

El desarrollo temporal de la pena y su redefinición cuantitativa en la etapa de ejecución.

“Estoy en buzones donde no hay agua, las cloacas están tapadas, no hay duchas, la comida se sabe que es horrible, todavía tengo impregnada en la nariz mía el olor a orín y a materia fecal que hay, encima no es mía, porque lo que hacía de cuerpo lo ponía en una bolsita y lo tiraba para afuera. Es algo asqueroso estar acá. Fijese en los buzones como se vive. Estoy todo el día encerrado. El inodoro está todo tapado con materia fecal, vómito, con mugre, con orín, con todo. Duermo a dos metros. Estoy todo el día encerrado, hace cinco días que estoy ahí adentro, pero parece más de cien”
J.L.C, entrevistado en la Unidad 46, 7 de abril de 2011.

Pablo Andrés Vacani¹
Secretario
Defensoría General de San Martín
pvacani@mpba.gov.ar
Área temática: Ejecución de la Pena

I.- Introducción

Una genealogía acerca del encierro institucional como privación temporal de la libertad ambulatoria nos acerca a la reformulación jurídica de la pena moderna contra la exorbitancia de los suplicios², producto de la desproporcionalidad de la fuerza del soberano, sin corresponderse a la magnitud de la ofensa producto del delito³. Este problema, atribuido por la limitación y falta de previsibilidad de los castigos excesivos, dio sentido al esqueleto teórico de los penalistas de la Ilustración sujeto a una idea justa de castigo por determinado tiempo, lo que definirá el momento declarativo de la condena⁴. La tarea ha sido la de representar el poder punitivo con una medida: la fuerza punitiva del Estado, producto de una sanción

¹ Este breve trabajo contiene algunas premisas y conceptualizaciones perteneciente al programa de investigación trienal (2011-2014 “La medida cualitativa de prisión en el proceso de ejecución de la pena”), financiado por la Secretaría de Ciencia y Técnica de la Universidad de Buenos Aires y dirigido por el Profesor Eugenio Raúl Zaffaroni. De aquí algunas referencias al “plural” como trabajo colectivo, sin dificultad de reconocer como propio todo aquello considerado como desacierto.

² Sin perjuicio de ello, se destaca que hacía fines del siglo XVI, la primera institución creada con el propósito específico de liberar a las ciudades de vagabundos y mendigos, fueron las llamadas “Poorhouse” o “Workhouse” (casas de corrección), que en realidad se inicia ante la necesidad del sistema capitalista inglés, por entonces el más avanzado de Europa, producto de la falta de fuerza de trabajo de reserva, cuyo objetivo principal consistía en transformar en socialmente útil la mano de obra díscola, siendo obligados a trabajar dentro de la institución hasta tiempo indeterminado, a fin de que en libertad se incorporaran libremente al mercado de trabajo. v. Rusche, G. y Kirchheimer, O., *Pena y Estructura Social*, Temis, 2da edición, 2004 (1938), pág.27-63.

³ Me remito a la maravillosa introducción con la que comienza la obra de Foucault, M., *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Siglo XXI editores, 2da. Edición argentina revisada, trad. Aurelio Garzón del Camino, Buenos Aires, 2008 (1975).

⁴ La moderación y el límite, como características básicas de la burguesía acomodada y comercial, exige un discurso de la fuerza punitiva que excluya su arbitrariedad. Esto lleva a Montesquieu a sostener que toda pena es tiránica si no está fundada en la absoluta necesidad: “lo que funda el derecho del soberano a castigar está aislado de cualquier utilidad” Montesquieu, C., *Del espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1985 (1735), pág.41. Es la utilidad, pero para ello la medida, aquello que permitirá luego a Beccaría relacionar el derecho con la fuerza legítima del soberano. Sigue para ello a Montesquieu, quién señalara “triumfa la libertad cuando las leyes penales derivan cada pena de la naturaleza particular del crimen”. Montesquieu, C., *ob. cit.*, pág. 43.

penal, se valora *en tiempo*, a la vez que se oculta de la mirada pública⁵.

El castigo civilizado asumió el carácter abstracto de la forma de mercancía y el valor de cambio de los bienes, para definir en tiempo el principio de <<equivalente general>> entre el valor que se lesiona con el delito y el derecho que se restringe como objeto de la sanción. Si la pérdida de la libertad, tiene el mismo precio para todos, al igual que la moneda, la prisión se convierte en el “castigo igualitario”⁶, de modo tal que la precisión viene también a garantizar la calidad del castigo.

De este modo la medida de pena supone, para el derecho penal, el respeto de una simetría que otorgue legitimidad al castigo a través de la idea de “proporcionalidad”⁷, lo que permitiera resolver el problema de la certeza a través del proyecto de cálculo que pudieran hacer todos jueces antes de imponer la pena⁸. Lo que esta aritmética permite indicar en el plano teórico no es otra cosa que la relación de la “medida” con la “humanidad” del castigo respecto de su justificación. El propio Caetano Filangieri se refería a que “El gran principio que debe arreglar el uso de esta especie de pena es que la ley determine su duración y objeto”⁹.

Así la mensura, la calculabilidad y la cuantificación llevan a comprender a la pena como el resultado de la adecuación de la ofensa provocada por el delito en una cantidad de poder punitivo definido en privación de libertad durante cierto tiempo lineal, considerándolo como aquel “necesario” y “adecuado”, haciendo de la cantidad de la pena una determinación de su calidad¹⁰. De este modo, la medida del castigo es, en suma, un colorario de los principios de legalidad y de retributividad, que permite la calculabilidad de las penas antes de su ejecución.

⁵ Ignatieff, M., *A Just Measure of Pain. The Penitentiary in the Industrial Revolution, 1750-1850*, New York, Pantheon, 1978, pág. 12.

⁶ Así, dice Foucault, la prisión es “natural”, como es “natural” en nuestra sociedad el uso del tiempo para medir los intercambios. Foucault, M., *ob. cit.*, pág. 267.

⁷ Principio, que si bien se remontara a la antigüedad, en razón de haber sido sancionado en la Carta Magna de 1215 (apartados 20 y 21), constituyó en la época de la Ilustración uno de los principales bastiones del desarrollo teórico durante el proceso de la revolución industrial. Así, particularmente, la obra de Cesare Beccaria de 1764 fue un acontecimiento en el pensamiento penal de la época, porque significó volver al principio de proporcionalidad entre el delito y la pena, abandonada en los regímenes absolutos. Así Beccaria sostenía: “Si la geometría fuese adaptable a las infinitas y oscuras combinaciones de las acciones humanas, debería haber una escala correspondiente de penas en que se graduasen de la mayor hasta la menos dura”. Beccaria, C., *ob. cit.*, pág. 40.

⁸ Pero también, este modelo económico del castigo, permitió relacionar a la medida de castigo con su idoneidad, rechazando la crueldad del mismo con respecto a la utilidad de sus fines: *si bien la pena nunca puede conllevar una ventaja, tampoco la crueldad resultaría a favor de la sociedad*. En este sentido Beccaria se refería a la *dulzura de las penas*, manifestando “No es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos, sino la infabilidad de ellas” Beccaria, C., *De los delitos y las penas*, 1ª reimpression, Alianza, Madrid, 2000 (1764), pág. 79

⁹ Filangieri, C., *Ciencia de la legislación*, Tomo IV, 3era edición, Librería de Lecointe, París, 1836, pág.21.

¹⁰ En esa economía del cálculo, una pena sería “costosa” para Bentham, si causara un mal mayor que el correspondiente al bien, o cuando se podría obtener de este una pena inferior, y por eso es un acto de prodigalidad, Bentham, G., Bentham, J., *Teoría de las penas y las recompensas*, Tomo I, Masson e hijos, París, 1826, pág. 21.

II.- La práctica jurídica y teórica: la adhesión a las funciones manifiestas de la ley

No obstante, lo cierto es que cualquier dato de realidad histórico¹¹, como actual¹², permite afirmar el principio de que *la ejecución de lo dispuesto en la sentencia altera la medida de privación de libertad*, y pese a que desde mediados del siglo pasado la legalidad de la pena no ha quedado únicamente sometida a su determinación en las escalas penas, sino también en la prohibición de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes¹³, sorprende que *todo el saber teórico referido en el último tiempo a la ejecución de la pena haya quedado aferrado a la racionalidad de su medida en tiempo lineal como privación temporal de libertad*¹⁴, cuando la razonable medida de castigo se contrapone en dicha etapa a esa racionalidad cuantitativa.

Justamente la prohibición de penas crueles ha definido *que la coerción punitiva siga teniendo un límite que se sustrae de aquel momento declarativo de la sentencia*, para relacionarse al trato digno que debe recibir la persona durante ese tiempo existencial. De esta manera se asegura, como una de los principales principios generales de la ejecución de la pena, que ésta tenga por objeto la privación temporal de la libertad y para ello el Estado debe asegurar determinadas condiciones mínimas de trato, establecidos en los estándares objetivos del derecho internacional de los derechos humanos.

Sin embargo, la construcción jurídica que otorga legitimidad a los planteos y

¹¹ Ya en 1777 Howard evidenciaba que las condiciones de vida en las prisiones Galesas e Inglesas en dada se parecían a la violencia punitiva que justificara el desarrollo teórico de la calculabilidad. Howard, J., *El Estado de las prisiones en Inglaterra y Gales*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2003 (1777). También v. Thomson, B., *The Story of Dartmoor Prison*, Heinemann, 1907. En nuestro medio, v. Sarmiento, D.F., *Sistema penitenciario*, El Mercurio, Buenos Aires, 1841; Simoes Pereira, *Uma visita a Casa de Detenção por um arquiteto e um engenheiro civil*, Tipografía do Jornal do Recife, Pernambuco, 1882; Ulloa, J.C., *Higiene en las prisiones*, Gaceta Médica de Lima, 67, 1859; Burgo, R., *Estudio Comparado del Sistema Penitenciario Argentino*, Tesis doctoral, Buenos Aires, 1879; Ballvé, A., *La penitenciaría Nacional de Buenos Aires*, Talleres Gráficos de la Penitenciaría Nacional, Bs. As., 1907. Bunge, C., *El problema carcelario* en *Revista Argentina de Ciencias Políticas*, Buenos Aires, 1911; Carranza, A., *Cárceles argentinas y chilenas*, Revista Argentina de Ciencias Políticas, 1915.

¹² En particular, Comité contra la Tortura, Informes Anuales sobre el sistema de la Crueldad I a V, 2004 a 2011. También v. del Grupo de Estudios sobre Sistema Penal y Derechos Humanos del Instituto Gino Germani en convenio con la CTT, "El programa de gobernabilidad penitenciaria. Un estudio sobre el despliegue del régimen disciplinario-sanciones y aislamiento, los procedimientos de requisa, los mecanismos de traslados y agresiones físicas institucionalizadas del Servicio Penitenciario Bonaerense"; Informes de Inspecciones a Unidades Carcelarias del Consejo de Defensores Generales de la Provincia de Buenos Aires, 2005-2011, entre otros

¹³ La aprobación de las famosas Reglas Mínimas para el Tratamiento del Recluso ha sido el resultado del Congreso de Ginebra de 1955, posteriormente revisadas en Kyoto en 1970.

¹⁴ Marcó del Pont, L., *Penología y sistema carcelarios*, Desalma, Buenos Aires, 1974; García Basalo, *El régimen penitenciario argentino*, Librería del Jurista, Buenos Aires, 1975; Mappelli Caffarena, B., *Sistema progresivo y tratamiento* en *Lecciones de Derecho Penitenciario*, Bueno Auras y otros, Universidad de Alcalá de Henares, 1985. Gonzalez Cano, M., *La ejecución de la pena privativa de libertad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994; Salt, M., *Los derechos fundamentales de los reclusos en Argentina*, en *Los derechos fundamentales de los reclusos en Argentina y España*, Rivera Beiras y Salt, Del Puerto, Buenos Aires, 1999; Cesano, J.L., *Derecho penitenciario: aproximaciones a sus fundamentos*, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2007, entre otros.

peticiones realizadas por detenidos y sus abogados, como así todo aquello que, por lo general, define el discurso jurídico en la ejecución de la pena, asume la falsa representación de que el transcurso del tiempo del castigo permanece sujeto a la medida de privación de libertad que ha determinado el monto de la pena formal. Sobre este sistema, la práctica jurídica quedó aferrada al contenido manifiesto de la ley de ejecución¹⁵, relacionada con los requisitos formales sobre los cuales la persona podrá recuperar paulatinamente la vigencia y ejercicio de su libertad personal que fuera privado por la medida de encierro, hasta alcanzar el pleno goce de ellos con el agotamiento de la pena. Estos requisitos están vinculados en alcanzar cierto guarismo de conducta (v., particularmente art. 29 y 104 2do párrafo ley 14.296) y el de obtener el dictamen favorable del Departamento Técnico Criminológico (art. 13 Código Penal; artículo 17 ley 24.660; art. 20, 23, 27 apartado III y IV, Régimen de Modalidades Básicas dec. 396/99; art. 95 ley 12.256).

De esta manera el tiempo de la pena se equipara al tiempo cronológico de los plazos que la ley indica para obtener salidas transitorias, libertades asistidas o condicionales, excluyendo cualquier incidencia si la calidad del castigo no ha sido aquel definido en la sentencia, provocando la atipicidad y la imprevisibilidad de los contenidos de la privación de libertad¹⁶. Así, el tiempo de prisión, como lapso vivido y sujeto a determinadas condiciones de trato punitivo, es resignificado por la ley en una “duración informe”¹⁷, considerado como mera duración, un tiempo lineal equivalente a la medida de privación de libertad, con la finalidad de procurar la reinserción social de la persona, sin considerar el castigo que se le ha estado proporcionando en ese período.

¹⁵ El problema de la adhesión de la práctica jurídica a la ley consiste en identificar derecho penal con legislación penal, cuando éste es sólo parte del objeto del saber penal (acto del poder político). El problema es que ésta identificación conlleva a otra, es decir, equiparar derecho penal con poder punitivo, cuando particularmente el espacio de prisión opera con reglas autónomas a las jurídicas, aunque su discurso siempre se conserve aferrado a las funciones manifiestas de la ley. Si incorporamos al saber el trato punitivo no sólo es posible quebrar esa identidad sino pensar las consecuencias jurídicas respecto al modo en que esa dinámica de poder tiene efectos concretos en el desarrollo temporal de la pena.

¹⁶ Es preciso reconocer, sostiene el mismo Ferrajoli, que la cárcel ha sido siempre, en oposición a su modelo teórico y normativo, mucho más que la “privación de un tiempo abstracto de libertad”. Luego continúa “...tanto los sufrimientos físicos como los psíquicos sustraen además a la pena de cárcel sus caracteres de igualdad, legalidad y jurisdiccionalidad (...) Hasta el carácter “típico” y “formal” de la pena moderna viene desmentido, en fin, por el funcionamiento concreto de la institución carcelaria, que se ha convertido en una sociedad mitad *salvaje* y mitad *disciplinar* a causa de la simultánea anomia de las relaciones entre los presos y de los poderes internos de vigilancia y de control. Ferrajoli, L., *Carcere e diritti fondamentali*, en *Questione giustizia*, nro.2, 1982, pág. 358 citado en *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*, Trotta, 2001, pág. 413.

¹⁷ Matthews, R., *Doing time. An introduction to the Sociology of Imprisonment*, Macmillan Press, New York, 1999, pág. 65.

III.- Determinación de los problemas

Este sistema sustenta una matriz epistemológica falsa que reproduce un discurso legitimante del poder punitivo, al punto que toda la cantidad de información relativa al aumento de las condiciones violentas de castigo¹⁸, en nada está relacionado con la idea de “proporcionalidad” y de “doble punición” en el proceso de ejecución de la pena, cuando las condiciones de su duración están aferradas a la naturaleza del objeto que justificara esa cantidad de castigo en tiempo lineal. Esta racionalidad cuantitativa ha permitido sostener diversas ficciones que continúan reproduciendo las resoluciones judiciales, entre las cuales pueden destacarse cuatro: a) la prisión es equivalente a la privación de libertad y por lo tanto, funciona sobre los fines que la ley plantea; b) el tiempo de prisión es asimilable a la duración cronológica del tiempo social; c) el espacio de prisión está determinado sobre las condiciones de orden y disciplina que protege la ley d) el tiempo de la pena es proyectivo, supone a la persona detenida como sujeto que vive y se desarrolla positivamente en prisión, en miras hacia su reintegración social

Sujeto a este modelo lo que la doctrina ha definido por “progresividad” de la pena, *conserva una elevada abstracción intelectual que desnuda de todo contenido dinámico el tiempo de prisión*, para reforzar el sentido lineal y uniforme de un tiempo abstracto, suponiendo que todo detenido, una vez alcanzado determinado período temporal en prisión se encontrará en condiciones de avanzar hacia regímenes más atenuados, u obtener su incorporación a regímenes menos severos mediante las condiciones que establecen los institutos de semilibertad o semidetención, salidas transitorias, libertad asistida o libertad condicional.

De este modo, si el principio de progresividad de la pena se define independientemente del modo en que el poder punitivo se haya ejercido sobre la persona durante ese proceso temporal, también se omite el dato relevante respecto al modo en que las condiciones de vida en prisión impactan sobre las posibilidades que verdaderamente los detenido/as tienen de alcanzar cierto guarismo de conducta u obtener un resultado favorable del informe criminológico. Entonces, el principal problema es que *la ejecución de la pena está desprovista de un saber penal que*

¹⁸ En particular, Informes del Comité Contra la Tortura, El sistema de la Crueldad I a IV, 2004-2011; Banco de Datos de Torturas y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes de la Defensoría de Casación Penal; Registro Único de Detenidos de la Procuración de la Provincia de Buenos Aires, carga de visitas a lugares de detención; Subsecretaría de Derechos Humanos de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires; Informes del Consejo de Defensores Generales sobre inspección de unidades penitenciarias en materia de superpoblación y salud.

permite determinar las consecuencias dogmáticas que el incumplimiento de las directivas de trato tiene con la medida de pena determinada al momento de la sentencia, como también con respecto a los requisitos formales que exige la ley para avanzar en los diferentes regímenes.

IV.- Hipótesis

Frente a ello, la hipótesis de trabajo es que siendo la ejecución de la pena un proceso supeditado a la alteración de la naturaleza de su objeto, es necesario *comprender el principio “progresividad” de la pena como resultado de una redefinición de su cuantificación* en este proceso, aminorando su duración establecida en la sentencia, producto de la medida mayor de castigo provocada por el trato punitivo que superara la privación de libertad. De este modo, es necesario una desarrollar un saber penal en la etapa de ejecución que esté directamente relacionado el trato punitivo aplicado¹⁹, para desde allí la operatividad que puedan tener los principios de proporcionalidad y de prohibición de doble punición, cuando ese castigo no haya respetado el objeto de la medida lineal, posibilitando como consecuencia concreta una alteración de su duración respecto de las condiciones de su cumplimiento²⁰.

Por el contrario, si el tiempo lineal, equiparado al cronológico, es idéntico en todos los casos, y sobre esa medida temporal se determina cada uno de los institutos de la ley de ejecución, la medida de castigo no tendría consecuencias sobre aquellas manifestaciones ilícitas del poder punitivo que la refutaran. De resultar así, no sólo se habilitaría la ejecución de una penal legal, sino también de otras ilícitas, asimilando éstas a las primeras, desnaturalizando a la crueldad como pena más severa, que altera ese razonamiento de “proporcionalidad” que la determinara.

¹⁹ Explica Zaffaroni “que no se trata del saber referido a lo materialmente necesario para llegar a un pronunciamiento que habilite la continuación de un proceso de criminalización secundaria, basado en el tiempo físico o mensurable, sino de un saber acerca del trato que debe recibir una persona sometida a un sufrimiento durante el tiempo existencial del mismo”. Zaffaroni, E.R., *Cronos y la aporía de la pena institucional (acerca de la interdisciplinariedad constructiva del derecho penal con el derecho de ejecución penal)*, en Liber ad honorem. Sergio García Ramírez”, UNAM, 1998, pág. 1530.

²⁰ Este trabajo no es innovador en la propuesta, pues supo enunciarla Luis Silvela en su trabajo *El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, 1903, pág. 452, aunque previamente, quien permitiera desarrollar una perspectiva crítica del principio de proporcionalidad penal es Giovanni Bovio, profesor de filosofía del Derecho de la Universidad de Nápoles, en su trabajo *Saggio critico del diritto penale* de 1872, para señalar la contradicción intrínseca de una proporción entre términos heterogéneos como resulta con el delito y la pena. Tomando el trabajo del primer autor, se ha señalado que “dejar abierta la decisión sobre la responsabilidad hasta el agotamiento de la pena es una necesidad derivada de la proporcionalidad que debe regirla para evitar una irracionalidad intolerable, que se desprende de la fijación del delito y el desarrollo temporal de la pena”. Zaffaroni-Alagia-Slokar, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000, pág. 1016; anteriormente Slokar, A., *Culpabilidad y pena: Trazos críticos sobre la cuantificación punitiva (por una indeterminación judicial relativa)*, La Ley, Año LXI n° 224, 20 de noviembre de 1997.

Lo que decimos, entonces, es que la ejecución de la pena habilita una redefinición cuantitativa cuando el castigo aplicado ha desmentido esa medida proporcional fijada en la sentencia y dicha alteración se impone cuando el desarrollo temporal de la pena ha sido pasible, total o parcialmente, de tratos arbitrarios. Para ello es necesario comprender que el principio de progresividad sólo define las consecuencias jurídicas al tiempo lineal que indica la ley, cuando el desarrollo temporal de la pena no ha tenido manifestaciones más gravosas de castigo. No obstante, para refutarlo, deberá comprender el tiempo vivenciado de prisión, *lo que exige redefinir la noción de “progresividad” por el de “temporalidad”*, permitiendo no sólo cuestionar esa medida de proporcionalidad del castigo respecto de las condiciones de vida en prisión sino redefinir esa medida de cuantificación sobre ese monto inicial de la sentencia.

V.- El sistema de determinación cuantitativa de la pena durante su ejecución.

Si el Estado no brinda los medios para garantizar un trato digno, la progresividad de la pena se ve alterada por un tiempo de prisión que supone una sucesión de actos que empeoran la situación de los bienes jurídicos de las personas privadas de libertad, exponiéndolos a peligros que antes no lo afectaban²¹. De esta manera, tomando la crítica de Giovanni Bovio, a la relación proporcional de la pena con la ofensa del delito, se le agrega en esta etapa la otra relación de proporción respecto de los bienes jurídicos afectados por ese exceso de castigo²². Así el desarrollo temporal de la pena puede indicar que *la calidad de trato punitivo tiene una variada influencia cuantitativa* respecto de las distintas intensidades del trato punitivo.

Esta determinación punitiva supone un proceso complejo que se justifica, en principio, mediante un sistema que permite traducir determinada calidad del trato punitivo en una cantidad que supera la medida de la pena en relación al plazo temporal que determina la ley de ejecución. Esta influencia cuantitativa únicamente

²¹ La diferencia que estas formas de lesión conlleva con su desarrollo en el tiempo social v. Mosconi, G., *Tiempo social y tiempo de cárcel*, en Secuestros institucionales y derechos humanos. La cárcel y el manicomio como laberinto de obediencias fingidas, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 93.

²² Sobre el principio general que “No hay proporción entre términos heterogéneos”, Bovio sostiene que la proporcionalidad penal contiene *existe una contradicción interna* y esta deriva en la exigencia de una proporción imposible entre el delito y pena, pues entre éstos existe una relación inmediata que se establece entre dos términos (delito-escala) y por otro lado, delito y pena son términos heterogéneos. La relación inmediata que se establece sólo entre dos términos (delito-escala) admite que no hay proporción, es decir, no hay mediación con la pena respecto del contenido del castigo, sujeto a una medida apropiada. La pena no tiene otro término para la ecuación de razones. *Estamos ante dos razones y tres términos, no cuatro*. Bovio, G., *Saggio critico del diritto penale*, Biblioteca Universale Antica e Moderna, Milán, 1902, pág. 79, particularmente tomado en Messuti, A. *Delito, pena, tiempo: una proporción imposible*, en Revista Ultima Ratio, Lumen Juris Editora, San Pablo, 2006.

podrá valorarse analizando la trayectoria biográfica del condenado en prisión, en relación a las condiciones de trato aplicadas²³.

Pueden, por lo tanto, existir diferentes reacciones punitivas donde converjan, en forma simultánea o de manera independiente, lesiones concretas al principio de humanidad, ya sea por constituirse en un mismo acontecimiento temporal o en diversos acontecimientos durante el proceso temporal cumplido. Esto indica que *el trato arbitrario comprende momentos determinados en el tiempo de prisión*, en tanto pueden manifestarse penas ilícitas diversas que suponen un inicio del agravamiento y un cese de ese trato cruel dentro de un período de tiempo concreto o reiterarse estos agravamientos en el tiempo como también prolongarse durante el período de prisión²⁴.

Lo relevante es representar al desarrollo temporal de la ejecución de la pena como producto de una variada cantidad de tratos arbitrarios, los cuales pueden tener lugar en un mismo acontecimiento temporal o en diferentes acontecimientos, y cada uno de éstos, en razón de existir tratos arbitrarios múltiples, responderán a intensidades y cualidades diferentes que redefinirán cuantitativamente la pena.

Esto supone, al menos, tener en cuenta dos cuestiones básicas: por un lado, que el monto de la pena establecida en la sentencia opera como máximo siempre en la valoración de su objeto como privación temporal de libertad ambulatoria, y que su reducción, producto de una medida mayor de castigo, exigirá valorar esa cantidad atento a los bienes jurídicos tutelados por la ley constitucional. La principal consecuencia práctica es que, atento a la reducción sobre el monto de la pena legal, el detenido no estará necesariamente sujeto a los requisitos que la ley impone para avanzar progresivamente en el régimen, si el Estado ha aplicado en ese período un trato prohibido constitucionalmente. Sería de una irracionalidad intolerable exigirle “conducta” o “pronóstico favorable” a quién haya sido trasladado innumerables veces o no ha recibido alimentación adecuada en cantidad y calidad o no se le ha brindado

²³ Es ininteligible el tiempo histórico sin el relato, en tanto este resulta una construcción que define y ordena aquellos tratos arbitrarios que han pertenecido a ciertos acontecimientos. Es fundamental entender que *los acontecimientos no se presentan en sí mismos como relatos*, sino que a éstos debe dársele un aspecto de *narratividad*, pues para determinar las cualidades del trato aplicado resulta relevante la naturaleza narrativa del propio tiempo transcurrido. está precedido por estos acontecimientos que integran el relato, siendo parte del trabajo jurídico descubrirlos y valorarlos, dando cuenta del componente activo que tiene la relación de comunicación con el/la detenido/a, posibilitando un trabajo específico de representación que implica “dotar de una trama a una secuencia de acontecimientos”. White, H., *The Content of the Form. Narrative Discourse and Historical Representation*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1987, pág. 19.

²⁴ Por ejemplo, del 4 de octubre al 21 de ese mismo mes el Señor X fue golpeado por tres agentes penitenciario, a los cinco días fue trasladado al penal de Sierra Chica lo que imposibilitara su vínculo familiar, para luego ser alojado en un celda de aislamiento, donde al cabo de tres días recibió varios manguerazos de agua fría, circunstancia que, atento a las condiciones climáticas adversas, le provocara una hipotermia, al punto de ser internado en el área de sanidad de ese penal donde registró altas temperaturas durante una semana, sin recibir en dicho tiempo la adecuada atención médica.

las condiciones de seguridad en el pabellón donde fuera alojado²⁵; por otro lado, esta redefinición cuantitativa no necesariamente tendrá que estar sujeta al plazo temporal determinado por la ley en los casos de salidas transitorias, asistida o condicional, sino que podrá plantearse en cualquier etapa del proceso.

VI.- Conclusión

Entonces, como principio general, toda coerción con manifestaciones ilícitas del trato punitivo, al igual que la pena legal, ha de estar sujeta a un proceso de determinación de circunstancias relativas a los hechos que la caracterizaran como los intereses afectados²⁶. Este proceso se inicia en la individualización del trato punitivo para determinar si estos hechos han superado la restricción inherente de sufrimiento que conlleva la privación temporal de libertad. Aquí no sólo se trata de determinar los hechos que implicaran condiciones de trato no adecuadas a las Reglas Mínimas sino individualizar a través de tales normas constitucionales comprometidas, aquel derecho afectado para luego identificar el valor de ese bien jurídico de acuerdo a la norma penal²⁷.

Esto indica, por una parte, una primera valoración posible *partiendo de la jerarquía del derecho lesionado* que afectó la falta de diligencia del Estado²⁸. En principio, en caso que sea uno el trato arbitrario adoptamos *el mínimo legal como regla general* de la escala penal prevista para el bien jurídico afectado por el trato punitivo²⁹, siendo éste el punto de ingreso que marca la relación proporcional respecto del valor otorgado por la norma penal al derecho afectado por el trato

²⁵ Este marco de racionalidad penal en el desarrollo temporal de la pena siempre está sujeto al cumplimiento de la directiva de trato, pues los institutos relacionados al avance progresivo de la pena están determinados sobre el tiempo lineal que supone su objeto, de manera tal que si en su duración se alterara, el requisito formal que la ley plantea resultaría carente de validez.

²⁶ Hirsch, A. v., *Censure and Sanctions*, Oxford University Press, 1993, pág. 68.

²⁷ La ley constitucional, dice Zaffaroni, "prescribe cómo deben ser las penas, pero, lógicamente, admite como dato de realidad que las penas pueden ser crueles y, justamente, ese dato de realidad es el supuesto fáctico que da vida a los tipos penales" Zaffaroni, E.R., *Las penas crueles son penas*, en Lecciones y Ensayos n° 66, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Departamento de Publicaciones, Universidad de Buenos Aires, 1996, pág. 22. Una cosa es el hecho innegable que los tratos arbitrarios tienen como referencia fáctica la producción de esta clase de delitos, y otra es que esas acciones supone un trato que supera la restricción de la libertad ambulatoria, estando prohibido por la ley constitucional y que su contenido es valorado por la ley penal.

²⁸ Según el informe anual 2010 del Comité contra la Tortura el 52.9% de las causas se concentra en el tipo apremios ilegales y el 14.1 en el tipo de lesiones. De los 687 casos de lesiones en las 4.861 causas registradas en 18 departamentos judiciales, se registran 521 lesiones leves, 137 lesiones en riña, 16 lesiones culposas, 12 lesiones graves y 1 lesión gravísima. Si se suman las causas por apremios ilegales y lesiones, el guarismo asciende a 67%. O sea: casi 7 de cada 10 delitos cometidos por el trato aplicado en territorio bonaerense son calificados con estas dos figuras

²⁹ Para Elhart el punto de ingreso debe estar dado por un marco acotado al que se ingresa por el mínimo necesario para que la ley sea tomada en serio, calculado dentro de la escala penal y que surge de una apreciación de prevención general positiva. Así, Elhart, R., *Individualización judicial de la pena y prevención general positiva*, en El derecho penal, editorial El Derecho, 2005, pág. 26

punitivo. Sujeto al criterio de estricta racionalidad penal, el mínimo de la escala permite determinar que la respuesta punitiva del Estado ha generado mayor sufrimiento que el inherente a la privación de libertad, suponiendo ello una medida que, por ser mayor, podrá alcanzar el monto definido en tiempo lineal o reducir el tiempo que reste ejecutarse.