

Progresividad de la Pena, Reglas de Conducta y Prácticas Judiciales en la Argentina

Leonardo Gabriel Pitlevnik¹

Introducción

En el presente trabajo me propongo exponer algunas ideas ligadas a las condiciones en función de las cuales se resuelve que una persona privada de su libertad se encuentra habilitada para acceder a modalidades de pena menos gravosas o libertades anticipadas dentro del sistema argentino. Más específicamente, me detendré en lo relativo al cumplimiento de las reglas de conducta impuestas por la ley y el rol del orden disciplinario tomado como baremo para evaluar la situación de la persona detenida.

Analizaré el modo en que los operadores judiciales deciden la libertad anticipada y presentaré lo que a mi criterio es una aplicación acrítica de las normas de ejecución penal. Señalaré la fractura existente entre el paradigma de la resocialización que continúa siendo el eje del discurso judicial y la realidad carcelaria que tiende a convertirse en lo que ya Caimari había descripto como pantanos punitivos (Caimari, 2004) en aquellas prisiones de mediados del siglo

¹ Abogado. Profesor Adjunto Regular de Derecho penal y procesal penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Director académico del Centro de Estudios de Ejecución Penal de la Facultad de Derecho de la UBA. Juez de Cámara Penal San Isidro, Buenos Aires. Email: lpitlevnik@gmail.comaboliconista no Brasil (Editora Zouk, 2012);. E-mail: mtherezaribeiro@gmail.com.

xx. Dicha realidad parece haber adquirido hoy una carácter más general en lo que se ha descrito como cárcel jaula o depósito (Sozzo, 2007) y que se agudiza con el extraordinaria expansión del encarcelamiento, fenómeno de que, como es sabido, supera los límites de la Argentina.

Inicialmente haré una breve introducción dedicada a presentar el panorama legislativo y administrativo en materia penitenciaria con especial énfasis en la provincia de Buenos Aires, que concentra casi la mitad de la población carcelaria del país. Luego expondré qué se entiende por régimen progresivo de la pena, la resocialización y la idea de peligrosidad. Analizaré la función asignada al cumplimiento de las reglas de conducta y la consecuente calificación en ese rubro. Intentaré mostrar cómo se utiliza el calificativo de conducta en función de la situación carcelaria actual y por último, haré referencia al modo en que los jueces analizan la cuestión para resolver la situación de las personas alojadas en unidades penitenciarias. Mostraré las tensiones emergentes a partir del discurso de los derechos, las decisiones de los jueces y la gestión de la realidad penitenciaria que deberían adecuar a aquellos mandatos normativos, y plantearé algunas alternativas de actuación judicial que podrían incidir en una modificación del cuadro descripto.

1. El escenario normativo

La República Argentina está conformada por 23 provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Cada jurisdicción cuenta con un servicio penitenciario, salvo la de la ciudad de Buenos Aires cuyos detenidos son alojados en dependencias del servicio penitenciario federal. La población total del país según el censo del año 2010 era de 40.117.096 de habitantes, si bien se calcula que para el año 2015 la suma ascendía aproximadamente a 43.431.886. La población de la

provincia de Buenos Aires, el distrito más poblado del país ascendía en el año 2010 a 15.625.084.²

En cuanto a la cantidad de personas detenidas, el total del país ascendía en el año 2014 a 69.709. En el servicio penitenciario federal había 10.274 personas en diciembre de 2015, mientras que en la provincia de Buenos Aires se contaban al 17 de diciembre de 2015 con 39.927 personas detenidas, de las cuales 2032 se hallaban en prisión domiciliaria, mientras que en comisarías y unidades penitenciarias había 37.895.³

En la Argentina el panorama de competencias no es claro en materia penitenciaria. Por disposición constitucional rige un código penal para todo el país, pero las normas procesales son dictadas por la legislatura de cada provincia. En cuanto a la ley penitenciaria, la nacional nro. 24660, dictada en el año 1996⁴, se autotitula complementaria del código penal y dispone en su art. 228 que “la Nación y las provincias procederán, dentro del plazo de un año a partir de la vigencia de esta ley, a revisar la legislación y las reglamentaciones penitenciarias existentes, a efectos de concordarlas con las disposiciones contenidas en la presente”. El carácter complementario al Código de Fondo, convertiría a esta norma en parte integrante de la ley federal de ejecución y la haría insusceptible de ser invadida en el ámbito de su regulación, por disposiciones locales. Salt y Rivera Beiras coinciden en que es el congreso federal quien debe regular la cuestión, en función del principio de igualdad, conforme el cual la pena no podría ser diferente en un lugar del país respecto de otro, cuando es el código penal el que fija los montos sancionatorios para todos los habitantes de la nación (Salt y Rivera Beiras, 1999,169). Maier también se expide en ese sentido, asignando a la competencia provincial las cuestiones procesales o instrumentales de los institutos cuya extensión y características

² Las cifras de 2010 corresponden al último censo oficial. Ver. http://www.indec.gov.ar/nivel4_default.asp?id_tema_1=2&id_tema_2=41&id_tema_3=135. Las estimaciones puede consultarse en diferentes fuentes (<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/fields/2119.html#ar>, por ejemplo).

³ Datos del servicio penitenciario federal obtenidos de <http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/Informe%20Anual%202015.pdf>; los bonarenses, en <https://www.mpba.gov.ar/web/contenido/Informe%20RUD%202015.pdf>;

⁴ Esa ley desplazó al DL 412/58 que había sido ratificado por la ley 14467.

corresponde a la ley federal (Maier, 1996, 82/3). Zaffaroni, Alagia y Slokar sostienen que la ley federal debe proveer de un marco o estándar mínimo (Zaffaroni, Alagia, Slokar, 2000,168). Lo mismo refieren Herbel y Rego cuando sostiene que la ley 24.660 fija las reglas básicas de ejecución de las penas, mientras que las leyes provinciales pueden adaptarlas a las características locales e, incluso, otorgar mayores beneficios a los condenados en sus jurisdicciones (Herbel, Rego, 2014). La cuestión en el plano jurisprudencial fue zanjada por la Corte Federal en el fallo Verbitsky del 3 de mayo de 2005 en el que se sostuvo la segunda tesis.⁵

En las últimas décadas se ha producido una paulatina judicialización del proceso de ejecución de las penas. Hasta la reforma de la ley 24660, los jueces decidían el acceso a la libertad condicional en trámites cuasi administrativos sin asomo alguno de judicialización. No intervenían demasiado hasta el momento en que, cumplido el plazo, se tomaba el expediente construido por la autoridad penitenciaria y se resolvía en base a él. El hecho de que los jueces que decidieran esos casos fueran los mismos que instruían las causas penales desde el inicio, investigaran delitos y dictaran sentencias, solía relegar el tratamiento de las incidencias de la ejecución de la pena en un área periférica y subvalorizada.

La aparición de una justicia especializada, de la asignación de fiscales y defensores dedicados a esta nueva área (en la provincia de Buenos Aires a partir de la reforma de 1998) y el desarrollo de estudios académicos en torno a la cuestión penitenciaria, han dado mayor visibilidad al trámite de la ejecución de la pena. Ésta se mantiene cautiva del paradigma de la resocialización, de modo que prácticamente todo lo atinente a la ejecución gira en torno a esa idea. Los institutos que las leyes de fondo prevén en el régimen progresivo, especialmente, cuando se trata de aquellos que importan alguna forma controlada de libertad, se basan en que la persona condenada se encuentre en un momento de la evolución de la pena que permita predicar de ella una adecuada inserción en el medio libre.

⁵ Dice el fallo, “en la ley vigente se trata de una clara norma marco que es constitucional pues no impide ni avanza sobre las legislaciones de ejecución penal provinciales, sino que establece su adecuación, debiendo interpretarse que establece un marco mínimo de régimen, más allá del cual pueden avanzar las provincias en sus respectivas legislaciones.” (considerando 59 de la mayoría).

El 6 de marzo de 1994 la Corte Federal argentina dictó el fallo *Romero Cacharane*, de capital importancia en torno a la cuestión disciplinaria en el ámbito carcelario donde declaró la vigencia de los principios de legalidad y judicialización de la pena. En torno al primero, sostuvo que aquello que se imputa a una persona como falta, debe responder a una previsión expresa anterior. Ello, ante la evidencia de que la forma en que las autoridades penitenciarias dan contenido concreto al cumplimiento de la pena, puede implicar una modificación sustancial de la condena. Basta pensar que una libertad condicional puede ser neutralizada por haber sido sancionada la persona por infracciones propias de la vida penitenciaria que inciden directamente en su calificación de conducta. El principio de judicialización, por su parte, impone que la ejecución de la pena y las decisiones que al respecto adopte la autoridad penitenciaria se encuentren sometidas al control judicial. La Corte afirmó, además, que para la etapa de ejecución rigen las garantías constitucionales del proceso penal.⁶

2. La progresividad de las penas

Tanto la ley nacional como la provincial fijan principios equivalentes en cuanto a la función de la pena privativa de la libertad. La ley 24660 dispone en su art. 1 que “*La ejecución de la pena privativa de libertad tiene por fin 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.*” Postula luego que el régimen penitenciario se basa en la **progresividad** promoviendo la incorporación de las personas detenidas su incorporación a instituciones semiabiertas o abiertas o secciones regidas por la autodisciplina. Fija un régimen progresivo que divide en cuatro etapas: Observación, tratamiento, prueba y libertad condicional.

⁶ CSJN, Fallo Romero Cacharane del 6/3/1994. Los fallos que se citan en el trabajo son fácilmente ubicables por nombre y fecha en www.csjn.gov.ar

La ley provincial prevé en su art. 4. *Que “El fin último de la presente Ley es la **adecuada inserción social de los procesados y condenados** a través de la **asistencia o tratamiento y control” y prevé los regímenes** cerrado, semiabierto y abierto. La ley provincial señala que la **progresividad** en la pena define la ubicación de las personas condenadas en los regímenes (o modalidades dentro de ellos). También prevé que “el avance o retroceso en la progresividad se dispondrá, conforme las pautas que reglamentariamente se determinen, sobre la evaluación de la conducta del penado y la adaptación a las pautas regimentales vigentes.” (arts. 28 y 29)*

La progresividad importa la paulatina relajación de las condiciones en que se lleva adelante una pena a partir de la comprobación de que la persona detenida va adoptando prácticas que pondrían en evidencia su adaptación a regímenes que requieren de menos control. Representa una idea de una evolución desde el ingreso al sistema de la pena hasta el egreso luego de haber atravesado un proceso que permite al sujeto situarse de manera diferente frente a su entorno.⁷

El modelo penitenciario descrito parte de un inicio severo que relaja las condiciones de encierro paulatinamente acercando al individuo al medio libre. La progresividad se entiende como la posibilidad de que el condenado pueda evolucionar gradualmente en un régimen tratamental que lo habilite de manera sucesiva a incorporarse a estadios de menor rigidez, a contextos de autodisciplina. Ello le permitirá egresos periódicos, afianzar vínculos socio-familiares y poder trabajar fuera de la prisión en iguales condiciones a la de la vida libre y, finalmente, acceder a institutos que signifiquen su soltura anticipada y condicionada. (López, 2004, 55; de la Fuente y Salduna, 2011, 169).

Es, en definitiva, un modelo de consecución del fin resocializador que el art. 10.3 del PIDCyP asigna al régimen penitenciario y el fin esencial que el art. 5.6 de la CADH impone a las penas privativas de la libertad y que han sido recogidas, además, por las reglas Reglas

⁷ El actual art. 13 del C.P. exige un “informe de la dirección del establecimiento e informe de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social”

Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela) de diciembre de 2015⁸. De modo que con independencia de la opinión sobre la aptitud de la prisión para producir el efecto mencionado, lo cierto es que conforma hoy el paradigma constitucional argentino.

La readaptación, la reinserción social, la prevención especial positiva, son, por otro lado, términos que forman parte del vocabulario con el cual los jueces han orientado la finalidad constitucional del castigo. Se lee, por ejemplo, en el fallo *Gramajo*, de la Corte Federal del 5/9/2006 que el objetivo de reinserción social de la pena privativa de libertad indicado por la CADH impone “al Estado el deber de estructurar la ejecución penitenciaria de dicha sanción de tal modo que, dentro de lo posible, colabore activamente a superar los posibles déficits de socialización del condenado y que, cuando menos, no provoque un efecto contrario al deseado”. Ve en ello “un imperativo tanto de la razón práctica como de la solidaridad humana con el autor del delito”⁹.

3. Reinserción y peligrosidad

Antes de que apareciera la idea de reinserción, el modelo penitenciario estaba dominado por el concepto de peligrosidad como pauta regulatoria de la cantidad de pena (aun hoy se mantiene en algunos artículos del código penal argentino que data de 1921). Dicha peligrosidad se ha convertido en un término fuertemente cuestionado por su pertenencia al ideario positivista, si bien ha formado parte del vocabulario penal expresado en casi todas nuestros códigos y proyectos de código penal desde 1884 (Pitlevnik, 2008). Sin embargo, la Corte federal sostiene que no hay concepto de peligrosidad compatible con un derecho penal de acto. A veces en

⁸ Regla 4.1. *Los objetivos de las penas y medidas privativas de libertad son principalmente proteger a la sociedad contra el delito y reducir la reincidencia. Esos objetivos solo pueden alcanzarse si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, la reinserción de los exreclusos en la sociedad tras su puesta en libertad, de modo que puedan vivir conforme a la ley y mantenerse con el producto de su trabajo.*

⁹ voto concurrente del juez Petracchi, parr. 26

votos de mayoría y otras en voto solitario, la peligrosidad es presentada como un juicio subjetivo arbitrario contrario a la idea de persona de la Constitución. Ha dicho la Corte que su utilización tiene como finalidad la privación de los derechos constitucionales de la persona respecto de quien se predica la condición de peligrosa. Se la ha vinculado, incluso, con el racismo y con los genocidios del siglo XX.¹⁰

El término peligrosidad todavía está presente en los arts. 41, 44 y 53 del Código Penal. La ley nacional 24.660 al regular una de las alternativas liberatorias antes del vencimiento de la pena, prevé en su art. 54 su denegatoria cuando se considere que el egreso pueda constituir “un grave riesgo para el condenado o la sociedad”. La vinculación de este “ser” riesgoso o peligroso con las tesis positivistas se aprecia más claramente si se tiene en cuenta que la misma palabra se utiliza en el marco de las medidas de seguridad respecto de un inimputable. Aunque con derivaciones no idénticas, lo cierto es que la peligrosidad se predica tanto del condenado por un delito como de aquél que ha sido internado por una medida de seguridad curativa, pues éste, solo recupera su libertad cuando deja de ser peligroso para sí o para terceros o por la “desaparición de las condiciones que lo hicieran peligroso” (art. 34 inc. 1ro del C.P.). La ley proyecta una sombra similar del peligro sobre condenados y sobre inimputables.

Ziffer ha puesto en evidencia que el concepto de peligrosidad no parece estar desvinculado del de reinserción o resocialización cuando se habla de pena. Ciertamente que uno se instala en la matriz del positivismo mientras que el otro se construye pretendiendo echar raíces en la reivindicación del detenido como sujeto de derechos. Ha señalado que “mal que le pese a muchos, no hay prevención especial posible *sin consideraciones de peligrosidad*. Ciertamente, es posible evitar el término y utilizar expresiones que suenen más “democráticas”, como “pronóstico de reinserción social” (cf. art. 13, CP arg.) o “reglas adecuadas para prevenir la comisión de nuevos delitos” (art. 27 bis, CP arg.). Pero lo que no conviene hacer es eludir la realidad

¹⁰ Así, en Maldonado, del 7/12/2005, párrafo 38 del voto de la mayoría o Alvarez Ordoñez del 5/2/2013, párrafo 12 del voto del Juez Zaffaroni

o esconder el complejo problema teórico implicado: el grado de probabilidad de que el condenado vuelva a cometer delitos es un factor ineludible a ser tomado en consideración, y esto no es otra cosa que “peligrosidad”.” (Ziffer, 2007, 630)

4. Las reglas de conducta en el escenario de la reinserción

El art. 13 del Código Penal exige para el otorgamiento de la libertad condicional a un condenado preso, un informe previo “que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social”. El art. 53 que regula la reclusión por tiempo indeterminado¹¹ habilita la libertad si el condenado mantuvo buena conducta, demostró aptitud y hábito para el trabajo, y actitudes “que permitan suponer verosímilmente que no constituirá un peligro para la sociedad”. El art. 17.III de la ley 24660, en el caso de las salidas transitorias, requiere que el organismo técnico-criminológico y, en su caso, un equipo especializado tenga un “concepto favorable respecto de su evolución y sobre el efecto beneficioso que las salidas o el régimen de semilibertad puedan tener para el futuro personal, familiar y social del condenado.” La ley prevé además, evaluaciones criminológicas semestrales y vincula este aspecto, es decir, las referencias a aquello que el sujeto es, a su conformación psíquica, con el informe de “concepto”. El informe de “conducta”, en cambio, se construye a partir de un registro del comportamiento del sujeto en su relación con sus pares y la institución dependiente del acatamiento o no de las normas que gobiernan la disciplina dentro de la prisión. En este sentido, el cumplimiento de los reglamentos carcelarios, sigue conformando un elemento central a tener en cuenta por los jueces.

Ello se aprecia en el hecho que la ley exige una estándar de regla de conducta o de observancia de los reglamentos carcelarios para

¹¹ Declarada inconstitucional por la Corte en el ya citado fallo *Gramajo* cuando se aplica a multirreincidentes.

acceder a ciertos tipos de libertades (art. 13 y 53 del C.P., 17.III y 28 de la ley 24660). Expresamente entiende a las reglas de conducta como vehículo del fin resocializador de la pena cuando el art. 79 expresamente señala que el interno debe acatar estas reglas dispuestas para posibilitar una ordenada convivencia, en su propio beneficio y **para promover su reinserción social.**

Una calificación de ejemplar –que se define con un puntaje de 9 o 10- es requisito para acceder a las salidas transitorias (art. 17 de la ley 24660). Los legajos suelen traer un “gráfico de conducta” que en las columnas verticales divide el año en cuatro trimestres y en las horizontales se fija la nota de 0 a 10. Cada infracción penitenciaria baja un porcentaje de la calificación de conducta del período correspondiente.¹²

En conclusión, dentro del universo que domina el paradigma teórico impuesto por la Constitución, la readaptación social tiene en el cumplimiento de los reglamentos carcelarios uno de sus termómetros principales.¹³

5. La conducta en el contexto carcelario actual

El ingreso de un detenido al sistema de la pena, regulado como modelo progresivo, se traduce en un inicio del recorrido carcelario desde el régimen cerrado hacia modalidades menos severas. La ley nacional divide las etapas en observación, tratamiento, prueba y libertad condicional; mientras que la ley bonaerense presenta los regímenes cerrado, semiabierto y abierto en el ámbito penitenciario y, fuera de ellos, a la libertad condicional. La acrítica inserción inicial de cualquier persona en un régimen cerrado (es decir, en una prisión de máxima seguridad), indica que una vez que se ingresa al universo penitenciario deja de haber grises merced a una mixtura de escasa

¹² La resolución 808/04 del 11/7/1984 de la Jefatura del Servicio Penitenciario Bonaerense fija fórmulas de equivalencia en cuanto a tipo y extensión de la sanción y su incidencia en la calificación de la conducta.

¹³ Antes de la reforma de la ley 25892 (del 26/5/2004), el art. 13 del Código Penal exigía solo “el regular cumplimiento de los reglamentos carcelarios” como pauta a analizar por el Juez para la concesión de la libertad condicional.

imaginación legislativa, precariedad institucional y ausencia de medios y de voluntad de intervención. La ubicación de una persona detenida en una u otra unidad hoy depende, en el contexto de hacinamiento existente en la provincia de Buenos Aires, por ejemplo, de la existencia de una vacante (un detenido en principio no es trasladado al espacio que mejor corresponda a su situación, sino a donde haya un cupo disponible).

Quien se encuentra privado de su libertad debe, a partir de este casillero inicial, ir “progresando” en su evolución penitenciaria para hacerse merecedor de escenarios de mayor autogestión hasta alcanzar el punto máximo: su libertad. El trámite de este camino presenta algunas de las siguientes características:

5.a.- El legajo escrito. No es poco común que los expedientes en los que se fija si se ha cumplido o no con un estándar de conducta sean legajos escritos con constancias labradas por personal penitenciario a muchos kilómetros de distancia de donde la defensa, la fiscalía y el juez discuten sobre lo sucedido. La imposibilidad de quienes deben debatir y resolver, de acceder a un conocimiento directo de lo sucedido, genera un subsistema burocrático en el que el “debate” se focaliza en las formas en que operarios penitenciarios, muchas veces escasamente preparados, confeccionan las actuaciones que componen el legajo (la precariedad con la que se describen los hechos, la ausencia de descargo, falta de notificaciones, el no haber asentado la hora en un acta para así determinar el cumplimiento de plazos, omisión de haber fijado razones para imponer una pena u otra). Quienes tienen el rol de juzgar desconocen la realidad dentro de la unidad carcelaria, nada saben de las características de la celda o el pabellón donde se halla la persona detenida, cómo es el trato dispensado, qué alternativas tratamentales tiene, si duerme en el piso o hace meses espera por un cupo para poder trabajar.

Con relación a la infracción cometida o no por el preso sometido al procedimiento disciplinario, la discusión que puede plantear la Defensa –alejada del lugar de los acontecimientos que pretende probar al legajo- se centra en el modo en que se ha confeccionado (para decirlo más claramente, no se discute lo que ocurrió, sino –

siempre por escrito- lo que se llega a cuestionar es el cómo los funcionarios administrativos lo han dejado plasmado). Con esto, no se pretende cuestionar el valor de la judicialización de aquello que en última instancia impacta sobre la pena, sino marca que la calidad de la discusión ha crecido solo en uno de sus aspectos centrales: en cuanto a juzgar el modo en que actúa la autoridad administrativa¹⁴.

5.b.- Superpoblación y hacinamiento. La superpoblación carcelaria ha sido reconocida por la jurisprudencia de la Corte Federal, la corte provincial, los organismos de control y la doctrina.¹⁵ El hacinamiento (menos camas, falta de colchones, comida insuficiente, ausencia de cupos para estudiar o trabajar, precaria atención sanitaria, para mencionar algunas de las variables) importa también una desproporción entre el personal penitenciario encargado de la custodia y aseguramiento de las condiciones de detención, en relación con la cantidad de detenidos.

En la provincia de Buenos Aires, al 17/12/2015 había 39927 personas detenidas, al 17/12/2014 había 35979, la misma fecha, un año antes, 31.621 y en 2012, 30.988.¹⁶ Como se puede apreciar, la curva en los últimos años no ha dejado de ascender: casi 9000 presos en 3 años.

A pesar de dicha realidad, en los expedientes disciplinarios no se discute sobre la incidencia del hacinamiento en la generación de

¹⁴ La discusión entre las partes a veces se convierte en buscar por qué hendija hacer caer a partir de estándares jurídicos estrictos, un expediente realizado, generalmente de manera defectuosa por oficiales penitenciarios. Narra un defensor en una exposición sobre régimen disciplinario (Facultad de Derecho de la UBA, seminario anual del CEEP, 23 de abril de 2015), que su presencia en una unidad penitenciaria en resguardo de los derechos de los detenidos en el trámite de un expediente administrativo lo enfrentaba a una situación paradójica: los penitenciarios le consultaban sobre los pasos a seguir para asegurarse de que el expediente se encontrara correctamente realizado, cuando, -al mismo tiempo- al defensor le convenía que no lo estuviera, para de ese modo argumentar en favor del interés de su representado.

¹⁵ Solo como muestra, ver de la CSJN *Badin*, del 19/10/1995, *Verbitsky*, del 3/5/2005, *Rivera Vaca* del 16/11/2009, entre otros

¹⁶ Datos oficiales publicados por el Registro único de Detenidos dependiente de la Procuración General de la provincia. Ver respectivamente

<https://www.mpba.gov.ar/web/contenido/Informe%20RUD%202015.pdf>;

<https://www.mpba.gov.ar/web/contenido/Informe%20RUD%202014.pdf>;

<https://www.mpba.gov.ar/web/contenido/Informe%20RUD%202013.pdf>

<https://www.mpba.gov.ar/web/contenido/Informe%20RUD%202012.pdf>

Sozzo. Ob. cit., calcula que la tasa de encarcelamiento en la Argentina (sin incluir a quienes estarían alojados en comisaría) creció entre 2002 y 2013 un 24%. La tasa bonaerense fue del 32% de modo que la tasa de detenidos era del 183/100000 en 2013.

hechos de violencia o de alguna otra falta disciplinaria. Las condiciones de alojamiento transforman al régimen disciplinario en una de las formas de gestión de la violencia dentro de la prisión y no en una forma de seguimiento particularizado de cada detenido. Los agentes penitenciarios, recurren a la sanción del mismo modo que se recurre a la introducción de ciertos cultos evangélicos (Manchado, 2014, Bardinelli, 2012), la asignación a un detenido en el rol de *limpieza* encargado de pabellón con ascendiente o algún tipo de poder sobre los demás (CELS, 2015, p.220 y 241), las requisas indiscriminadas, el uso irracional de la violencia (CELS, 2015, p. 240), la “calesita” o traslado inmotivado de un penal a otro (Vacani, 2015). Todas ellas constituyen formas de administrar un universo conflictivo que supera la capacidad de gestión de pocos funcionarios con preparación deficiente y mal pagos.

La sanción de aislamiento y el efecto posterior sobre el posible acceso a salidas se convierte en una de las respuestas para controlar la violencia intramuros generada por el tipo de pena que el propio estado administra. Cientos de personas detenidas en un establecimiento, sin el mínimo de clasificación, en espacios diseñados para menos cantidad de habitantes y a cargo de un personal cuyo número está por debajo de un estándar razonable, empuja a ese orden, en el mejor de los casos (esto es, si supusiéramos que no hay corrupción, abuso, etc.), a contentarse con evitar muertos o heridos. Un informe de conducta, entonces, difícilmente pueda dar cuenta de la evolución de cada una de las personas allí detenidas. La falta de sanciones apenas demuestra que esa persona “no causa problemas”. Bastaría que un detenido no hiciera absolutamente nada más que comer y dormir, para tener una conducta ejemplar 10 (de nuevo, suponiendo que en el caso no hay además abuso, corrupción, “compra” de informes, etc.).

El escenario es compatible con el señalamiento de Sozzo en cuanto a que más allá del sostenimiento de la persistencia de la retórica de la resocialización, las cárceles argentinas, especialmente las de la provincia de Buenos Aires, tienden en la realidad a constituir cárceles depósito o cárceles jaula (Sozzo, 2009). La aplicación del reglamento disciplinario, entonces, no constituye un registro de la

evolución personal de la persona que transcurre su detención en un contexto en el que desaparece el estímulo o el seguimiento de esa evolución.

El sistema disciplinario es, entonces, una forma de gestionar los conflictos en una realidad penitenciaria que, justamente, llama a esos conflictos a los gritos. Una realidad penitenciaria que es, en suma, conflicto. ¿Por qué se pondría agresiva una persona que duerme en el piso, en un pabellón superpoblado, sin actividades, mal alimentada y con pobre atención médica?

Los jueces no suelen tener en cuenta esa perspectiva, si bien no les es desconocida. En el fallo *Verbitsky*, del 3/5/2005 la Corte Federal cita a la Corte IDH en el caso "Instituto de Reeducción del Menor v. Paraguay", el 2 de septiembre de 2004. Se menciona que el hacinamiento "fomentaba la desesperación y las tendencias hacia la violencia de los internos, y que "en vez de ser rehabilitados en el Instituto para una reinsertión satisfactoria en la sociedad, los internos fueron sometidos a sufrimientos diarios y por lo tanto, a un proceso de aprendizaje negativo y vicioso, el cual, en parte, explicaba el alto índice de reincidencia de los mismos". Como consecuencia de tal estado de hacinamiento se produjeron varios incendios que el Instituto no estaba en condiciones de repeler, ocasionado la muerte de algunos de ellos" (párrafo 43 del voto mayoritario). Pero decirlo de manera genérica no siempre se traduce en aceptarlo cuando toca decidir el caso particular.

5.c. Un supuesto conocido: la tenencia de teléfonos celulares.

Otro ejemplo llamativo en el universo de las sanciones disciplinarias es el del secuestro de teléfonos celulares en el ámbito penitenciario. La posesión de este tipo de aparatos es hoy probablemente el mayor proveedor de sanciones disciplinarias¹⁷. Aunque incipientemente se han registrado posiciones divergentes¹⁸, es escasa la discusión sobre el sentido de la prohibición. La razón por la que un detenido puede

¹⁷ Referencias obtenidas en entrevistas con personal de requisa del servicio penitenciario bonaerense.

¹⁸ Lo ha pedido la Procuración Penitenciaria (<http://www.ppn.gov.ar/?q=node/1901>). El Juez Mario Juliano también ha sostenido la necesidad de rever la posición contraria a la utilización de telefonía celular por los detenidos (ver <http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/Taller%20de%20Sanciones%20Disciplinarias.pdf>)

tener en su poder un teléfono celular puede ser razonablemente la de comunicarse con su familia, lo que no debiera ser objeto de reproche. Podría promoverse incluso, como un modo de sostener los lazos afectivos, siempre que no resulte contraproducente en el caso concreto. Los cuestionamientos a su posesión se ligan a razones de seguridad (comunicación interna entre detenidos ante la posibilidad de un motín), neutralización delictiva (se ha adjudica a llamadas telefónicas desde la cárcel la comisión de amenazas o extorsiones desde el interior de penales¹⁹) o la publicación de imágenes del interior de los penales hacia el exterior (lo que puede importar sanciones a funcionarios penitenciarios).

La Corte federal en *Desy*, del 19/10/1995, sostuvo que la relación lógica entre un reglamento carcelario y un *propósito de seguridad o disciplina no implica necesariamente la justificación del primero*. Con cita de la corte de los EEUU refirió para poner en evidencia que dicha relación de por sí no justifica al reglamento que "indudablemente hay una relación lógica ... entre la disciplina en la prisión y el uso del látigo con los prisioneros; y la seguridad está lógicamente apoyada mediante una total incomunicación de los reclusos, no sólo con otros internos, sino también con personas de afuera que de una manera imaginable pueden estar interesadas en concertar ataques dentro de la prisión o fugas" (párrafo 15 del voto de concurrente de los jueces Petracchi, Fayt y Boggiano).²⁰

5.d.- El aislamiento o "buzón". Otra cuestión que ha merecido escasa reflexión es el hecho de que las sanciones se cumplen en sectores específicos de la Unidad que también son utilizados para otros fines. En provincia de Buenos Aires se denominan S.A.C. – Separación del Area de Convivencia- y en la jerga se conocen como "buzones". Se destinan a detenidos en tránsito (que circulan de una

¹⁹ Entre otras, se ha convertido en un lugar común, más allá de su efectiva comprobación posterior o no, el asignar a llamados realizados desde unidades penitenciarias una práctica delictiva consistente en exigir vía telefónica dinero a cambio de un rescate por un secuestro fraguado. <http://www.lagaceta.com.ar/nota/672518/policiales/hubo-cinco-secuestros-virtuales-semana.html>

²⁰ Las controversias ligadas a los tipos infraccionales son numerosas: Planteos de inconstitucionalidad de infracciones no reguladas por ley sino establecidas en resoluciones del poder ejecutivo, las autolesiones como infracciones punibles, las dificultades para encuadrar dentro del tipo infraccional determinadas conductas.

unidad a otra), en etapa de admisión, detenidos mantenidos allí que por alguna razón de seguridad o por propia voluntad²¹. De modo que el espacio del castigo dentro del castigo es el mismo al que se recurre por seguridad para evitar agresiones de otros detenidos o para esperar un traslado, que en función de las dificultades burocráticas y logísticas puede demorar muchos días. Medidas de protección, sanciones y meras estadías de paso se confunden en el mismo espacio.

5.e.- Detenidos, procesados y condenados. De las personas privadas de su libertad en causas penales a diciembre de 2015, solo el 56,27 % estaba conformado por personas procesadas y el 43,73% eran condenadas (del primer grupo, 13,35% eran procesados con sentencia firme y los demás -42,92%- procesados a los que no se le había dictado condena en ninguna instancia)²². La población procesada detenida en el servicio penitenciario federal era en el año 2014 del orden del 60,41%.²³ El fenómeno excede el marco argentino para representar una constante del ejercicio del poder punitivo en el continente.²⁴

Eso significa que el parámetro de acatamiento de reglas de conducta como medida para evaluar su desenvolvimiento en prisión no puede estar orientado a su resocialización, por la sola razón de que esa resocialización no puede pretenderse de quien no se ha predicado culpabilidad. No es legítimo o racional la reinserción de una persona respecto de la cual no se ha probado que efectivamente lo requiera. Lo dicho trae una serie de discusiones laberínticas que se refleja en jurisprudencia contradictoria, en torno al modo en que el cumplimiento o no de los reglamentos pueda ser considerado para acceder a sistemas menos gravosos cuando la persona está detenida sin condena, es decir, no es considerada aun culpable. Se discute la exigibilidad del cumplimiento de estándares exigibles al condenado

²¹ Información obtenida en entrevistas y visitas a lugares de detención y sectores de separación de unidades penitenciarias bonaerenses.

²² <https://www.mpba.gov.ar/web/contenido/Informe%20RUD%202015.pdf>. m

²³ http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/INFORME%20ANUAL%20PPN%202014_0.pdf

²⁴ Así lo describe el Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, de la CIDH de diciembre de 2013. Disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>

cuando se trata de decidir salidas o libertades anticipadas respecto de personas de las que se afirma aun un estándar de constitucional de inocencia (Herbel y Rego, 2014).

5.f.- La burocrática inacción de los jueces. Ligado al punto 6.a., quienes deben decidir las cuestiones del régimen progresivo de la pena se encuentran con que la regla que deben utilizar no sirve para esa finalidad y no se procuran de ningún otro medio. Varios autores han señalado que los jueces son refractarios a desempeñar un rol proactivo en la modificación del escenario, cuando serían algunos de los actores con capacidad para hacerlo (Ales, Borda, Alderete Lobo, 2005, p. 28, Borrino, 2005, p. 150). Debe destacarse que desde 1853, la Constitución Nacional en su art. 18 los hace responsables de autorizar toda medida que importe la mortificación de las personas detenidas más allá de la seguridad en que se funda la aplicación de la prisión.

Nino, a partir de la famosa clasificación de Merton, mencionaba entre la formas de la anomia, la realización de la conducta prescripta por la norma, desconociendo los fines normativos que resultan frustrados por la conducta de los agentes. Se trata de una ilegalidad en sentido material, sostenida en una actitud ritualista o burocrática. Entendía Nino que se trata de una forma de ilegalidad, que más que un comportamiento externo importa una actitud hacia las normas (Nino, 1992).²⁵

Si bien en el mencionado fallo *Romero Cacharane*, la Corte Federal ha señalado que los jueces no deben aceptar mecánicamente la calificación de la autoridad penitenciaria sobre la conducta del recluso y, habida cuenta de su incidencia determinante sobre la concesión de la libertad, las prácticas judiciales continúan optando por la mirada ingenua o acrítica. La actitud ritualista o burocrática, sobre los informes que sirven de base a las decisiones judiciales termina evaluando una cáscara vacía de contenido. Los exámenes tienden a limitarse a comprobar si en los legajos se cumplen con determinadas exigencias formales, independientemente de que ello refleje la realidad a la que debe hacer referencia. Señala lúcidamente

²⁵ Nino, Carlos S, "Un país al margen de la ley", (pags. 42 y 43)

Vacani que los jueces reciben los informes del servicio penitenciario presuponiendo “que la buena conducta está relacionada al esfuerzo en el comportamiento dentro de la cárcel sin integrarse a esa mirada subjetivista la propia condición estructurante de la cárcel”. De este modo, el discurso penitenciario se incorpora al judicial, pues los jueces lo toman sin evaluar de qué modo el contexto define la conducta dentro de un penal. (Vacani, 2008; Vacani, 2015)

6. Algunas alternativas de actuación judicial

En la medida que se siga sosteniendo el paradigma disciplinario como uno de los ejes de la ejecución de la pena, parece razonable que sea una intervención directa e inmediata de los jueces la que permitirá sincerar el modo en que se decide. Un intento hasta ahora frustrado puede observarse en la regulación que en la provincia de Buenos Aires se previó con el dictado de la ley 14296 publicada en el Boletín Oficial el 8/9/2011 que postulaba que numerosos institutos de la ejecución se resolvieran en base a audiencias orales, públicas y contradictorias, con la participación del imputado, su defensa y el Ministerio Público Fiscal. La misma ley determinaba que la Corte Provincial fijaría un cronograma destinado a implementar el sistema de manera progresiva en el territorio provincial, pero ello no ocurrió hasta ahora.²⁶

Por otro lado, las visitas a las unidades carcelarias dan una mayor visibilidad de lo que ocurre en un centro de detención, en la medida que respondan a un protocolo que por permita una mirada inteligente y no forzosamente conciliadora. Ello podría neutralizar la suerte de cajas negras en que tradicionalmente se convirtieron los centros de detención, al punto que nadie salvo los que están adentro saben en qué consiste la vida cotidiana tras las rejas. El Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes prevé la visita periódica de parte de órganos internacionales y nacionales independientes como

²⁶ En algunas zonas de la provincia de Buenos Aires se ha implementado el sistema a partir de la decisión de las cámaras de apelaciones o de algunos jueces, pero la mayoría continúa esperando su aplicación.

un medio para prevenir la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Un corrimiento de la mirada de los jueces también podría contribuir a modificar el cuadro de situación. De hecho, la jurisprudencia argentina ha tenido la oportunidad de expedirse de manera crítica en torno al modo en que los informes de conducta efectivamente reflejan lo que míticamente están llamados a describir. En “Núñez, Fermín Angel” la Corte Nacional (Fallos 312 :891, del 13/6/1989) resolvió dejar sin efecto la denegatoria de libertad provisoria de quien había sido sancionado mientras se hallaba privado de la libertad durante la dictadura militar. Entendió el máximo tribunal federal argentino que los reglamentos carcelarios en los que se basaban los informes y prevenían las sanciones que se impusieron al condenado instituían un régimen de detención y tratamiento carcelario “severo” y hasta “perverso”. La Corte recurrió a los calificativos que el propio poder administrador había utilizado en la resolución 927/88 del Ministerio de Educación y Justicia al recomendar no valorar las sanciones recibidas durante el régimen de los decretos 1209/76, 780/79 y 929/80. El segundo de ellos, por ejemplo, prohibía cantar o silbar, imponía el deber de mantener la barba rasurada o la censura previa de la correspondencia.²⁷

Conclusión

El sistema normativo que rige la aplicación de la pena de prisión sigue sosteniendo el discurso resocializador a pesar de que la forma en que se lleva adelante la ejecución de la pena dista de ofrecer las condiciones básicas para su concreción.

El paradigma de la resocialización tiene un fuerte anclaje en el marco constitucional argentino, mucho más claro a partir de la

²⁷ A esta altura del trabajo, bien valga una aclaración. El texto analiza el modo en que se utiliza el informe de conducta para decidir la suerte de personas detenidas. Aunque resulte obvio quizás no esté de más referir que la cuestión central no es de qué modo evaluar la conducta de quien se encuentra detenido en condiciones insalubres o degradantes, sino en poner fin a esta forma de administrar las penas. En el texto se intenta presentar de qué manera la situación se vuelve cada vez más compleja a partir de la tendencia penitenciaria marcada por Sozzo a la cárcel jaula y la inacción de quienes debieran intervenir para su modificación.

reforma del año 1994, se enuncia también en las leyes de la nación y de las provincias y se refleja en el discurso de los jueces. La gestión disciplinaria de la vida intramuros cuyo control último corresponde a los jueces se lleva adelante mayoritariamente mediante legajos escritos, con infracciones que a veces no guardan relación con lo que se pretende controlar, en procesos administrativos llevados adelante lejos de los lugares de detención donde es común el hacinamiento y las malas condiciones de alojamiento de los reclusos. En las cárceles suelen convivir mezclados procesados y condenados y se utilizan como castigo el alojamiento en espacios que se usan también para fines diversos. Las circunstancias mencionadas conforman algunas de las manifestaciones de un sistema usualmente ignorado o no tenido en cuenta por los jueces al momento de tomar sus decisiones.

El sistema de la pena termina bifurcándose entre el modelo sostenido por el discurso judicial y el modo en que efectivamente se lleva adelante. En la medida que se pretenda sostener el sistema de la pena propuesto por la constitución es necesaria una conducta proactiva de los jueces a fin de acercar dos universos que, cruelmente, parecen estar cada vez más lejos.

Referências

ALES, Cecilia; BORDA, Rodrigo y ALDERETE LOBO, Rubén en “Sobrepoblación y violencia carcelaria en la Argentina, Diagnóstico de experiencias posibles y posibles líneas de acción”, en VVAA “**Temas para pensar la crisis. Colapso del sistema carcelario**”, CELS, Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2005, pag. 28 y sigs.

BORRINO, Raúl, “El encarcelameinto bonaerense 2003 .Palabras de emergEncia para una barbarie que no cesa”, VVAA “**Temas para pensar la crisis. Colapso del sistema carcelario**”, CELS, Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2005, pag. 28 y sigs.

BRARDINELLI, Rodolfo Luis, De Iglesias y pabellones inventados, en **Revista de ciencias sociales**, segunda época, N° 22, primavera de 2012, Editorial de la Universidad Nacional de Quilmes, pp. 7 a 26.-

CAIMARI, Lila. Apenas un delincuente. Crimen, castigo y cultura en la Argentina, 1880-1955. Editorial siglo XXI, Buenos Aires, 2004.

CELS “**Derechos Humanos en Argentina – Informe 2015**”, Centro de Estudios Legales y Sociales, Ed. SXXI, Bs As, 2015.

DE LA FUENTE, Javier y SALDURA Mariana, **El régimen disciplinario en las cárceles**, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011.

LOPEZ, Axel; Análisis del Régimen de Ejecución Penal; Ed. Fabián J. Di Plácido; Buenos Aires; 2004.

MAIER, Julio B.J., Derecho Procesal Penal, Tomo I, Fundamentos, 2da. ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996.

MANCHADO, Mauricio, La insumisión de las sumisiones: el discurso religioso en presos que pasan por situaciones de egreso carcelario, en *Revista Colombiana de Antropología*, vol. 50, núm. 1, enero-junio, 2014, pp. 83-99 Instituto Colombiano de Antropología e Historia Bogotá, Colombia.

LOPEZ, Axel; **Análisis del Régimen de Ejecución Penal**; Ed. Fabián J. Di Plácido; Bs. As.; 2004.

MAIER, Julio B.J., **Derecho Procesal Penal**, Tomo I, Fundamentos, 2da. ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996.

MANCHADO, Mauricio, La insumisión de las sumisiones: el discurso religioso en presos que pasan por situaciones de egreso carcelario, en **Revista Colombiana de Antropología**, vol. 50, núm.

1, enero-junio, 2014, pp. 83-99 Instituto Colombiano de Antropología e Historia Bogotá, Colombia.

NINO, Carlos S, “**Un país al margen de la ley**”, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1992.

PITLEVNIK, Leonardo, “**Tres cuestiones sobre la individualización de la pena**”, EN “Jurisprudencia penal de la CSJN” Pitlevnik Leonardo comp.; vol. 5, Hammurabi, Bs As, 2008.
SALT, Marcos y RIVERAVEIRAS, Iñaki, **Los Derechos Fundamentales de los Reclusos**, Ed. del Puerto, Bs. As., 1999.

SOZZO, Maximo, Populismo punitivo, proyecto normalizador y "prisión-depósito" en Argentina, en Sistema Penal & Violência, **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais** Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 33-65, jul./dez. 2009.

VACANI, Pablo “La aplicación de la violencia y el sentido de lo legal”, pag. 247 y sigs. En **Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal - Criminología**. Año VII, nros. 5 y 6, Bs as, Ad Hoc, 2008

VACANI, Pablo "La exigencia legal de "hacer conducta" ante condiciones carcelarias que lo imposibilitan" está en la **Revista de ejecución de la pena privativa de libertad y encierro ICARO** Año 9, Nro. 7- 2015 Buenos Aires, pág. 213-238.

ZAFFARONI, Eugenio Raul, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, **Derecho Penal**, Parte Gral. Ediar Bs As, 2000.

ZIFFER, Patricia, “**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***” La Ley, 2007-A, Bs. As. 2007.

Recebido em 19/06/2016 e
aceito em 15/10/2016.

Resumo: *El presente trabajo describe la tensión existente entre el paradigma de resocialización fijado por el marco constitucional argentino y el modo en que los jueces evalúan la situación de las personas detenidas al momento de calificar su conducta y de utilizarla en el marco del régimen progresivo de la pena. Se intenta presentar las dificultades de los jueces para apreciar lo que ocurre y se señalan algunas variables posibles.*

Palabras clave: *resocialización – conducta – condiciones carcelarias - prácticas judiciales*

Title: *Progressive system of serving sentences: rules of behavior and judicial practices in Argentina.*

Abstract: *This paper presents the tension between the resocializing paradigm set by the Argentine constitutional framework and the actual prison situation. In particular it focuses on how judges assess the prisoners behaviour under the progressive system of serving sentences. It tries to present the difficulties to distinguish what is declaimed by the judicial discourse and the current state of prisons. Finally it presents some posible alternatives to modify the described scenario.*

Keywords: *Resocialization, Behavior, Prison Conditions, Judicial Practices.*
