobre los individuos que la componen- sus medios de tiranizar no se reducen a los actos que ordena a sus funcionarios públicos. La sociedad puede ejecutar, y ejecuta de hecho, sus propios decretos...No basta, pues, con una simple protección contra la tiranía del magistrado...puesto que la sociedad tiende a imponer como reglas de conducta sus ideas y costumbres a los que difieren de ellas...Existe un límite para la acción legal de la opinión colectiva sobre la independencia individual: encontrar ese límite y defenderlo contra toda usurpación es tan indispensable para la buena marcha de las cosas humanas como para la protección contra el despotismo político.”*<sup>4</sup>

Desde éste punto de vista liberal es que deben analizarse las teorías correccionalistas de la pena. Conviene preguntarnos ¿de dónde proviene ese derecho de las mayorías a educar a las minorías contra su voluntad? Deviene necesario establecer un límite sobre la posibilidad del estado de intervenir en la subjetividad de los individuos presos pues, ello es precisamente lo que significa la resocialización tan comúnmente pregonada por los juristas y normativamente asumida como el fin del sistema penal. Naturalmente, estoy refiriéndome al ideal “re” como programa, no a la posibilidad concreta de que las personas presas trabajen, estudien, ejerzan su culto, etcétera. Me refiero, más bien, a la posibilidad de que los individuos que no quieran hacerlo puedan ser obligados, a los casos en que los individuos no se encuentran interesados en realizar tratamiento alguno, ni asimilar los ideales de excelencia o morales mayoritariamente aceptados como positivos. En otras palabras, a la libertad de ser diferentes al resto.

Supongamos que la mayoría de los presos existentes en nuestras cárceles no quieran ni estudiar, ni trabajar, ni profesar culto, ni cumplir con ningún estándar o patrón de vida comúnmente aceptado como óptimo o deseable por la moral colectiva. ¿Qué es lo

---

4 Idem

que quiere decir el tratamiento en estos casos? Significa, sólo, que pueden, y antes de ello que deben, ser obligados a adaptarse, a modificar su interioridad, de lo contrario, se encontrarán condenados a cumplir la totalidad de la pena impuesta en la peor de las condiciones normativamente posibles.

En estos casos, la oscura noción de tratamiento se diluye en la modificación de la interioridad subjetiva del reo y en el intento de una imposición moral colectivamente aceptada como superior y deseable. En este sentido, puede establecerse una vinculación directa entre la noción de tratamiento penitenciario y la subjetividad, pues, siempre, el fin del mismo se determina en el arrepentimiento del reo, y la asunción de la moral colectiva como individual. Tratamiento penitenciario, en el marco de las teorías correccionalistas dominantes no significa más que modificar la personalidad de los sujetos hacia la moral dominante. Como sostuve más arriba, ello viola la dignidad de las personas, la libertad moral, el principio de superioridad ética del estado y el principio de autonomía de las personas.

##### 5.- Resocialización mínima.

Rápida y eficazmente, se me replicará el enfoque crítico planteado, cuestionando la vigencia del principio de resocialización con los alcances aquí explicados. Es que, se dirá, en nuestro país, y en general en todo estado constitucional de derecho, la resocialización como aquí se entiende (a la que refieren como programa de “*resocialización máxima*”) no existe, precisamente por cuanto violenta los principios liberales referidos, y ha sido superada por una moderna concepción de “*resocialización mínima*”, que no se encuentra dirigida a imponer modelos ni ideales de vida y mucho menos a modificar la interioridad subjetiva de los reos. Esta resocialización no tiene nada que ver con una actividad moralizante del estado y las mayorías dominantes.

Tal corriente, seguramente influida en ideales garantistas, creo que puede en algún punto conciliarse con los planteos efectuados más arriba, sobre todo en su descalificación moral del perfeccionismo y paternalismo, pero en el fondo adolecen de los mismos vicios que las teorías correccionalistas del siglo XVIII. Es que, para empezar, no resulta muy claro desde qué perspectiva axiológica derivan sus conclusiones normativas. En muchos casos parece tratarse simplemente del aggiornamento de un concepto oscuro a las realidades normativas actuales, aunque adhiriendo a los viejos postulados correccionalistas de las teorías utilitaristas que procuraban la modificación interior del sujeto y el disciplinamiento moral.

Así, por ejemplo, Gustavo Arocena, dirigiendo un gran y reciente trabajo sobre el tema titulado: “El tratamiento penitenciario. -resocialización del delincuente-”, se ha ocupado específicamente de los inconvenientes normativos ya aludidos respecto del principio de resocialización y la vigencia del estado de derecho, aunque estableciendo, por lo menos manifiestamente, diferentes alcances que los aquí propuestos.

Allí, creo, se adhiere a dos postulados inconciliables. Por un lado, aquél liberal del respeto por la dignidad humana y la libertad, que impide la persuasión del delincuente por la fuerza o contra la voluntad del preso. Pero, por otro lado, se continúa adhiriendo a los postulados de las teorías preventivistas especiales positivas, de la re-forma, re-adaptación, re-socialización, del reo, lo cuál trae aparejado consecuencias normativas intolerables en el ámbito denominado como “tratamiento penitenciario” (concepto también acuñado por dichas teorías y que ha caminado de la mano del desarrollo del ideal “re”).

Aún cuando manifiestamente se mantenga al margen de las connotaciones correccionalistas del ideal resocializador, lo cuál por ejemplo, queda claro en el siguiente párrafo: *“El carácter facultativo del tratamiento penitenciario se explica en la vigencia del derecho a la dignidad personal del interno, que presupone el respeto irrestricto a su capacidad de adoptar libremente sus propias decisiones sobre sí mismo”*<sup>5</sup>. No escapa a una lectura aguda del programa propuesto que tanto a nivel normativo como descriptivo, en los hechos, las consecuencias serán las mismas: influir sobre la interioridad subjetiva del reo disidente y, en su defecto, obligarlo a cumplir de la forma más severa posible la pena impuesta.

Principio de autonomía de la persona y resocialización no pueden pertenecer al mismo programa, pues son términos que se excluyen mutuamente. Ello aún cuando se propongan soluciones concretas para los casos en que el *“tratamiento facultativo”* no quiera ser realizado por el preso, es decir, cuando no se interese en ser nuevamente socializado, o educado. Veamos, Arocena propone para estos casos la siguiente solución: *“El tratamiento penitenciario, insistimos, puede no existir en relación con un interno determinado, ya porque éste no lo aceptó en forma voluntaria, lo abandonó o lo concluyó, ya porque, simplemente, el recluso no necesita de tal conjunto de actividades terapéutico-asistenciales específicamente dirigidas a lograr su adecuada reinserción social...En éstas hipótesis, entonces, sólo habrá un régimen penitenciario que ordenará todos los aspectos de la vida de las personas”*. Veremos que ello no representa más que una petición de principios.

#### 6.- Resocializar poco es resocializar.

Surgen al menos dos interrogantes. En primer lugar: ¿tiene consistencia, y antes que nada utilidad, pensar un programa de resocialización para no resocializar? Supongamos por un momento que la mayoría de los presos de nuestras cárceles, en el marco del ejercicio de su autonomía personal, no desean compartir los ideales morales dominantes (trabajo, educación, religión). En este caso, debemos asumir que el programa ya no será resocializar, para la mayoría de la población carcelaria la resocialización ya no será su meta. Entonces el programa no sólo que no pretende, siquiera, aplicarse a todos los casos, sino que se encuentra destinado simplemente a un grupo minoritario de presos. Entonces nuevamente surge el interrogante: ¿tiene alguna utilidad establecer un programa de ejecución de las penas privativas de la libertad que sólo se aplica a un grupo reducido de casos?

Es fácil advertir la quimera del sostenimiento de la resocialización pues el principio normativo ya no pretenderá ser de aplicación universal y será flexible a las circunstancias del caso (esto es algo similar a asumir que el principio de inocencia no se aplica a todos los casos, o que la prohibición de la tortura cede ante ciertos delitos, o que dependiendo de la condición del imputado podrá ejercer, o no, el derecho de defensa). Debe recordarse la objeción de Ferrajoli a ésta manera de entender los principios políticos: *“Los principios ético-políticos, como los de la lógica, no admiten contradicciones, so pena de su inconsistencia: pueden romperse pero no plegarse a placer.”*<sup>6</sup>

Pero ese no es el único inconveniente que deben esquivar, pues, no solo creamos un principio que, normativamente, no regula todos los casos posibles, sino que, de hecho, ni siquiera puede regular una porción significativa de casos.

---

5 Arocena Gustavo, 2013: p. 82/84.

6 Ferrajoli 1997:555.

Me explico. Aunque pueda objetarse que se trata de cuestiones empíricas, el establecimiento de cupos carcelarios debe ser analizado como un problema normativo: el deber del estado de garantizar los derechos constitucionales de todas las personas presas. Es decir, que la cantidad de cupos existentes en cada Unidad Penal para ejercer diferentes actividades (llámese trabajo, estudio, religión) se vincula directamente con el ejercicio de derechos constitucionales. Como sostuve antes, los cupos para trabajo en la U.P XV de Batán, de no ser por las empresas privadas allí instaladas (que por otra parte emplean trabajadores en negro, con sueldos paupérrimos, en condiciones laborales de extrema precariedad, sin cobertura social y médica) sólo cubre entre el 4 y 5 % de la población que alojan (y aún con dichas empresas, sólo cubre un porcentaje cercano al 20 %).

De manera que, si vinculamos tales áreas tratamentales con el ideal resocializador, como complementos necesarios del mismo, en efecto los ordenamientos de ejecución penal suelen hacerlo, por ejemplo, el artículo 106 de la ley 24.660 establece que el trabajo: *“es una de las bases del tratamiento y tiene positiva incidencia en la formación del interno”* y, a la vez, no se le asigna normativamente mediante una ley de cupos, la cantidad significativa de oferta laboral a los presos, ni se les garantiza -efectivamente- la posibilidad de trabajar, ¿cómo es que se pretende resocializar a aquella escasa población que sí querría hacerlo?

Desde el mismo ingreso al sistema carcelario el interno sabe que existen escasísimas posibilidades de gozar de un cupo, sea para trabajar o para estudiar, pues en definitiva sólo 4 ó 6 personas de cada 100 podrán trabajar (y en aquellos complejos que posean gran inversión privada como la U.P XV, entre 18 y 22 personas) por lo que, al menos para ellos, la resocialización sólo será una mera ilusión. Ahora bien, a esto deben sumársele dos cuestiones más, que también podrían ser meramente descriptivas, o tal vez no tanto. Estoy refiriéndome a la superpoblación carcelaria y los contextos de violencia institucional generalizadas.

Digo que no se trata de cuestiones meramente empíricas en tanto ambas son el fruto de decisiones políticas, precisamente decisiones político- criminales erróneas. Piénsese, por ejemplo, en la postergada ley de cupos que pretendía asegurar un número determinado de presos asignado a cada cárcel, por sobre el cuál no se pueden ingresar más internos. Recientemente el estado ha indemnizado internos que debieron sufrir este tipo de superpoblación en nuestras cárceles. El 26/2/2014 la Sala V de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, decidió indemnizar a 4 hombres con 30.000 pesos, pues convivieron 14 meses en el Pabellón N° 14 con otros 380 detenidos y todos compartían solo 80 camas, cuatro baños, cuatro duchas, una pileta de uso común y veinte sillas, rodeados de gran cantidad de cucarachas, sin luz y con un recreo de dos veces por semana de horas. Se resolvió que correspondía hacer lugar a un resarcimiento por las condiciones de detención, determinando que “eran indignas de la condición humana”.

Existen innumerables estudios empíricos (veáse, por ejemplo, el elaborado recientemente por el CELS, “Derechos Humanos en la Argentina” 2013), como informes de organismos públicos (véanse, por ejemplo, la Observaciones Generales del 98 período de Sesiones del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, respecto de nuestro país) que dan cuenta de la situación deplorable de superpoblación existente. Evidentemente que no se ha dado de un día para otro o por arte de magia, ni por la sola ausencia de una ley de cupos. Se ha debido a políticas públicas de gestión de conflictos, estoy refiriéndome no sólo a las constantes reformas del Código Penal en punto a las escalas, sino también a las producidas en los códigos procedimentales locales,

particularmente en la provincia de Buenos Aires (territorio que aloja más del 50 % de la población carcelaria -SNEEP, 2007). De hecho, luego de la Ley Ruckauf (N° 12.405), entre 2000 y 2005, la población carcelaria creció en más del 100%. A ello debemos sumar los esfuerzos realizados por la administración actual, tanto en el código procedimental como en la ley de ejecución penal para restringir el acceso a las excarcelaciones y morigeraciones (ley N° 14.517) y al goce de libertades asistidas y salidas transitorias (ley 14.296).

No pueden permanecer al margen de la descripción propuesta las recientes y públicas manifestaciones del Gobernador provincial, con la implementación de su plan de seguridad y la declaración de “Emergencia de Seguridad Provincial”. Aquí, entre otras cosas, nuevamente se vuelve a fomentar la represión sobre tres puntos: 1) creación de más organismos de persecución criminal; 2) construcción de más establecimientos penitenciarios y 3) restricción de las excarcelaciones a reincidentes y aquellos delitos cometidos con armas. Esta nueva experiencia, por más loable que puedan ser los fines preventivos proclamados y la necesidad de apaciguar los reclamos sociales existentes, recuerdan al experimento de Ruckauf ya descrito, que culminara con la intervención de la Corte nacional en el célebre precedente “Verbitski, Horacio, S/ Habeas Corpus” (resuelto el 5 de mayo de 2005) donde se ordenara a la Provincia de Buenos Aires adecuar su sistema normativo a la legislación constitucional y convencional, suerte que seguramente deberá ser repetida ante la implementación de las políticas públicas referidas.

Como expresara el CELS en el Informe citado: *“El vertiginoso aumento de la población carcelaria no fue un fenómeno espontáneo, ya que no puede relacionarse con un aumento demográfico ni con un incremento en la criminalidad...En cambio, las distintas variaciones muestran una relación directa con las modificaciones realizadas a la legislación procesal y de ejecución penal.”*<sup>7</sup>

No escapa a nadie que la existencia de situaciones de violencia y superpoblación carcelaria conspiran contra cualquier programa, con el ejercicio de derechos elementales y contra la propia supervivencia de los internos. La Corte estadounidense ha dicho que *“Los prisioneros dependen del Estado para comer, vestirse y contar con atención médica adecuada. Una falla de la cárcel para proveer de sustento a los internos puede producir tortura física o muerte lenta* (Estelle vs. Gamble, 1976). Asimismo afirmó que: *“Así como un interno puede morir de hambre si no se alimenta, puede sufrir o morir si no se lo atiende médicamente. Una cárcel que priva a sus internos del sustento básico...es incompatible con el concepto de dignidad humana y no puede tener lugar en una sociedad civilizada”* (Brown vs. Plata, 2011).

Con ello, simplemente quería poner de manifiesto lo inócuo del principio de resocialización, no ya en la inconsistencia de su renuncia programática a regular todos los casos, sino en su imposibilidad material, derivada de cuestiones normativas, de regular siquiera una porción significativa de las personas presas. El estado no puede pretender, al mismo tiempo, que el preso se re-socialice, re-eduque, trabaje, y no establecer los cupos para ello, garantizando sí una situación de superpoblación carcelaria y de violencia institucional. Luego volveré sobre la violencia y el autogobierno de las cárceles.

Como decía antes, existe otro inconveniente para mantener el programa, aún con las modificaciones propuestas por Arocena, y es que, aún cuando el principio no regule más que una parte ínfima de los casos, lo cuál lo torna inocuo, se plantea que para los

---

7 CELS: 2013.

casos en que el interno no se interese en la re-socialización, o re-adaptación, o re-educación, o lo que fuera, no se encontrará obligado a hacerlo, y que a su respecto simplemente existirá un “régimen penitenciario”.

En relación a ello se me plantean dos interrogantes. Por un lado es incómodo admitir que en estos casos no existirá programa, y que simplemente deberá permanecer allí alojado, sin función ni finalidad alguna. La pena, en este caso, no significará absolutamente nada, y se desconectará totalmente del ideal preventivo, especial (positivo) propuesto. Si es así, deberá reconstruirse todo el sistema bajo el prisma de otra perspectiva normativa, se impondrá abandonar el ideal preventivista positivo y discutir nuevamente acerca de los fines del sistema.

Pero, por otro lado, tampoco se condice con el programa normativo vigente, en tanto el no acogimiento “voluntario” del preso al programa, sí posee consecuencias negativas para el mismo, precisamente en el tránsito por el cumplimiento de la pena que le reste. Así, no escapa al entendimiento común de quienes nos desempeñamos vinculados al área, que las decisiones de los presos respecto de la utilización, el “aprovechamiento”, de las diferentes esferas tratamentales que existen en cada Unidad Penal, aparejan consecuencias tanto en su distribución territorial dentro del establecimiento (en este caso quienes trabajan, estudian, o profesan culto, se alojan en condiciones sustancialmente diferentes a las del resto de los presos no incluidos a tales áreas). Pero, por otro lado, posee consecuencias normativas que importan la imposibilidad, o cuanto menos la dificultad, de ser incorporados en diversas etapas de la progresividad que debiera guiar la ejecución de la pena que se les impone.

Entonces, aquellos a quienes no les interesan los fines del programa no sólo serán alojados en condiciones peores que los interesados en ser resocializados, sino que al momento de discutir respecto de la posibilidad de avanzar en la progresividad de la pena, o ser incluido en alguna de las diversas etapas previstas por los ordenamientos de ejecución penal, serán informados negativamente por los Gabinetes Técnicos Criminológicos, y en base a ello los jueces resolverán sobre las solicitudes de incorporación en tales regímenes. De esta manera se le plantea a los presos dos opciones, que en realidad sólo son aparentes y conducen al mismo destino: que la asunción de los ideales del programa es facultativa pero, si no se acogen a la “moratoria”, el cumplimiento de la deuda con la sociedad será en las peores condiciones posibles.

En definitiva, si no se avienen a cumplir con los fines del programa resocializador, y de no alcanzar su éxito máximo (el arrepentimiento), la vida en la cárcel deberán transitarla de una manera diferente del resto de la población que sí se sometió a tales fines, diferencia que se plasma en peores condiciones de alojamiento dentro de la cárcel y peores posibilidades de gozar de los regímenes previstos por la ley. Entonces no son sinceras las opciones que el programa ofrece a los presos, pero no por una aplicación (interpretación) maliciosa de los ordenamientos de ejecución penal, o por lo menos no sólo por ello.

Estoy refiriéndome a las disposiciones relativas al trabajo. No solo los precedentes judiciales y dictámenes administrativos lo han exigido y continúan haciendo (aunque en menor medida), sino que, pese a las consideraciones de Arocena, el trabajo en la cárcel, por lo menos para quién tiene la posibilidades de realizarlo, es obligatorio. Así, la ley 24.660 establece en su artículo 106 que: *“El trabajo constituye un derecho y un deber del interno. Es una de las bases del tratamiento y tiene positiva incidencia en su formación.”* Seguidamente establece que *“El trabajo se regirá por los siguientes principios: a) No se*

*impondrá como castigo; b) No será aflictivo, denigrante, infamante ni forzado”.*

Hasta aquí, medianamente podríamos afirmar que, en algún sentido, el trabajo es voluntario, aunque el término “deber” conspire contra dicha lectura. No obstante, el legislador no sólo ha establecido ello, sino que continuó diciendo en su artículo 110 que: *“Sin perjuicio de su obligación a trabajar, no se coaccionará al interno a hacerlo. Su negativa injustificada será considerada falta media e incidirá desfavorablemente en el concepto.”* Así, cuanto menos, la lectura parece más compleja que en la propuesta de Arocena, pues no puede sostenerse al mismo tiempo que el tratamiento sea voluntario, como así también su herramienta principal (el trabajo), pero que, para el caso que no lo hagan, por tratarse de un deber, de una obligación, se le sancionará, y ello incidirá negativamente en su concepto, cuestión que terminará por influir tanto en la ubicación del interno que no desea tratarse como en la posibilidad de acceder a los diferentes regímenes legales posibles.

En un modelo bivalente de la lógica, el enunciado: “el trabajo es voluntario” debe ser verdadero o falso, pero no puede representar ambas cosas al mismo tiempo, y ello es precisamente lo que sucede con el ideal resocializador. Es cierto, en alguna medida, respecto de una proporción de presos, pero es completamente falso en otros, y ello no es más que una contradicción. La Corte Federal se ha referido a un problema similar muy claramente en “Gramajo” (324:2153, 2006), donde se discutía acerca de la accesoria para los multireincidentes del artículo 52 del Código Penal. Así, sostuvo que dicha medida es *una pena*. Que una privación de la libertad que tiene todas las características de una pena, es una pena. Que la palabra *penado* del artículo 18 constitucional, abarca a todos los que sufren una pena como a los que sufren los mismos efectos con cualquier otro nombre. De este modo *“la accesoria de prisión por tiempo indeterminado para multireincidentes tiene todas las características de una pena y no deja de serlo por el hecho de que pretenda denominársela de otro modo”.*

Re-socializar, re-educar, re-insertar, son tan sólo sinónimos que representan el mismo ideal político: el perfeccionismo, y por tanto, completamente ajeno al liberalismo y al estado constitucional de derecho, y ello no lo cambiará ningún juego de palabras. Es que, así como la realidad no puede ser derivada de postulados normativos (ni el derecho derivado de enunciados descriptivos), tampoco cambia porque le asignemos diversos significados a los mismos hechos. Si el trabajo es obligatorio, si la resocialización es obligatoria, entonces se viola el principio de autonomía de la persona. Si la resocialización no es obligatoria para algunos presos, aquellos que no pretenden recibirla, o aquellos que no pueden hacerlo de hecho, entonces el fin de la pena no será preventivo especial positivo, y habrá de buscarse el fin del programa en otro lugar.

El programa resocializador “*mínimo*” debe resolver, entonces, qué es lo que hace con aquellas personas que no pretenden resocializarse, o bien que ya se encuentran resocializadas, sea porque su ingreso al sistema penal no estuvo relacionado con un problema de socialización o bien por el éxito del tratamiento recibido. Obviamente que la respuesta del programa es la misma que antes, en estos casos hay “régimen penitenciario”, ergo, su estadía en la cárcel no tendrá nada que ver con la finalidad preventivo especial positiva. Existen, entonces, demasiadas excepciones a la finalidad del programa, excepciones que pasan a ser la regla y lo tornan inócuo e inconsistente, tanto que no sirve para dar respuesta ni siquiera a una porción significativa de los casos que se presentan. No se trata entonces de aggiornar y modificar el principio regulativo del programa a las realidades actuales y legislaciones vigentes, sino de elaborar un programa alternativo, no lesivo de los pilares del estado constitucional del derecho, y desde allí

proponer un marco normativo inferior conforme los nuevos principios del programa, de modo que los fines den respuesta a cada uno de los casos que puedan plantearse.

### 7.- Tercerización del control y la violencia.

Por último, existe un serio inconveniente que no ha sido ni siquiera advertido por el programa resocializador, que nuevamente se vincula con condiciones descriptivas, con las funciones de la pena de prisión. El tratamiento penitenciario es un pilar del programa, se dice que debe ser suministrado por el estado en manos de las personas capacitadas para ello. No obstante, existe una basta literatura, basada en estudios de campo, que demuestra que ello no es lo que sucede en las cárceles, sino que, por el contrario, el estado se ha retirado de ellas, y ha cedido parte de la función de custodia, vigilancia y disciplinamiento a una porción de la población civil allí alojada, porción que es la que en definitiva se encarga de suministrar el tratamiento sobre los presos.

La Comisión Interamericana de Derecho Humanos advirtió sobre ésta tercerización del poder y fue muy crítica respecto de los Estados que la toleraban, promovían y garantizaban. En efecto, en su Informe sobre los Derechos Humanos de las personas privadas de la libertad en las Américas, reconoció condiciones de violencia institucional extremas y de autogobierno de las cárceles. En sus palabras: *“El primer deber del Estado como garante de las personas sometidas a su custodia, es precisamente el deber de ejercer el control efectivo y la seguridad interna de los centros penales, si esa condición esencial no se cumple es muy difícil que el Estado pueda asegurar mínimamente los derechos fundamentales de las personas bajo su custodia. A este respecto es inaceptable que existan un buen número de cárceles en la región que se rigen por sistemas de “autogobierno”, en los que el control efectivo de todos los aspectos internos está en manos de determinados reclusos o bandas criminales; o por sistemas de “gobierno compartido” en las que estas mafias comparten éste poder y sus beneficios con las autoridades penitenciarias... En estos casos aumentan los índices de violencia y muertes en las cárceles”*.

La existencia de violencia general institucionalizada no puede ser entendida sino en el marco de un contexto del cuál forma parte la tercerización del control y el co-gobierno de las cárceles. La relación es simple: el Servicio Penitenciario no se encuentra en condiciones fácticas de ejercer el control y gobierno de las cárceles, principalmente por la escasa cantidad de efectivos en proporción a la cantidad de internos que alojan y al bajo incentivo de los sueldos que perciben, por lo que ceden espacios de poder, gobierno y negocios, por una tajada de los beneficios de la realización de las transacciones que se producen puertas adentro. Vacani sostiene, en su tesis doctoral, que: *“El modo en que la autoridad penitenciaria permite generar demandas en las personas privadas de libertad sólo es posible en la medida que no sólo se gestionen las necesidades de lo/as detenido/as, sino también se generen modos o formas de división y clasificación entre estos, atribuido a ciertos intereses que se reproducen mediante un pacto de gobernabilidad con pequeño grupo o referentes de personas detenidas que son desplazados o reemplazados rápidamente por otros”*.

Todo comienza con la creación de grupos de poder, que se encuentran gobernados por una persona que administra (llámense “el limpieza”, “el pastor”, etcétera) la vida en el pabellón, y disciplina a quienes forman parte del mismo, provee de alojamiento, alimento, medicamento, vicio, seguridad y la posibilidad de acceder al trabajo y estudio. Este grupo de personas son los que en definitiva disciplinan al resto de la población carcelaria, y condicionan la calidad de su estadía al cumplimiento de sus reglas. Ergo, son quienes

poseen la influencia más directa respecto del tratamiento penitenciario que recibirá, o no, cada preso.

Existen diversos estudios al respecto, pero para quienes nos encontramos vinculados al área de ejecución penal nos es habitual encontrarnos con los hechos referidos y a diario observamos como, ante la huída de los jueces respecto de los lugares concretos de alojamiento dentro de la cárcel (pabellón) que ocuparán los presos, estos grupos de poder son quienes deciden si pueden o no ingresar en los sectores que dominan. Sin su consentimiento los presos no pueden ingresar y formar parte del grupo.

El estado no sólo tolera tal distribución de competencias sino que es quién fomenta la tercerización del control, delega y transfiere la aplicación de la violencia para lograr, por lo menos, dos fines: mantener el control y orden de los pabellones y participar en las ganancias de la empresa criminal. El propio estado ha reconocido oficialmente el sistema de gobierno compartido. Así, sostuvo que algunos presos llevan a cabo la labor que le transfiere el Servicio: *“en el marco de un sistema punitivo premial de distribución de beneficios y de administración diferencial de la escasez como fusible de distribución para tales herramientas de gobierno en el encierro”*.<sup>8</sup>

Como dijera, es usual, cotidiana, y lamentablemente se ha naturalizado en la práctica, la necesidad de contar con la autorización de tales grupos para el ingreso de los detenidos a ciertos pabellones, y la imposibilidad incluso se materializa en actas firmadas por los “limpieza” y el Servicio dotadas de normatividad por la práctica judicial. Si el interno no cuenta con el aval, la venia de los “limpieza”, no podrá acceder al pabellón y gozar de los beneficios allí existentes. Pero incluso, si los internos logran contar con tal aval, una vez que lo pierden, serán disciplinados y trasladados, rápidamente, a otro sector del establecimiento, o bien, directamente a otro establecimiento. El traslado de internos entre establecimientos penitenciarios resulta el principal instrumento para disciplinar a la población carcelaria disidente. (al respecto ver Vacani 2013:155).

Los "limpieza" no sólo deciden el ingreso del interno, la distribución de los carnés de trabajo, etcétera, sino que junto el grupo que encabezan son quienes, en representación del Servicio, disciplinan a la población mediante el ejercicio de la violencia. El Servicio es quién provee las armas a los internos, o cuanto menos les facilita su utilización mediante la omisión, herramienta esencial para mantener el orden. Así, el CELS continúa evaluando como necesaria la correlación entre delegación del control y provisión de armas a los presos, pues pese a las constantes requisas en el interior de los pabellones y sobre los presos, las armas continúan circulando por el interior de la cárcel siempre en las mismas manos. Es la técnica del control por delegación. Así, sostiene que: *“Durante la visita realizada a las Unidades 46 y 47 el 29 de marzo de 2012, junto con el Vicegobernador Gabriel Mariotto...varios detenidos entregaron facas en el área de las “casitas”. Según los internos, las armas se las había dado el mismo Servicio Penitenciario para que hirieran a otros detenidos. Dos horas después de concluída la visita, en el pabellón 9 de la Unidad 48 del mismo complejo se produjo lo que el SPB denomino una “revuelta generalizada”, en la que un detenido fue asesinado de un puntazo y otro resultó gravemente herido. De manera arbitraria, funcionarios del SPB trasladaron al imputado por homicidio a la Unidad 45..., donde, al poco tiempo de haber ingresado, fué asesinado por otros internos a puñaladas...días más tarde, el 3 de abril, durante el horario de visita en la Unidad 48, los familiares de un detenido alertaron a los agentes del SPB que los*

---

<sup>8</sup> Informe de la Secretaría de Derechos Humanos sobre la superpoblación y sus consecuencias en las condiciones de detención de las personas privadas de libertad en el ámbito del SPB. 2005, y el Análisis presentado por ante la CID del 19 de octubre del 2012.

*internos que organizaban visitas estaban armados con elementos cortantes y punzantes. Sin embargo, los penitenciarios no intervinieron y al finalizar las visitas cerraron las puertas dejando los internos armados junto al resto. Así, se produjo una pelea que dejó tres heridos graves, con puñaladas en las costillas, las sienes y los pies. Al día siguiente, en el salón donde se realizan las visitas, los internos seguían armados”<sup>9</sup>*

Es de recalcar, nuevamente, que el complejo penitenciario “San Martín” (que abarca las Unidades 46, 47 y 48), la violencia se ha incrementado y no ha podido desterrarse el sistema de co-gobierno instaurado, pese a contar con el control y la inspección específica de organismos provinciales e interamericanos.

Entonces, puede concluirse en la huída sistemática y deliberada del estado del interior de las cárceles, lo que posibilita la existencia de un programa de co-gobierno carcelario, mediante el cuál siempre los beneficiados y los perjudicados son los mismos: por un lado los grupos de poder carcelario y el Servicio, y por el otro los simples presos. Este complejo entramado que involucra la participación del Servicio en la criminalidad intracarcelaria, desde la venta de lugares, de elementos punzantes, de drogas de diverso tipo, celulares y todo elemento prohibido, la reventa de la propia mercadería que llevan los familiares de los presos al establecimiento, ni que hablar de los puntos de progresividad y los traslados arbitrarios como castigo, no tiene nada que ver con el programa resocializador.

Ningún programa preventivo especial puede compatibilizarse con la huída deliberada del estado de las cárceles y el suministro del tratamiento penitenciario por grupos específicos de presos, mediante la violencia y la intimidación. Si bien la realidad no dice nada acerca de la normatividad ni la condiciona en modo alguno, una teoría normativa que no la reconozca y explique no tendrá, utilitariamente hablando, ningún éxito. No obstante, el dato de la realidad, considerado en su complejidad, y programado sistemáticamente por el estado, si bien no se encuentra escrito en ningún lado (por lo menos no es de conocimiento público) funciona como un elemento normativo, y como tal debe ser valorado, pues obedece a un programa de gobierno carcelario, a un programa de suministro del tratamiento penitenciario y, en definitiva, a un programa de las funciones de las penas que, por lo menos, es de aplicación en la provincia de Buenos Aires.

Este programa que existe implícitamente en el ámbito normativo, aunque explícito en la realidad, se ha materializado en lo que se denomina comúnmente como “*doble pacto de gorbabilidad*”, cuya evolución histórica podría comenzar en los diferentes movimientos de presos que existieron en la provincia de Buenos Aires y que pusieran en jaque a su Servicio Penitenciario luego de 1996 con el denominado “motín de Sierra Chica”, motivo por el cuál en la provincia, y algunos establecimientos federales (ejemplo de los N° 1, 2 y 3), se amotinaron más de 5.000 presos por varios días. A partir de aquí, con la notoriedad de las protestas y masividad en los reclamos por derechos, ante el peligro que implicaba la continuidad de los motines y las posibles fugas, fue necesario establecer otra forma de control hacia dentro de las Unidades Penitenciarias.

Vacani describe éste pacto institucional de la siguiente manera: “*Según este modelo, existe un primer pacto entre los gobernantes y las fuerzas de seguridad, según el cual se le entrega a estas últimas el gobierno de la seguridad a cambio de ciertos niveles de control, obediencia y acciones de recaudación económica y, por otro lado, el compromiso por parte de dichas agencias consistente en evitar situaciones de crisis...El segundo pacto es el que comienza a realizar la propia fuerza de seguridad basado en el*

---

9 CELS: 2013:307.

*desarrollo de un clientelismo con la propia población, un pacto de gobernabilidad relativamente heterogéneo entre presos y la autoridad penitenciaria, caracterizado por la elección de un referente del pabellón, validando un capital de reconocimiento y consagración que da seguridad a la autoridad para que éste, por su mayor ascendencia sobre las reglas de fuerza consagrada, pueda gestionar a una población objetivamente más dócil.*<sup>10</sup>

De esta manera, no pueden analizarse los fines de la pena, los fines del programa, si no se lo vincula con tan peculiar forma de gobernabilidad en las cárceles, si no entendemos sus formas actuales de gobierno y la imposibilidad material de control sin delegación y tercerización de la violencia, no comprenderemos las implicancias del programa normativo acerca de los fines de las penas que escojamos. Pues, es el mismo estado que dice que resocializará a los presos el que delega a un grupo de éstos el control, disciplinamiento y el gobierno de las cárceles, a través de un diseño normativo implícito.

Desde dentro del diseño normativo dominante no es posible brindar solución a las situaciones que se generan vinculadas tanto al control y gobierno de las cárceles, como al ejercicio de los derechos y, especialmente, en punto a la progresividad en la ejecución de las penas.

#### 8.- Algunas conclusiones.

El modelo resocializador continúa vigente con todas sus connotaciones antiliberales denunciadas, ha penetrado tan fuertemente en la cultura jurídica y en la propia legislación que nunca ha sido objeto serio de una propuesta política de reforma, y permanece inmune en nuestros ordenamientos penales.

El camino no debe agotarse en la crítica al modelo, en la denuncia de sus connotaciones antiliberales, en la exposición de sus inconsistencias, sino en la proposición de un modelo normativo alternativo al existente, propio de un estado de derecho. Creo que ese camino debe iniciarse analizando las implicancias concretas que posee el modelo para la progresividad de la pena, desnudando las nociones que oculta el término “tratamiento”, término que ha crecido y madurado a la sombra del ideal resocializador.

Existen relaciones inocultables entre el ideal resocializador, sea mínimo, máximo, o como se lo pretenda denominar, y la necesidad de influir sobre la interioridad subjetiva del desviado, en la modificación personal y, en definitiva, en su corrección y arrepentimiento. El mecanismo normativo que se utiliza para ello es el “tratamiento.”

Se presenta una vinculación ineludible entre ese pretendido tratamiento penitenciario y la progresividad que debe guiar la ejecución de las penas de prisión. En el marco de éste tipo de diseño normativo, la interioridad subjetiva jugará un rol preponderante en el transcurso eventual de cada una de las etapas de la pena. Pero no ya en la sola realización de las actividades que la moral dominante considera óptimas, sino también en el desarrollo psicológico del preso: cuanto más arrepentido se muestre, cuanto mayor sea su apego a la ley y, en este caso, cuanto menos sea su voluntad de re- incidir, mayor serán sus posibilidades de transitar en una etapa mejor la pena que cumple. Peligrosidad y tratamiento deben ir de la mano.

---

10 Vacani, 2013: 195/196. Al respecto también consultar Binder 2011:184 y Sain 2008.

En los regímenes previstos por los ordenamientos de ejecución, al amparo de las teorías correccionalistas, la progresividad es entendida como la posibilidad del preso de transitar por diferentes etapas, cada una con algún grado de menor restricción de derechos, pero todas previstas como condiciones necesarias para acceder al nivel subsiguiente. De esta manera, al llegar a la última (en general se la denomina "libertad condicional"), el interno ya se encontrará prácticamente resocializado.

El camino debe comenzar justamente por la dirección opuesta. El tratamiento no puede estar dirigido a influir sobre la interioridad subjetiva de los presos, su finalidad no debe guardar relación alguna con las imposición de ideales morales o patrones de vida comúnmente aceptados por las mayorías como deseables o superiores. Como decía Mill: *"Sobre sí mismo, sobre su cuerpo y su espíritu, el individuo es soberano."* El estado podrá, a lo sumo, promover ciertas prácticas, ciertos patrones de conducta y desalentar otros, pero el tratamiento no podrá ser elaborado en base a las decisiones que adopten los individuos sobre su autonomía personal. Es que el individuo, para ser bien expresivo, tiene todo su derecho a conservar la maldad dentro de sí, de ser malvado, y ello no puede ser relevado por el estado para suministrar ningún tratamiento ni establecer de allí consecuencias negativas en la progresividad.

Será el turno, entonces, de analizar las implicancias de un modelo objetivo de ejecución de las penas de prisión, o más bien de la progresividad de la ejecución de las penas, despejado de cualquier tipo de subjetividad. Con ello no quiero decir sólo que el tratamiento penitenciario no puede estar dirigido a modificar la interioridad subjetiva del reo, sino que la progresividad sólo debe estar condicionada por cuestiones objetivas y no inherentes a los modelos de vida escogidos por estos. En la determinación de qué condiciones o circunstancias objetivas deberá encaminarse una futura investigación, bajo el prisma de otro principio, hasta ahora llamativamente desconocido para el ámbito de la ejecución penal, el de proporcionalidad.

Estoy convencido que ello no se resuelve intrasistémicamente, intentando influir desde allí sobre las leyes (políticas públicas) o las prácticas judiciales, pues se trata de verdaderas antinomias insuperables, que sólo la sustitución del modelo normativo podrá eliminar.

## *Bibliografía.*

- Alchourrón, C. E. y Buligyn, E.: *Introducción a la metodología de las ciencias Jurídicas y Sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1975.
- Andersen Paola, "La gestión del conflicto en la cárcel neoliberal", en *La medida del castigo*, AAVV, Zaffaroni E.R Director., Ediar. Buenos Aires. 2012.
- 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 origina: Dei delitti e delle pene*, Livorno, Traducción castellano de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redín, 1764.
- Bergalli, Robert: "¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?", Publicado en *la Revista del Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid*, Año LXXVI, 1976.
- 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, Alberto M: "Análisis político criminal. Bases Metodológicas para una política criminal minimalista y democrática", Astrea, Buenos Aires, 2011.
- 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.
- 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;
- Cid Moline, José: "Derecho a la reinserción social", en: *Jueces para la Demorcracia*, 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.
- 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 -Teoria del garantismo penale-*, Gius. Laterza & Figli, 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.
- García-Pablos de Molina, Antonio: “La supuesta función resocializadora del derecho penal: utopía, mito y eufemismo.”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1979.
- Gimbernat 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>.
- Haddad, Jorge: *Derecho Penitenciario*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999;
- 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, Ibañez 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, “Principios fundamentlaes del sistema penitenciario español”, Bosh, Barcelona, 1983.
- Mapelli Caffarena, Borja, “Ejecución y Proceso Penal”, en: *Jornadas sobre derecho penitenciario y derechos humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.
- 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.
- Muñoz Conde Francisco: "La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito", en *Doctrina Penal*, año 2, Depalma, Buenos Aires, 1979.
- 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.
- Roxin, Claus: "Sentido y límites de la pena estatal", en *Fundamentos político-criminales del derecho penal*, trad. Diego Manuel Luzon Peña, Gabriela, E. Córdoba y Daniel R. Pastor (coords.) Hamurabi, Buenos Aires, 2008.
- Rusconi, Maximiliano: *Derecho Penal Parte General*, 2° Edición, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009.
- .Saín, Marcelo: "El leviatán azul: policía y política en la Argentina", Siglo XXI editores, Buenos Aires 2011.
- Soler, Sebastián: *Derecho Penal Argentino*, T.I, Tea, 10ma reimpresión Actualizada por Guillermo Fierro, Buenos Aires, 1992.
- Vacani, Pablo: "La medida cualitativa del tiempo de prisión preventiva cuantificable a la pena. Una comprensión temporal del trato arbitrario en prisión", Tesis doctoral, Director: Zaffaroni, R. E., Universidad Nacional de Buenos Aires, Buenos Aires, 2012.
- 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.
- 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: *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](http://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: *La medida del Castigo*, AA.VV, Director, Ediar, Buenos Aires. 2012.