

“LAS PRECONDICIONES DEL REPROCHE ESTATAL Y LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD”.¹

Por Juan Ignacio Diaz

Profesor de Derecho Penal II -“Parte Especial”-,
Facultad de Cs. Jurídicas y Políticas,
Universidad de la Cuenca del Plata (UCP), Corrientes, Capital.
E-mail: sirnacho_diaz@hotmail.com

Resumen

En el presente trabajo se pretende abordar, por un lado, algunas reflexiones sobre las ideas planteadas entre democracia, derecho penal, castigo y ejecución penal, y por otro lado, este análisis emprende una excusa para indagar sobre el fin de la pena en el derecho positivo y en la ejecución de la pena privativa de libertad, como “reinserción social” y sus consecuencias en la respuesta judicial. Ahora bien, estas cuestiones dejan ver que, si el Estado no cumple con sus obligaciones morales (como por ejemplo: cumplimiento efectivo de los derechos y garantías constitucionales e internacionales, en especial los concernientes a derechos humanos) pierde autoridad para llamar a rendir cuentas a una persona que ha cometido un delito, y en específico a aquellos ciudadanos que se encuentren encerrados.

Palabras Claves: condiciones - reproche estatal – democracia – castigo - ejecución penal - reinserción social – legitimación moral.

¹ * Quiero agradecer al Dr. Hernán D. Grbavac y a Adriana Belén Pujol por su colaboración, discusión y sugerencias para el presente trabajo.

** El trabajo es una Ponencia aceptada y expuesta en el “V Congreso de Derecho de Ejecución Penal”, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA), evento organizado por el Centro de Estudios de Ejecución Penal de la UBA, los días 3 y 4 de agosto de 2017, Buenos Aires, Argentina. La misma fue debatida en la Comisión “Control judicial de la pena y respuesta judicial ante violaciones a DD HH en el encierro” de dicho encuentro.

*** El presente trabajo es una secuela del artículo denominado “*Los Fines de la Pena en la Jurisprudencia Provincial de los Superiores Tribunales de Justicia de Chaco y Corrientes*” de mi autoría, presentado en el marco del Proyecto de Investigación “*El alcance de los principios de la responsabilidad penal en las sentencias de los Superiores Tribunales de Justicia de Chaco y Corrientes*” (UCP, Resolución de Rectoría N° 347/16), que se realiza a través de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad de la Cuenca del Plata (UCP).

I. Introducción

En el presente trabajo se pretende abordar, por un lado, algunas reflexiones sobre las ideas planteadas por Antony Duff concerniente a la relación que existe entre democracia, derecho penal, castigo y ejecución penal, y por otro lado, este análisis emprende una excusa para indagar sobre el fin de la pena en el derecho positivo y en la ejecución de la pena privativa de libertad, como “reinserción social”. Por último, se examinarán los fines de la pena en la ejecución de la pena privativa de libertad en la jurisprudencia argentina. Asimismo, en el trabajo se pretende repensar algunos puntos de la teoría penal de Carlos Nino en lo concerniente a la validez de las normas penales y la relación que existe entre derecho penal y democracia.

En el análisis y reflexión que se realizará a lo largo del trabajo se pretende responder este interrogante: ¿las violaciones de derechos humanos, inclusive la respuesta judicial, pueden disminuir o perder sus fundamentos o estabilidad si las precondiciones del reproche estatal ocurren en condiciones de injusta desigualdad, ya que el Estado pierde legitimidad moral para ejercer ciertos reproches?

Por consiguiente, los quebrantamientos de derechos humanos, inclusive la respuesta judicial de aplicar a una persona la reincidencia, o negarle las salidas transitorias por informes negativos, entre otras, pueden disminuir o perder sus fundamentos o estabilidad, si las precondiciones del reproche estatal, en condiciones de injusta desigualdad suceden (cárceles superpobladas, torturas, apremios ilegales, castigo de los reos, desorden entre los encarcelados y violencia constante entre los presos sin intervención de las autoridades, etc.), puesto que el Estado pierde legitimidad moral para ejercer ciertos reproches.

II. Democracia, derecho penal y castigo

En el último tiempo se ha acrecentado la indagación sobre la relación que existe entre *democracia* y *derecho penal*, lo cual se ha debido a que algunos autores liberales, como en Argentina lo fuera Carlos Santiago Nino, han influenciado a otros en esta búsqueda. En la actualidad, encontramos a aquellos que siguen explorando el vínculo existente entre derecho penal y democracia, como Antony Duff y Roberto Gargarella, por citar algunos. Por un lado, Carlos Santiago Nino ha expresado con razón que la relación entre “el contenido del derecho penal y un sistema democrático de gobierno, es al mismo tiempo obvia y enigmática”.

Desde los postulados de sus obras, Nino promulgó un modelo de Estado Constitucional, fundamentado en ideas de democracia deliberativa, en la cual trató de justificar y proteger los Derechos Humanos y explicar una Teoría de la Constitución.² Por otro lado y adelantándose a las ideas Antony Duff, el autor ha defendido la aceptación de concepciones participativas y deliberativas de la democracia para el derecho penal. Duff sostiene que podemos y deberíamos aspirar a un derecho penal democrático que sea inclusivo y no excluyente, es decir un derecho penal proporcionado para que los ciudadanos de un sistema político republicano se lo impongan a sí mismos y unos a otros. Para Antony Duff, la teoría del castigo debería ser una rama de la filosofía política y no exclusivamente de la filosofía moral.³

La teoría de Duff se sostiene en la idea de que el sistema político sea de los ciudadanos, con un derecho penal democrático que sea inclusivo (y no excluyente), lo que implica que el derecho penal no es algo que “ellos” (un soberano, dictador, una élite gobernantes) nos impongan a “nosotros” como sus súbditos, ni algo que “nosotros” les impongamos a “ellos”. Esto es aspirar a una democracia real, en términos de Antony Duff.⁴

Ahora bien, la doctrina clásica se ha “demorado”, no se ha detenido en el análisis de la relación entre democracia y derecho penal. En conformidad a lo dicho, Roberto Gargarella considera que: “a pesar de las obvias conexiones existentes entre la teoría democrática y el Derecho Penal, las dos disciplinas no han tendido a confluir. Los filósofos políticos en general y los teóricos democráticos en particular apenas se han interesado por las cuestiones básicas del Derecho Penal. Esta omisión resulta desconcertante si se tiene en cuenta que el Derecho Penal aborda de hecho algunos de los temas más relevantes y dramáticos relacionados con el uso de los poderes coercitivos del Estado”.⁵ Del mismo modo, Gargarella recuerda con alegría a los

² Véase, Nino, Carlos Santiago. “*Los Escritos de Carlos S. Nino. Fundamentos de Derecho Penal*”. Vol. III, p. 13, Gustavo Maurino (Editor), Buenos Aires, Gedisa, 2007.

³ Véase, Duff, Antony R. “*Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*”. p. 27, 1º Edición, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2015.

⁴ Véase, Duff, Antony R. “*Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*”. p. 30, 1º Edición, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2015.

⁵ Gargarella, Roberto. “Democracia y Derecho Penal”. *Revista EN LETRA*, Tomo I Dossier: Reforma del Código Procesal Penal de la Nación y Anteproyecto de Reforma del Código Penal de la Nación Año II, Nº 3, p. 20, Buenos Aires, 2015.

filósofos que se interesaron por encontrar un vínculo entre derecho penal y democracia: John Rawls en el mundo angloamericano, Jürgen Habermas en Europa continental y Carlos Nino en América Latina.⁶ Debe quedar claro, siendo además incuestionable como lo señalaba Nino, que el derecho penal de los Estados no democráticos, como aconteció en Alemania en época nazi, se diferencia de los Estados democráticos, en lo concerniente al castigo.⁷

En Argentina después de una larga y cruel dictadura (1976-1982), se instaló en marzo de 1983 la democracia, en donde se implantó un complejo régimen democrático. Un amplio conjunto de leyes que establecían delitos y procedimientos penales tuvieron que ser reemplazados. Así por ejemplo, leyes que definían abierta y vagamente la subversión, la competencia de los juzgados militares sobre estos y otros delitos, la penalidad de la tenencia de drogas declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Bazterrica”, actos de tortura a los que se les impuso penas severas, etc. Es incuestionable que las leyes penales dictadas por un sistema democrático generalmente difieren de las expresadas por un régimen autoritario en la variedad de actos que definen como delitos, en el hecho de que dichas definiciones son más precisas y nunca se estipulan retroactivamente, en el tipo y grado de castigo al que se recurre, y además en la equidad de los procedimientos judiciales que instauran.⁸ Las leyes penales dictadas por procedimientos democráticos inspiran a respetar y a cumplir los presupuestos de los principios liberales sobre los derechos humanos y la punición. Con razón ha manifestado Nino que la democracia “significa regla de la mayoría y es difícil identificar el vínculo entre ese proceso y un particular resultado de él”.⁹

En resumidas cuentas Carlos S. Nino expresaba que “el origen democrático de las leyes penales afecta profundamente la justificación moral de estas leyes: provee una presunción de que su contenido es justo, lo cual es condición que se combina con otra,

⁶ Véase, Gargarella, “Roberto. Democracia y Derecho Penal”. *Revista EN LETRA*, Tomo I Dossier: Reforma del Código Procesal Penal de la Nación y Anteproyecto de Reforma del Código Penal de la Nación Año II, Nº 3, Buenos Aires, 2015.

⁷ Véase, para mayores precisiones al respecto en Nino, Carlos Santiago. “*Los Escritos de Carlos S. Nino. Fundamentos de Derecho Penal*”. Vol. III, Gustavo Maurino (Editor), Buenos Aires, Gedisa, 2007.

⁸ Véase, Nino, Carlos Santiago. “*Los Escritos de Carlos S. Nino. Fundamentos de Derecho Penal*”. Vol. III, pp. 13-14, Gustavo Maurino (Editor), Buenos Aires, Gedisa, 2007.

⁹ Véase, Nino, Carlos Santiago. “*Los Escritos de Carlos S. Nino. Fundamentos de Derecho Penal*”. Vol. III, p. 14, Gustavo Maurino (Editor), Buenos Aires, Gedisa, 2007.

como el consentimiento, para la legitimación de su aplicación coercitiva a través de la imposición de castigo y, dada la limitación de esta presunción a las cuestiones de moral intersubjetiva, genera, en combinación con los supuestos liberales, un fuerte escudo contra instrucciones penales sobre la autonomía personal”.¹⁰ Señala Gargarella: “Para Nino, la validez de las normas se veía favorecida y reforzada por procesos de discusión como los que resultaban propios de un sistema democrático. El proceso de creación de la ley aparecía así conectado con la fuerza normativa de su contenido. Y aunque, en principio, teóricamente, una norma podía terminar siendo justa o injusta con independencia de su proceso de creación, Nino diría que el proceso democrático nos confiere razones especiales para considerar que el contenido de la norma es justo. El debate democrático ayudaba entonces a que las normas así generadas cuenten con una fuerte (aunque rebatible) presunción de validez”.¹¹

De ahí que deba arribarse a la conclusión de que debe sostenerse la idea de un Estado democrático y liberal del derecho penal en el cual se resguarden los derechos humanos de las personas, en referencia a la protección de la dignidad, la autonomía personal, y la inviolabilidad de la persona.¹² Estos tres principios de los derechos

¹⁰ Véase, Nino, Carlos Santiago. “*Los Escritos de Carlos S. Nino. Fundamentos de Derecho Penal*”. Vol. III, p. 24, Gustavo Maurino (Editor), Buenos Aires, Gedisa, 2007.

¹¹ Gargarella, Roberto. “El punto de encuentro entre la teoría penal y la teoría democrática de Carlos Nino”. p. 191, Publicado en la *Revista Análisis Filosófico*, XXXV N° 2 - ISSN 0326-1301, noviembre, 2015.

¹² Véase, Nino, Carlos Santiago. “*Los Límites de la Responsabilidad Penal. Una Teoría Liberal del Delito*”. Buenos Aires, Astrea, 1980; “*Ética y Derechos Humanos. Un Ensayo de Fundamentación*”. 2° Ed., ampliada y revisada, Buenos Aires, Astrea, 1989; y Grbavac, Hernán D. “*Hacia una teoría alternativa de la responsabilidad penal*”. Contexto, Resistencia, 2014. Al respecto Carlos S. Nino conceptualiza estos tres principios del siguiente modo: **el principio de dignidad de la persona**: consiente tener en cuenta decisiones o actos deliberados de individuos como una base adecuadamente válida para contraer obligaciones, adjudicarse responsabilidades y perder derechos. De esta forma, es posible imaginar un proceso dinámico en el cual los derechos pueden ser transferidos y perdidos de manera que algunas personas puedan disminuir su autonomía a favor de acciones de otros; **el principio de autonomía de la persona**: reside en la libertad de todo ser humano para adoptar pautas morales que guíen su conducta, es decir, tanto normas que orienten su comportamiento frente a otros, como estándares morales relativos al propio individuo. Para Nino, la moral vislumbra dos dimensiones: 1) la moral privada o autorreferente: es la que tiene por contenido el conjunto de ideales de excelencia personal que evalúan las acciones de los individuos por sus efectos en la calidad de vida del propio individuo, y 2) la moral social o intersubjetiva: se refiere al conjunto de principios que valoran o enjuician las acciones de los individuos

humanos combinados componen la base de una concepción liberal de la comunidad, en la perspectiva de Carlos S. Nino (a la cual adhiero). En definitiva y bajo esta tesis, la Ley N° 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad del año 1996 y sus posteriores modificaciones, gozan de una presunción de validez por su origen democrático, lo que “supone o presume” entender que su contenido es justo y válido, aunque “rebatible”.

III. Algunas reflexiones de Antony Duff sobre el castigo

El profesor Antony Duff es conocido por su labor de catedrático en la Facultad de Derecho de Minnesota, y también por ser uno de los autores más prestigiosos en relación a sus teorías acerca del castigo y la vinculación de su obra con el derecho penal y la democracia. Lenguaje, derecho y sentido común son vocablos expresados en su famosa *teoría comunicativa del derecho*, colocándolo en la escena principal del derecho penal liberal.

Una de las nociones que brinda Anthony Duff más lúcidas en relación al derecho penal democrático es: “sostener que podemos y deberíamos aspirar a un derecho penal democrático que sea inclusivo y no excluyente; un derecho penal apropiado para que los ciudadanos de un sistema político republicano se lo impongan a sí mismos y unos a otros”.¹³ El ciudadano debe desempeñar un rol activo en concordancia con el derecho penal, esos roles son sociales y jurídicos (su fuente es la dimensión normativa). Ahora bien, Duff ha reflexionado en referencia al castigo de los ciudadanos: ¿hay que pensar el derecho penal como una práctica aislada del resto de la sociedad? ¿una práctica de especialistas, ligada a la tipificación de los delitos, el castigo y la preservación del orden?

Antony Duff entiende que los sistemas de justicia actuales son excluyentes, porque conciben a los delincuentes como personas en esencia diferentes del resto y

por sus efectos sobre los intereses de otros sujetos distintos del agente; y *el principio de inviolabilidad de la persona*: que dispone que ningún individuo deberá ser privado de aquellas condiciones necesarias para la realización de su autonomía, con la explicación de que dicha privación favorece a otros individuos. Este principio prohíbe que se disminuya la autonomía de una persona con el fin de aumentar la de otros, es decir, las personas deben ser tratadas no como medios sino como fines en sí mismos.

¹³ Duff, Antony R. “*Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*”. p.27, 1° Edición, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2015.

suelen pensar su propia función en términos de una “guerra contra el crimen”.¹⁴ Véase que nuestro ordenamiento jurídico argentino reconoce que el fin de la pena es la “reinserción social o resocialización” del delincuente, palabras que denotan que el ciudadano está fuera de la sociedad, y es el Estado el que tiene que recuperar a esa persona marginada y excluida por el delito que cometió: reinsertarla en la sociedad.

Por consiguiente, veamos la relación entre derecho y lenguaje: la Real Academia Española (RAE) no reconoce el concepto de “resocialización”. La expresión socialización es puntualizada como el proceso y el resultado de “socializar”¹⁵, es decir, es el impulso de condiciones que contribuyen al desarrollo de los ciudadanos para que se adapten a las normas de comportamiento social. Se ha interpretado que la inclusión del prefijo “re” antes de la palabra socializar formaría lo que conocemos como “resocializar”. En consecuencia, la resocialización consiste en volver a socializar. Entonces los fines de la pena en la ejecución penal pueden ser interpretados como reintegración de un ciudadano a su comunidad, después de que quedara excluido por algún delito. Los términos que utiliza la ley penal y muchas veces la doctrina para explicar la letra de la norma, son vagos y ambiguos, esto se debe a que el lenguaje en el mundo del derecho plantea dificultades interpretativas, por la forma en que es proyectado. No debería haber ningún problema en interpretar la resocialización o reinserción social en los términos que expone Duff¹⁶, es decir en sentido inclusivo y

¹⁴ Véase, Duff, Antony R. *“Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad”*. 1º Edición, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2015.

¹⁵ Véase, que el Diccionario de la Real Academia Española, estipula el significado de la palabra socializar: “1. tr. Transferir al Estado, o a otro órgano colectivo, algo de propiedad privada, especialmente un servicio o un medio de producción. Socializar la banca. 2. tr. Extender al conjunto de la sociedad algo limitado antes a unos pocos. Socializar la cultura. 3. tr. Adaptar a un individuo a las normas de comportamiento social. 4. intr. Hacer vida de relación social. Para los niños es indispensable socializar”.

Disponible en: <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=socializar>

¹⁶ Véase, Duff, Antony R. *“Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad”*, 1º Edición, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2015. Al respecto Antony Duff considera que el derecho penal y los ciudadanos deben compartir un mismo lenguaje. Esto se garantiza a través de un derecho penal que se pronuncie esgrimiendo un lenguaje normativamente comprensible para los ciudadanos. De este modo los ciudadanos pueden reconocer la voz del derecho penal como su propia voz. De la misma manera se garantiza que el derecho penal refiera con un lenguaje apropiado para llamar a responder a quienes han cometido algún delito. En consecuencia, el lenguaje debería ser del pueblo. Si el lenguaje en que se expresa el derecho penal resulta normativamente inaccesible para los ciudadanos estos no se considerarán violentados por él. En efecto, la comunidad no estará en condiciones de exigir

activo en el rol, donde el ciudadano que cumple una condena es llamado a rendir cuentas y a reparar el daño que cometió.¹⁷

Así presentado el tema, seguiré con algunas apreciaciones de Duff, puesto que él coloca el acento en el rol cívico de quien ha cometido una falta y es llamado a rendir cuentas por ello. En definitiva, señala Antony Duff que el autor del delito tiene que ser interpelado como ciudadano, en el lenguaje que pueda comprender, y adoptar un papel activo respecto de sus deberes. Asimismo, agrega que el sistema en su conjunto tiene el deber de tratarlo como miembro de la comunidad política en todas las etapas del proceso, incluyendo la etapa de ejecución penal. Ha manifestado Duff que “si el derecho penal pretende ser legítimamente democrático deber ser un derecho que pertenezca a los ciudadanos del sistema político como ley suya, un derecho que ellos pueden ver como propio o del que pueden apropiarse”.¹⁸

El castigo, en la actualidad, ha cobrado un papel central en la toma de decisiones de políticas públicas del Estado, justificado en la inseguridad, lo cual se ve reflejado en la creación de nuevas figuras y en el aumento de penas con el objetivo de combatir la delincuencia y plasmar seguridad en los habitantes. Esto ha generado una sobrepoblación en las diferentes cárceles de la Argentina. Ahora bien, ni el endurecimiento de penas ni el encarcelamiento de más ciudadanos se han traducido en menos delitos o en menor violencia, pero implicó la difícil tarea de “resocializar” al delincuente. En una reciente obra de Gustavo Arocena sobre el régimen penitenciario y

que quienes cometan delitos rindan cuenta de ello. Duff, sostiene que el derecho penal democrático, es la construcción de un derecho penal que hable en el lenguaje del pueblo y tiene como beneficio promover el acatamiento del derecho penal y legitima el requerimiento de rendición de cuentas de la comunidad al delincuente dado que es una condición ineludible para la responsabilidad penal.

¹⁷ Véase, los problemas y dificultades de interpretación que plantea el lenguaje jurídico en: Nino, Carlos Santiago. “*Introducción al análisis del derecho*”. 2º Edición ampliada y revisada, 12º Reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 2003; y Diaz, Juan Ignacio. “*Las dificultades de interpretación del lenguaje jurídico: vaguedad y ambigüedad* (en memoria de Carlos S. Nino)”, Ponencia presentada en el Encuentro Internacional “Red Inter-escuelas de Filosofía del Derecho”, realizado el día miércoles 07 de junio de 2017, evento, organizado por el Departamento de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNPAZ y la Maestría en Filosofía del Derecho de la UBA. La misma se publicó en *Interfolio*, revista digital de los encuentros Interescuelas, en el marco de la Maestría en Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA).

Disponible en: <https://interescuelas.files.wordpress.com/2017/05/hdd-diaz-juan-ignacio.pdf>

¹⁸ Duff, Antony R. “*Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*”. p. 35, 1º Edición, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2015.

la Ley N° 24.660 de ejecución penal, ha manifestado que “los principales déficits en materia de ejecución de la pena privativa de la libertad no son de orden ‘normativo’ sino ‘ideológico’ o ‘cultural’: en términos generales, el ordenamiento jurídico argentino consagra un conjunto de reglas de derechos y garantías que se muestra razonablemente idóneo para asegurar un trato digno del recluso durante su estadía en la cárcel. No obstante esto, los estudios de campo realizados acerca del problema penitenciario certifican la extendida existencia de, entre otras acciones violatorias de derechos fundamentales, malos tratos físicos en perjuicio de los presos y alojamiento de personas en las prisiones en una cantidad superior a lo que su cupo permite”.¹⁹

Al respecto expresa Gargarella: “en las *concepciones comunicativas* sobre la pena, tales como la que ha desarrollado, de modo bastante excepcional, Antony Duff (Duff 2001, 2004). Aunque con un acercamiento distinto al de Nino en relación con el castigo, Duff trabajó de modo muy cuidadoso sobre la idea –también sugerida por Nino– conforme a la cual, en condiciones de injusta desigualdad, la fuerza autoritativa del derecho penal se debilita. Para Duff, las teorías comunicativas no solo aparecen particularmente interesadas en la cuestión sobre la autoridad moral del estado para realizar determinados reproches, sino que además resultan especialmente ‘iluminadoras’ en este sentido (dado el carácter de ‘ida y vuelta’ de estas teorías, que requieren que ponga atención no solo en las acciones del imputado, sino también en las condiciones propias para hacer la impugnación del caso)”.²⁰

Es necesario subrayar que el Estado, sucesivamente, empieza a perder autoridad coercitiva cuando efectúa un mal desempeño de sus poderes coercitivos. En consecuencia, indica Gargarella “que el Estado, contemporáneamente, haya convertido

¹⁹ Arocena, Gustavo A. “*Hacia la definitiva consideración del recluso como sujeto de derechos*”, p. 17, Dirigido por Jorge Eduardo Buompadre, 1° Edición, Resistencia, Contexto Libros, 2014. Al respecto, el autor cita una investigación practicada por la Procuración Penitenciaria de la Nación sobre torturas y malos tratos en las cárceles federales desarrollado en el año 2007 y comienzos del 2008: “se constató que el 72,1 % de las personas detenidas en cárceles federales atravesaron situaciones de malos tratos y torturas por parte del personal penitenciario (cfr. Procuración Penitenciaria de la Nación, *cuerpos castigados: malos tratos físicos y tortura en cárceles federales*, Editorial del Puerto, Buenos Aires, 2008, p. 165)”.

²⁰ Gargarella, Roberto. “El punto de encuentro entre la teoría penal y la teoría democrática de Carlos Nino”. p. 202, Publicado en la *Revista Análisis Filosófico*, XXXV N° 2 - ISSN 0326-1301, noviembre, 2015.

a las cárceles en mecanismos cotidianos de tortura solo agrava los hechos del caso”.²¹ Sostiene Duff, refiriéndose a la responsabilidad penal, que si una persona acusada de cometer un delito no recibe el respeto o la consideración mínimos por su condición de ciudadano, el sistema de justicia y la comunidad toda pierden la posición moral desde la cual podrían pedir cuentas, juzgar y condenar.

En consecuencia, la tesis de Antony Duff coloca el foco en los sistemas jurídicos reales, lo que demuestra que el “derecho penal no es autosuficiente”, es decir que entender a la resocialización o reinserción social del ciudadano como fines de la pena en la ejecución de la pena privativa de libertad implicaría ver que la comunidad ha respetado las condiciones mínimas de la dignidad de la persona, si esto no ocurre, el sistema penal y por ende la comunidad, pierde toda autoridad moral para solicitarle que rinda cuentas en la etapa de resocialización, es decir en la etapa de ejecución penal. Por último, señala con precisión Gargarella que Antony Duff entiende que “el criminal puede reconocerse culpable de una cierta falta, pero aun así preservar una ‘carta ganadora’ frente al estado, expresada en una pregunta como la siguiente: ‘yo he cometido una falta, sí, pero ¿quién es usted para reprochármela?’. En condiciones de injusta desigualdad, el Estado, diría Duff, pierde legitimidad moral (moral standing) para ejercer ciertos reproches. En tal tipo de contextos resultan socavadas las precondiciones del reproche estatal”.²²

IV. El fin de la pena en el derecho positivo y la ejecución de la pena privativa de libertad: “reinserción social”

Un primer paso para hallar el fin de la pena en el derecho positivo argentino lo encontramos en lo estipulado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mundialmente conocida como Pacto de San José de Costa Rica, que dispone: “*Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la*

²¹ Gargarella, Roberto. “El punto de encuentro entre la teoría penal y la teoría democrática de Carlos Nino”. p. 202, Publicado en la *Revista Análisis Filosófico*, XXXV N° 2 - ISSN 0326-1301, noviembre, 2015.

²² Gargarella, Roberto. “El punto de encuentro entre la teoría penal y la teoría democrática de Carlos Nino”. pp. 201-202, Publicado en la *Revista Análisis Filosófico*, XXXV N° 2 - ISSN 0326-1301, noviembre, 2015.

readaptación social de los condenados”.²³ A través de la Ley N° 23.054 del año 1984 se ha aprobado e incorporado dicha Convención en Argentina, y con la reforma Constitucional de 1994 adquiere por medio del art. 75 inc. 22, jerarquía constitucional.

Señalan Maximiliano Rusconi y Mariano Kierszenbaum refiriéndose a lo antes mencionado y a los fines de la pena en el derecho positivo argentino, que “de allí, puede extraerse el fin preventivo especial de la pena. Sin embargo, el texto se refiere exclusivamente a la pena a privativa de la libertad (lo cual no comprende las penas de multa y de inhabilitación) y tampoco se refiere a la finalidad preventiva como exclusiva sino que sostiene que es esencial”²⁴. De ahí que debe arribarse a la conclusión de la posibilidad de fundarse en cualquiera de las teorías preventivas, como también en la teoría de la unión, sostenida por Roxin.

La Ley N° 24.660 de la Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad fue sancionada el 19 de junio y promulgada el 8 de julio de 1996, la cual es parte de nuestro ordenamiento jurídico interno, estableciendo el fin preventivo. Así, el art. 1 de la Ley N° 24.660, dispone: “La ejecución de la pena privativa de 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, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad. El régimen penitenciario deberá utilizar, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, todos los medios de tratamiento interdisciplinario que resulten apropiados para la finalidad enunciada”.²⁵ La ejecución de la pena privativa de libertad plasma lo denominado como “reinserción social”. Ello autoriza a expresar que tiene como misión central resocializar al delincuente, es decir reinsertarlo en la comunidad. Ahora bien, entienden Rusconi y Kierszenbaum que “de

²³ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Art. 5 *in fine*.

²⁴ Rusconi, Maximiliano y Kierszenbaum, Mariano. “*Elementos de la parte general del derecho penal*”, p. 33, 1° Edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2016.

²⁵ Art. 1 de la Ley N° 24.660 de la Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad. Recientemente la norma se ha modificado quedando del siguiente modo: “La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de respetar y comprender la ley, así como también la gravedad de sus actos y de la sanción impuesta, procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad, que será parte de la rehabilitación mediante el control directo e indirecto. El régimen penitenciario a través del sistema penitenciario, deberá utilizar, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, todos los medios de tratamiento interdisciplinario que resulten apropiados para la finalidad enunciada”, artículo sustituido por Art. 1 de la Ley N° 27.375, B.O. 28/07/2017.

allí podemos sostener que el fin resocializador solo es obligatorio a los efectos de llevar adelante la ejecución de la pena privativa de la libertad, mas no en el momento de sancionar una ley penal (criminalización primaria) ni de fijar la condena en el caso concreto (criminalización secundaria)".²⁶

Estos asuntos, en lo concerniente a los fines de la pena y su vinculación con la prevención general y especial, ha dado lugar a interpretar que cuando pudiera examinarse cuestiones de prevención, en el momento de la imposición del castigo deben primar cuestiones de prevención general por sobre cuestiones de prevención especial, las que por el contrario tendrán preponderancia al momento de su ejecución.²⁷ Asimismo, tiene razón el profesor Claus Roxin cuando sostiene que "la culpabilidad sigue siendo el presupuesto decisivo (aunque no el único) de la responsabilidad jurídico penal. El hacer depender la punibilidad de la culpabilidad del sujeto tiene como finalidad poner un límite al poder punitivo del Estado (en particular: a las necesidades públicas de prevención). Por qué se ha de preferir esta limitación, por razones derivadas del Estado de Derecho, a una concepción que atienda a la pura finalidad preventiva".²⁸

La cuestión de los fines de la pena es un tema debatido, es por eso que algunos autores han puesto el acento en criticar a las teorías preventivas generales y especiales, diciendo que "las únicas teorías de la pena que tienen anclaje en reglas de garantía y que no se nutren para su justificación de datos inaccesibles para los juristas son las teorías absolutas, que mediante el respecto a la autonomía y dignidad de la persona humana concilian con el principio de culpabilidad".²⁹

²⁶ Rusconi, Maximiliano y Kierszenbaum, Mariano. "*Elementos de la parte general del derecho penal*". pp. 33-34, 1° Edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2016. Al respecto los autores han agregado: "Así, la jurisprudencia ha entendido que para casos de graves violaciones a los derechos humanos resulta irrelevante, al momento de la fijación de la pena, que el imputado haya permanecido treinta años adaptado a la sociedad (lo cual excluía la necesidad de la prevención especial), pues lo relevante, al momento de la determinación judicial de la pena en ese caso era la prevención general positiva".

²⁷ Véase, Rusconi, Maximiliano y Kierszenbaum, Mariano. "*Elementos de la parte general del derecho penal*". pp. 33-34, 1° Edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2016

²⁸ Véase, Roxin, Claus. "*Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*". Tomo I y II, Traducción de la edición Alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, 1° Edición, Madrid, Editorial Civitas, 1997.

²⁹ Rusconi, Maximiliano y Kierszenbaum, Mariano. "*Elementos de la parte general del derecho penal*". p. 36, 1° Edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2016.

La idea “resocializadora o de reinserción social” de la pena en la etapa ejecutiva puede ser entendida como discriminatoria, puesto que se estaría violando en art. 16 de la Constitución Nacional, si consideramos al ciudadano que está cumpliendo una condena como un excluido, y no como un integrante de la comunidad en la cual se somete a rendir cuentas y a reparar el daño ocasionado a la víctima (el castigo ha de comunicarse a la persona imputada, permitiendo comunicar arrepentimiento a sus conciudadanos), que es lo que justifica la responsabilidad penal y el castigo, en términos de Antony Duff. Ahora bien, esto implica que el Estado que llama a la persona que cometió un delito a rendir cuentas tenga la autoridad moral para solicitarlo. Por consiguiente, el Estado tiene la obligación y el deber de aplicar mecanismos eficientes para resocializar a la persona en el cumplimiento de la pena en los establecimientos carcelarios. El sistema penal y la idea de la “resocialización” en el ámbito penitenciario muestran en la práctica una desigualdad, que debe ser combatida por el Estado. El mandato constitucional exige que las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice (art. 18 de la Constitución Nacional). Además, se agrega lo mencionado en el art. 10, inc. 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que manifiesta “el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”.

V. Los fines de la pena en la ejecución de la pena privativa de libertad en la jurisprudencia argentina

El Superior Tribunal de Justicia de Chaco, en la causa “Castro Francisco Javier Augusto s/ Ejecución de Pena Privativa” del año 2014, ha examinado la denegatoria del beneficio de salidas transitorias al condenado Francisco Javier Augusto Castro. El art. 17 de la Ley N° 24.660 establece los requisitos para conceder las salidas transitorias o semilibertad.³⁰ En efecto, el justiciable debe observar los presupuestos temporales y personales determinados en la norma para otorgar el beneficio de las salidas transitorias. Asimismo, los jueces de ejecución están obligados a efectuar una específica “valoración de las condiciones personales” en que se halla el interno, con el objeto de descartar la

³⁰ Véase, el art. 17 de la Ley N° 24.660 de la Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad.

existencia de un grave riesgo para sí o para la sociedad.³¹ La Sala Segunda en lo Criminal y Correccional del Superior Tribunal de Justicia, compuesta por María Luisa Lucas e Iride Isabel María Grillo, han expresado: “*Siendo éste el criterio expuesto y sostenido en esta sede, debe considerarse que el fallo dictado en el sub examen hizo una correcta aplicación de dicha norma, denegando el beneficio solicitado, sin contrariar en modo alguno los objetivos individuales y generales de prevención establecidos en la ley específica*”³². Del análisis anterior se advierte que el Tribunal tiene como criterio que la ley de ejecución de pena privativa de libertad está atravesada por efectos o fines preventivos, tanto individuales como generales.³³ En conclusión, el Superior Tribunal de Justicia de Chaco entiende que el fin del castigo (pena) en la etapa de ejecución es que la persona (condenado) adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, y para ello tiene que realizar una valoración de las condiciones personales en que se encuentra el interno, con el

³¹ En el Fallo Castro (2014), que estamos comentando la Sala Segunda en lo Criminal y Correccional del Superior Tribunal de Justicia Tribunal compuesta por María Luisa Lucas e Iride Isabel María Grillo, han entendido que “para hacer lugar al beneficio de las salidas transitorias, conforme al art. 17 de la Ley 24.660, se halla supeditada al cumplimiento de una serie de requisitos, tanto de índole temporal como de tipo personal, para lo cual los tribunal de ejecución se encuentran obligados a realizar una especial valoración de las condiciones personales en que se encuentra el interno, con el objeto de descartar la existencia de un grave riesgo para sí o para la sociedad. Básicamente se hallan establecidas en los ap. III) y IV), y aluden específicamente a la necesidad de tener una conducta ejemplar o el grado máximo susceptible de ser alcanzado según el tiempo de internación, y a merecer del organismo técnico-criminológico y del consejo correccional del establecimiento, concepto favorable respecto de su evolución y sobre el efecto beneficioso que las salidas o régimen de semilibertad puedan tener...”

³² S.T.J. de Chaco: “Castro Francisco Javier Augusto S/ Ejecución De Pena Privativa” (2014).

³³ Véase, S.T.J. de Chaco: “Urbina Rubén Ángel S/ Ejecución De Pena S/ Incidente Salidas Transitorias” (2014). Ahora bien, en el Fallo Urbina del año 2014, se analizó que el Juzgado de Ejecución Penal N° 1 de Resistencia, mediante resolución N° 140, de fecha 25 de abril de 2014, denegó el beneficio de salidas transitorias al condenado Rubén Ángel Urbina. Se puede observar que el Sr. Urbina cumplía con el requisito temporal exigido en el art. 17 de la Ley N° 24.664, pero éste no es el único requerimiento para otorgar el beneficio de las salidas transitorias. Con este razonamiento el tribunal entendió que está bien denegado el beneficio que dispone el art. 17, volviendo a sostener el criterio, que además no contrariaría de modo alguno los objetivos individuales y generales de prevención establecidos en la ley de ejecución de la pena privativa de libertad.

objeto de descartar la existencia de un grave riesgo para sí o para la sociedad, para otorgar el beneficio de las salidas transitorias.³⁴

La C.S.J.N. en el Fallo “Gramajo”, del 5 de septiembre de 2006, consideró en relación a las condiciones para conseguir la libertad condicional, que “un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social es el equivalente a un dictamen de ausencia o disminución de la peligrosidad”.³⁵ En este trabajo no se analizará “el problema que se presenta entre la relación de peligrosidad y reinserción social o resocialización del ciudadano”³⁶, lo que sí quiere mostrarse es que la Corte Suprema de Justicia de la Nación considera que la Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad tiene como fin resocializar a la persona, es decir reinsertarla a la comunidad.

³⁴ El Superior Tribunal de Justicia Corrientes examinó la declaración de inconstitucionalidad solicitada por el recurrente del art. 14 del C.P., que dice: la libertad condicional no se concederá a los reincidentes [...] pues a su criterio vulnera el principio de resocialización. A raíz de este planteo se puede conocer el fin de la pena en la etapa de ejecución. En consecuencia, sostiene el Máximo Tribunal de Corrientes: “el propósito del art. 1 de la Ley 24.660...que supone que el penado deberá transitar su pena, paso a paso, con miras a su reinserción en la sociedad que violentó con su accionar delictivo. En ese proceso supone una serie de etapas progresivas, (art. 12 de la Ley 24.660), siendo la última etapa la de la libertad condicional. Consecuentemente, si el reincidente no puede recuperar su libertad estaríamos impidiendo que se cumpla el fin constitucional de la ley 24.660, cual es la reinserción social del penado, previsto en la CN (art. 18) y en los Pactos Internacionales vigentes desde 1994, con jerarquía Constitucional”, Véase, S.T.J de Corrientes: “Inc. Libertad Condicional Amaro Miguel Santiago” (2013).

³⁵ Véase, C.S.J.N.: “Gramajo”. Fallos 329:3680 (2006). Por último, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el Fallo “Maldonado” del 7 de diciembre de 2005, entendió que la pena debe ser proporcional a la culpabilidad de autor, la cual “se determina según el ámbito de autodeterminación que éste haya tenido para ejercer su conciencia moral en la constelación situacional en que hubiese actuado y en relación a sus personales capacidades en esa circunstancia.” Asimismo, agrego que por disposición constitucional, toda pena privativa de la libertad está encaminada fundamentalmente - fines de la pena en la etapa ejecutiva- a la reforma y readaptación social de los condenados (art. 5, inc. 6, CADH) y que el tratamiento penitenciario debe orientarse a la reforma y readaptación social de los penados (art. 10, inc. 3, PIDCP). Por lo tanto, “exige que el sentenciante no se desentienda de los posibles efectos de la pena desde el punto de vista de la prevención especial”, lo que en el caso de menores debe ser juzgado con mayor cuidado por lo cual, debe fundamentarse la necesidad de la privación de libertad en miras a la posible resocialización, ponderando los posibles efectos nocivos del encarcelamiento, Véase, C.S.J.N.: “Maldonado”. Fallos 328:4343 (2005).

³⁶ Véase, Ziffer, Patricia S. “La idea de ‘peligrosidad’ como factor de la prevención especial. A propósito del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso ‘Fermín Ramírez’”, pp.3-4. Publicado en: *LA LEY* 2007-A, 630, 2007.

VI. Conclusión

El objetivo principal de este trabajo fue realizar algunas reflexiones sobre apreciaciones de Antony Duff en lo concerniente a los temas democracia, derecho penal, castigo y ejecución penal.

Hay que hacer notar la relación existente entre democracia y el derecho penal, como bien lo marcaban autores como Carlos Santiago Nino y Antony Duff. En la actualidad, podemos y deberíamos aspirar a un derecho penal democrático que sea inclusivo y no excluyente, es decir un derecho penal proporcionado para que los ciudadanos de un sistema político republicano se lo impongan a sí mismos y unos a otros, en términos de Duff.

En conclusión, el Estado que llama a la persona que cometió un delito a rendir cuentas debe tener autoridad moral para solicitarlo. Por consiguiente, el Estado tiene la obligación y el deber de aplicar mecanismos eficientes para resocializar a la persona en el cumplimiento de la pena en los establecimientos carcelarios. El sistema penal y la idea de la “resocialización” en el ámbito penitenciario muestran en la práctica una desigualdad, que debe ser combatida por el Estado.

Por consiguiente, las violaciones de derechos humanos, inclusive la respuesta judicial de aplicar a una persona la reincidencia, o negarle las salidas transitorias por informes negativos, pueden disminuir o perder sus fundamentos o estabilidad, si las precondiciones del reproche estatal, en condiciones de injusta desigualdad suceden (cárceles superpobladas, torturas, apremios ilegales, castigo de los reos, desorden entre los encarcelados y violencia constante entre los presos sin intervención de las autoridades, etc), puesto que el Estado pierde legitimidad moral para ejercer ciertos reproches.

Las ideas de Duff al respecto permiten cuestionar la autoridad moral del Estado, y “reflexionar” que un delincuente puede reconocerse culpable de un delito, pero aun así preservar una “carta ganadora” frente al Estado, manifestada únicamente en una pregunta: “*yo he cometido una falta, sí, pero ¿quién es usted para reprochármela?*”. Es decir que, como se ha visto, y vinculado a las precondiciones del reproche estatal, en condiciones de injusta desigualdad, el Estado pierde legitimidad moral para ejercer ciertos reproches.

VII. Bibliografía

- Arocena, Gustavo A. “*Hacia la definitiva consideración del recluso como sujeto de derechos*”. Gustavo A. Arocena; Dirigido por Jorge Eduardo Buompadre, 1° Edición, Resistencia, Contexto Libros, 2014.
- Diaz, Juan Ignacio. “*Las dificultades de interpretación del lenguaje jurídico: vaguedad y ambigüedad (en memoria de Carlos S. Nino)*”. Ponencia seleccionada, aprobada y presentada en el Encuentro Internacional “Red Interescuelas de Filosofía del Derecho”, organizado por el Departamento de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNPAZ y la Maestría en Filosofía del Derecho de la UBA. La misma se publicó en *Interfolio*, revista digital de los encuentros Interescuelas, en el marco de la Maestría en Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Disponible en: <https://interesuelas.files.wordpress.com/2017/05/hdd-diaz-juan-ignacio.pdf>
- Duff, Antony R. “*Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*”. 1° Edición, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2015.
- Gargarella, Roberto. “El punto de encuentro entre la teoría penal y la teoría democrática de Carlos Nino”. Publicado en la *Revista Análisis Filosófico*, XXXV N° 2 - ISSN 0326-1301, noviembre, 2015, pp. 187-206. Disponible en: <http://www.scielo.org.ar/pdf/anafil/v35n2/v35n2a02.pdf>
- Gargarella, Roberto. “Democracia y Derecho Penal”. *Revista EN LETRA*, Tomo I Dossier: Reforma del Código Procesal Penal de la Nación y Anteproyecto de Reforma del Código Penal de la Nación Año II, N° 3, Buenos Aires, 2015.
- Grbavac, Hernán D. “*Hacia una teoría alternativa de la responsabilidad penal*”. Contexto, Resistencia, 2014.
- Nino, Carlos Santiago. “*Los Límites de la Responsabilidad Penal. Una Teoría Liberal del Delito*”. Buenos Aires, Astrea, 1980.
- Nino, Carlos Santiago. “*Ética y Derechos Humanos. Un Ensayo de Fundamentación*”. 2° Ed., ampliada y revisada, Buenos Aires, Astrea, 1989.
- Nino, Carlos Santiago. “*Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica*”. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.
- Nino, Carlos Santiago. “*Introducción al análisis del derecho*”. 2° Edición ampliada y revisada, 12° Reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 2003

- Nino, Carlos Santiago. “*Los Escritos de Carlos S. Nino. Fundamentos de Derecho Penal*”. Vol. III, Gustavo Maurino (Editor), Buenos Aires, Gedisa, 2007.
- Nino, Carlos Santiago. “*Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis Filosófico, Jurídico y Politológico de la Práctica Constitucional*”. 1° Ed., 4° Reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 2013.
- Roxin, Claus. “*Derecho penal parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*”. Tomo I y II, Traducción de la edición Alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, 1° Edición, Madrid, Editorial Civitas, 1997.
- Rusconi, Maximiliano y Kierszenbaum, Mariano. “*Elementos de la parte general del derecho penal*”. 1° Edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2016.
- Zaffaroni, E. R., Slokar, A. y Alagia, A. “*Manual de Derecho Penal: Parte General*”. 2° Ed., Buenos Aires, Ediar, 2006.