

## CÓMO PENSAR LA RESOCIALIZACIÓN

### *Aproximaciones y propuestas para su deslegitimación e invalidación judicial*

**Pablo Andrés Vacani**

*“..no hay libertad cuando algunas veces permiten las leyes que en ciertos acontecimientos el hombre deje de ser persona y se repute como cosa (..) éste descubrimiento es el secreto mágico que cambia los ciudadanos en animales de servicio; que en mano del fuerte es la cadena que liga las acciones de los incautos y los desvalidos. Este es la razón por la que en algunos gobiernos que tienen toda la apariencia de libertad está la tiranía escondida o se introduce en cualquier ángulo desde el legislador ..”*

CESARE BECCARIA, De los delitos y las penas, Capítulo 20.

### **I.-Introducción**

Abordaré la problemática del paradigma de resocialización ante su vigencia irrenunciable como norma constitucional desde sus prácticas operativas cuestionando su validez y su coherencia con los restantes principios constitucionales jushumanistas. Esto requerirá nuevas herramientas conceptuales y metodológicas con el objeto de buscar redefinir el sistema de garantías en el marco de un proceso cognitivo. El modelo procurado pretende prima facie una efectiva judicialización de la pena desde el servicio de defensa pública pretendiendo un seguimiento continuo de las prácticas penitenciarias excediendo postular dicha judicialización sólo sobre los cambios cualitativos de la pena. Entonces, a fin de no trabajar sobre puras ficciones y de recrear el sistema de garantías sobre las reglas del funcionamiento real de la institución penitenciaria la intención que procuro es que por intermedio de un discurso autónomo de la Defensa Pública trascendamos el habitus judicial para permitir quebrantar su dependencia externa que la mayoría de los magistrados tiene con la administración judicial y de ésta forma concientizar la violencia de las prácticas judiciales y de la anomia social que plasma su discurso.

Entiendo que respecto a los mecanismos críticos a la resocialización no ha reparado en el juicio de validez de la norma como modo de salvaguardar su vigencia acorde a una coherencia sistemática de principios jushumanistas que modelan la pena acorde al principio de mínima afectación.

El pretendido juicio de validez de la norma de reinserción requiere concebir la norma como práctica con finalidades políticas transcurridas en el marco de interacciones institucionales (ámbito judicial y penitenciario) dentro de un mismo campo de acción (violencia estatal). De ésta forma la validez de

la norma rompiendo con el modelo kelseniano se constituye como categoría distinta de las de vigencia y efectividad (normatividad y realidad) con el objeto de remover dichas antinomias.

Por un lado, una visión del proceso de ejecución sobre la base de dos concepciones: antinomia fundamental y falsas antinomias. Por otro consignamos al Estado la carga de justificaciones externa sobre la base del sistema de derechos fundamentales, donde todo ejercicio de poder está sometido a vínculos formales y sustanciales de legalidad. En este marco establecemos la relación entre el recluso y la administración penitenciaria en el marco de derechos y garantías. Así la consolidación programática de los deberes públicos va a evidenciar el marco del sistema de garantías primarias y secundarias. La primera como expectativa jurídica del interno en el marco de prestaciones sociales (positivas) y (negativas) de no lesión. Frente a esto las carencias y el grado de deterioración carcelaria menoscaban el sistema de garantías al ser dichas carencias administradas por la administración penitenciaria con finalidades disciplinarias y de corrupción en el ejercicio manifiesto de los grados de clasificación de concepto y conducta.

A fin de que tales prácticas institucionales generadas por intermedio de la resocialización se evidencien contradictorias a los principios de dignidad humana, libertad de conciencia, autonomía personal, de igualdad y oportunidad de trato, etc.. (CN,19, 75 inc.22 – CADH,11 y 12, DUDH,1 y 5- y 75 inc.23) resulta necesario modelar el sistema de garantías desde su propio campo de acción: condiciones de verificación y verificabilidad. Para ello la primera herramienta presupone desde la Defensa Pública el ingreso al ámbito jurisdiccional de las carencias materiales como contraofensiva y refutación en tutela a la garantía de defensa en juicio y de efectiva tutela judicial, procurando así mediante el sistema de nulidades reparar el perjuicio de la indeterminación del tiempo de la pena. De esta forma se nulifica aquella resolución judicial que se ampare en los dictámenes de la administración penitenciaria extralimitando las condiciones de verificación ingresadas al ámbito jurisdiccional. Dicha efecto de la reparación exigirá la soltura del interno en cumplimiento de los requisitos objetivos temporales exigidos por el legislador.

## **II.- Reseña histórica de la progresiva adecuación de la resocialización como fin de la pena y modelo disciplinante**

Podemos decir que el monopolio de violencia estatal se ajusta a partir de la creación de una emergencia: *el Malleus Malleficarum*, “el mal cósmico y la brujería”. Por entonces media humanidad es potencial aliada del demonio (todas las mujeres) y en consecuencia, como son inferiores, tienen menos fe y por ende son potenciales aliadas del maligno. Frente semejante amenaza no hay ningún límite, lo único que puede haber es el derecho de policía, y así nace la Inquisición. Desde el S.XII y XIII hasta hoy el estado no paró en crear emergencias “penales”,

necesitado de un aparato discursivo. Por supuesto nunca el poder punitivo resolvió ninguno de éstos problemas.

Hasta que éste sistema no pudo sostener más los procesos de pauperización ante la crisis de clases frente a la nobleza, los industriales requerían de un nuevo discurso que contuvieran el poder de la nobleza: Hobbes construye el modelo más acabado del poder absoluto como extremo del absolutismo estatal bajo el paradigma del contrato social.

Dice ahora el Soberano: “Bueno muchachos ahora todos tienen que renunciar a ejercer sus derechos naturales para obtener en compensación mi seguridad, pero a condición de que todos hagan lo mismo”. Ahora va a ser una potencia incontestada e incontestable por el exceso de su poder quien debe asegurar y legitimar el montón de fuerza y coacción que permita en pleno estado de naturaleza, instaurar la sociedad civil.

Ahora el *Estado codificador* designa por intermedio del derecho el marco lo justo y lo injusto, claro que de aquí en más lo hará siempre en su conveniencia. No pudiendo más que destacar que los derechos naturales fueron positivizados la ley fue objeto de criminalización<sup>1</sup>, sin perjuicio que luego devendría los límites a la actividad estatal por intermedio de la doctrina iusnaturalista del respeto a las libertades fundamentales, la teoría jurídica del estado de poder público, (etc..) que pulularon la construcción histórica del estado constitucional de derecho<sup>2</sup>.

Entonces quienes incumplen con dicho paradigma contractual adecuado a las leyes estatales, deben pagar. Pero dada la falta de sostén económico como consecuencia de la parcelación de la tierra y la creación de las concentraciones urbanas permitió la determinación de nuevas condiciones de política social: “quien no paga se cobra un tiempo de vida en prisión que éste ofrece como posibilidad de trabajo”. Surge la pena privativa de libertad.

Aquí debemos detenernos un poco, puesto que desde aquí la organización de la práctica institucional terminará por estructurarse sobre un modelo disciplinario: **la propagación del sistema de fábrica**<sup>3</sup>. Este modelo disciplinario va a estar ensayado hacia los ex campesinos y artesanos sin trabajo. Bajo los fundamentos de esta experiencia originaria, surge entre 1700 y 1800, la institución penitenciaria propiamente dicha. Etapa donde el sueño del Panoptico Benthamiano intenta dar un cuerpo disciplinante a toda la sociedad, en el proyecto político del SXVIII<sup>4</sup>. A partir de aquí la pena va a tener como fin dominante la justa utilización de la fuerza de trabajo de los prisioneros a través del empresario<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> A partir de aquí el papel de la ley permite plantear con precisión la cuestión de la represión en el ejercicio de poder. Poulantzas, Nicos, *Estado, poder y socialismo*, Ed. SXXI, Madrid, 1980

<sup>2</sup> Cfr. Marí, Enrique, *Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden*, publicado en Derecho y Psicoanálisis, Ed. Hacchette, 1987.

<sup>3</sup> Cfr. Melossi, Dario y Pavarini, Máximo, *Cárcel y fábrica*, Ed. SXXI, México, 1977.

<sup>4</sup> Polanyi, Karl, *La gran transformación*, Ed. Juan Pablos Editor, México, 1983.

<sup>5</sup> Cfr. Rusche, G. y Kirchheimer, O. *Pena y Estructura Social*, Editorial Temis, Bogotá, 1992.

Con la industrialización se cambiaron las relaciones sobre el mercado laboral: la máquina y la emancipación campesina liberan mucha *fuerza de trabajo* y reemplazan los trabajadores prisioneros. El trabajo de los prisioneros resultaba poco rentable. Sin embargo en esta transición a la moderna sociedad industrial, ha sido propiamente el principio la libertad de trabajo como condición necesaria para la ocupación productiva de la fuerza laboral la que redujo al mínimo el rol económico del trabajo de los detenidos en prisión.

Al cambiar la forma de fiscalismo, es a partir de aquí que comienza a tener fuerte aceptación **la idea de tratamiento terapéutico** del condenado no sólo como consecuencia de un mayor progreso científico sino también por el desalojo del concepto de que el trabajo constituía el medio fundamental de tratamiento<sup>6</sup>.

A todo ello la población excedente pasa ser vital en el diseño de la política, su continua reproducción se generaba en razón de la restricción del control que sobre el mercado de trabajo ejercía el capital monopolista, ésta implicó una dependencia que impulsó variados programas de asistencia social. En esta situación que orientó la política de control del Welfare State adquiere vigencia la expresión “*resocialización*” dirigida sobre el interno sin sentido y alcance.

Siendo su objeto la persona humana no hubo manera que tal principio no fuese funcional a un modelo de “tratamiento” sobre consideraciones morales y pragmáticas: el “mal” como enfermedad eran causados por el desorden de modo que el mejoramiento se buscaba en la disciplina y ésta en la prisión.

Esta *política del gran internamiento* resultó en una crisis irreversible y toda política de control social posterior estuvo suscitada a favorecer prácticas dirigidas a la destrucción de la población “excedente” como modo de afrontar el desorden social. Ante la necesidad de materializarse, surgen dos modelos de política criminal:

Por un lado, el sueño benthaniano va a intentar materializarse por intermedio de Toqueville (1792): la ciencia arquitectónica se transforma en ética. Es la modalidad de la celda quien por sí misma es capaz de sanar el “mal”.

Sin embargo el poder de normalización y la necesidad organicista de una sociedad de cuerpos dóciles permitió la entrada de la versión idealista alemana: surge la *teoría del mejoramiento de Roder* (Beesserungstheorie). Esta no reside en su resultado sino en su necesidad ante la ausencia de una alternativa practicable.

Queda claro que al considerarse la estructura real de la sociedad capitalista moderna con todas sus diferencias sociales, surge la consideración de que para luchar contra la criminalidad de los estratos desprivilegiados, las penas tienen que ser de tal naturaleza que estos estratos deben recelar un

---

<sup>6</sup> Cfr. Bergalli, Roberto, *¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?*, Publicado en la Revista del Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid, Año LXXVI, 1976.

**deterioro ulterior de sus condiciones de existencia, diseñado como modelo de reproducción y de construcción social.**

Ya en la segunda mitad del siglo XIX la multiplicación de la tipología carcelaria va a reflejar *la conciencia de la inutilidad de la respuesta carcelaria*. Esta evidencia delata la imposibilidad de “no emplear” de la cárcel<sup>7</sup>, lo que va a implicar de aquí en adelante no un sinceramiento discursivo sino punitivo por intermedio del mismo: la finalidad de la pena comienza a centrarse hacia **el preventivismo peligrosista** del positivismo criminológico.

Entonces va a ser de utilidad relevante que tomemos en cuenta a partir de aquí las transformaciones de la concepción resocializadora y sus variantes discursivas como los aspectos teleológicos principales que determinan los métodos de ejecución de la pena.

A finales del siglo XIX la configuración del castigo va a estar dada por intermedio del *discurso médico policial*. Por un lado, la Scuola Positiva italiana quienes centran su discurso en explicaciones causales sobre el determinismo bio/psico/social. Y por otro lado surge el Programa de Marburgo (1882) como prédica a la ideología terapéutica del derecho penal.

A partir de estas dos vertientes prevalece por sobre la disciplina social, la mera inocuización de la persona humana. Desde dicho momento hasta hoy, en América Latina, la idea resocializadora no se ha desatado del tratamiento terapéutico intramuros como condición de progresividad en el medio carcelario.

Con el nacimiento del Estado moderno comienza una expansión progresiva hacia la especificidad de los ámbitos normativos y de saber, del ámbito jurídico penal al médico terapéutico como modos de estabilizar el poder de normalización.

Sin embargo este momento discursivo por su estrecho vínculo con el racismo entra en crisis definitiva en la Segunda Guerra Mundial, al tiempo que surgía el Estado de Bienestar.

Entonces a partir de aquí hay un cambio de paradigma violento, *el art.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos* marca un giro total al enmarcar el ámbito de autonomía personal<sup>8</sup>.

Pero si bien cae el reduccionismo biológico, es en 1966 por intermedio del PIDCyP y más luego en 1969 por intermedio de la CADH donde se postulan como norma constitucional el fin de resocialización de la pena por intermedio del tratamiento penitenciario. Esto permitió que *al desbiologizarse el discurso del tratamiento se multiplican las ideologías “re”* en diversas variantes como forma de alcanzar el concepto vacío de “readaptación social”.

---

<sup>7</sup> Cfr. Pavarini, Máximo y Guazzaloca, Bruno, *L'esecuzione della pena privata della liberta'*, Ed. Pessola, Milano, 1994.

<sup>8</sup> El concepto tradicional positivista de peligrosidad es incompatible con la premisa básica de jushumanismo: todo humano es persona porque está dotado de razón y conciencia; peligrosidad implica determinación (negación de elección autónoma). En este sentido, peligrosa puede ser una cosa pero no una persona”. Zaffaroni – Alagia – Slokar, *Derecho Penal. Parte General*. p.52, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000.

Desde tal propuesta semejante, a partir de la década del 70' hasta hoy los países europeos como latinoamericanos encuentran su proyecto ejecutivo penal en dicha *filosofía "re"*, aún cuando ésta se revela como imprecisa o confusa a nivel constitucional o simplemente utópica en el nivel penitenciario<sup>9</sup>.

Es posible que hoy asistamos a nuevas necesidades de disciplina social que presionan en forma bidimensional: por un lado la resurrección de la *respuesta custodial* de la New Penology y por otro el diverso empleo de lo social mismo "fuera de los muros"<sup>10</sup>.

### **III.- La primacía de lo penal como única política de gestión de los conflictos. Crisis de legalidad y aumento corporativo de la administración penitenciaria.**

Dicho esto es necesario remarcar dos errores:

El primero de estos es que, como hemos visto, ha sido bajo la lógica del paradigma científico "re" que se pretendió buscar explicaciones causales a un fenómeno político: el conflicto social<sup>11</sup>. Los positivistas dijeron: " *..se acabaron los problemas, la ciencia tiene capacidad para hacerse cargo de esto ..*", de ésta forma tal modelo integral desplaza al normativo.

De aquí en adelante pasando de los postfinalistas a los funcionalistas sistémicos –bajo el paradigma del orden- la ciencia penal resulta integral de la política criminal y el derecho penal. Este grave error permitió descomprimir todas las instancias previas de gestión del conflicto<sup>12</sup> –paradigma de actuación propio de la democracia sustancial-, conforme lo prevé el principio de última ratio. A partir de aquí y por intermedio de la política criminal el Estado intenta dar respuesta al conflicto sólo por intermedio de sus usos violentos, lo que permite continuar legitimando la reinserción como reproductor de violencia social profundizando la tecnología burocrática y corrupta de las agencias penales. Tal criterio modeló la reforma penitenciaria de los años 70'.

---

<sup>9</sup> Las decisiones políticas criminal requirieron más que nada a partir de los años 70' objetivar la realidad carcelaria normativizándola en forma imprecisa y poco clara. Este intensivo uso legislativo que implicó una extensión desmesurada del derecho penal ha incidido sobre la estructura garantista de jurisdicción y legalidad, lo que fue agrietando su legitimidad y ampliando la divergencia entre normatividad de los principios y efectividad de su praxis

<sup>10</sup> La New Penology se enmarca en la tarea política del orden metropolitano desarrollada en los años veinte y treinta en las ciudades de Detroit y Chicago. La situación que vivía las ciudades eran de simbiosis<sup>□</sup>: la habitual vida en común de diferentes organismos y especies dentro de un mismo hábitat. Las políticas de control social tuvieron que estar ligadas a la necesidad de homogeneizar la sociedad. Esta configuración punitiva permitió a apertura del fenómeno de re-privatización de las agencias represivas y de control social reactivo lo que implicó desplazar a la vez la idea de readaptación social del individuo, de modo que el presupuesto de la desviación es releído como necesidad de regulación y gerenciamiento de los riesgos. Véase Malcom Feeley & Jonathan Simon, *La nueva penología: notas acerca de las estrategias emergentes en el sistema penal y sus implicaciones*, Revista Delito y Sociedad n°6, 1995.

<sup>11</sup> "No existe sociedad sin política, porque no existe sociedad sin poder y sin intereses, comunes o contrapuestos. La política se sitúa, pues, en el centro del marco constituido por el poder y esos intereses; ella regula el fenómeno básico del conflicto o disenso social". Binder, Alberto, Introducción al Derecho Procesal Penal, p.44, Ed. Ad Hoc, 2da. Edición, 2000.

<sup>12</sup> a) Nivel de gestión social b) Modelo de referencia normativo c) Nivel de conciliación d) Justicia reparadora

De ésta forma la política criminal pasa a administrar violencia, lo que generara dos crisis: una externa donde la conflictividad se pretende solucionarla prima facie por intermedio de instrumentos violentos aumentando el poder de las agencias penales.

Y otra interna donde la política criminal será la menos eficaz para solucionar y gestionar el conflicto, lo no contribuye a una sociedad menos violenta.

Por contrario a toda ideología “re”, todo análisis político criminal<sup>13</sup> no debe partir desde la óptica del delito como manifestación de conflictividad, pues propiamente el delito es una construcción político criminal. Este es el error de la dogmática al pretender explicarla por fuera del ejercicio de la política criminal buscando la eficiencia de sus instrumentos por su intermedio.

El segundo error proviene de la sociología del delito (Merton; Parsons)<sup>14</sup> al considerar ex ante al conflicto como elemento negativo de la sociedad. De ésta forma no se da cuenta que *todo proceso social es conflictivo*, es más una sociedad sin conflicto resulta imposible Como establece Bourdieu abandonando el término sociedad y hablándonos de la idea de campo y espacio social como ámbito de todo conflicto donde los agentes y las instituciones luchan permanentemente por apropiarse de productos específicos que se encuentran en disputa, con distintos niveles de fuerza entre los competidores<sup>15</sup>.

Esto ha permitido viabilizar desde el marco teórico a la resocialización como instrumento normativo que permitiera canalizar la “desviación” posibilitando así que la conflictividad quede librada a su propia dinámica por intermedio del abuso de poder estatal, intensificando el corporativismo de la agencia penitenciaria.

Procurando salvaguardar a la ciencia penal de la política criminal, los objetivos políticos de éstas sólo pueden resultar eficaces minimizando la coerción penal procurando elevar el desarrollo de los otros niveles de gestión de conflicto. Sin embargo lejos de ser éste un objetivo del poder ejecutivo en toda latinoamericana una **nueva racionalidad** fue imponiéndose en el marco de las democracias de transición: la “razón de Estado” como principio orientador de la producción normativa jurídica-penal, comienza a subsistir a las “razones jurídicas”. Ante este contexto de política social se destacan dos características:

Primero, las comunicaciones masivas y las técnicas administrativas de formación de opinión (sondeos, encuestas, etc..) han ido desplazando a los partidos políticos como centro de legitimación por fórmulas de capitalismo financiero, con una gran movilidad y poder de concentración. Este desplazamiento de legitimación popular permitió que los medios de comunicación masiva pasen a

---

<sup>13</sup> Disciplina que permite evaluar, diseñar y ejecutar las estrategias de política criminal

<sup>14</sup> Cfr. Taylor, Ian, Walton, Paul y Young, Joung, *La nueva criminología*, Ed. Amorrortu, Buenos Aires, 2001.

<sup>15</sup> Bourdieu, Pierre, *Elementos para una sociología del campo jurídico*, p.186 Siglo del Hombre Editores, 2000.

ocupar el sitio central de circulación y legitimación, de prácticas y discursos, pudiendo modificar momentáneamente la orientación de la sensibilidad popular<sup>16</sup>.

Segundo, esta imposición de la razón de Estado enfatiza aún más la brecha entre *normatividad* y *efectividad*. La primacía de lo penal se extiende hacia diferentes frentes:

Por un lado, como momento central en la *construcción de una cultura y de una praxis de emergencia* en el que madura un fetichismo normativo que representa el plano más bajo de efectividad de las garantías constitucionales.

Expresiones de esta falta de efectividad son la previsión de figuras delictivas sin una connotación y denotación legal precisa – como el caso de los delitos de peligro abstracto- con la consiguiente amplitud de la discrecionalidad de los jueces; técnicas inquisitoriales de penalización que coartan al imputado – como el juicio abreviado-; las leyes de encarcelamiento masivo, etc . Estas sólo canalizaban la eficacia del Estado en la imposición de sus instrumentos violentos, lo que de alguna manera desestabilizan el desarrollo del proceso cognitivo acusatorio (formal) desarrollado paulatinamente en el ámbito de reformas procesales de muchos países de América Latina.

De esta forma, los Estados democráticos acudieron a la creación de una legislación de excepción gestada por una verdadera “*cultura de la emergencia*” que de aquí en más manifestando la amenaza ficcional del “*enemigo interno*”<sup>17</sup> va a permitir la interpretación de los modos de convivencia para mantener el orden social mediante la administrativización del derecho penal como respuesta *prima ratio* a los conflictos sociales<sup>18</sup>.

Inmersa en ésta crisis la institución penitenciaria va a tender desarrollarse aún más en *espacios de acción extralegal o de legalidad atenuada privilegiando técnicas disciplinantes normativamente atípicas, libres de vínculos y estorbos garantistas, flexiblemente adaptable a los cambios coyunturales* ( ley 12.543; Régimen de Modalidades Básicas dec.396/99)<sup>19</sup>.

Esto aumentó el corporativismo de la administración penitenciaria y permitió competencias políticas no sólo entre otras agencias penales sino también internamente. Esta crisis de legalidad que azotó a las transiciones democráticas y enmarcó su crisis de legitimidad actual intensificó aún más el grado de dependencia externa de los sistemas judiciales.

---

<sup>16</sup> Cfr. Ganón, Gabriel, *La lucha por el derecho o la reforma del sistema de (in) justicia*, publicado en Revista de Criminología y Control Social n°2, Ed. Juris, Rosario, 2000.

<sup>17</sup> Cfr. Lechner, Norbert, *Los patios interiores de la democracia*, publicado en FCE, Chile, 1990

<sup>18</sup> Esto va a implicar una divergencia profunda entre las estructuras legales y estructuras reales de la organización estatal. De esta forma las sedes del poder estatal tienden progresivamente a desplazarse de los órganos constitucionalmente visibles hacia centros más o menos ocultos del aparato burocrático marcados por modelos de intervención decisionistas y tecnocráticos sustraídos a los controles parlamentarios y jurisdiccionales (ejemplo la DGI, AFII, Consejo de la Magistratura).

<sup>19</sup> Barata, Alessandro, *La legislazione dell'emergenza e la cultura giuridica garantista nel processo penale*, en Dei Delitti e delle Pene n°3, Bari, Italia, 1983.



#### IV. ¿Qué alternativa nos quedan frente al proceso de ejecución de la pena?

Desde ya que en primer lugar debemos instaurar desde el servicio de defensa pública una efectiva judicialización como derivación del principio de legalidad penal (CN,18)<sup>20</sup> y del derecho constitucional de protección judicial efectiva (CADH,25), lo que exige adecuar la ejecución de la pena en el marco de un proceso respetuoso de las garantías penales y procesales con ampliando las posibilidades de acceso inmediato a la justicia<sup>21</sup>.

No podemos hablar de una efectiva judicialización de la pena conforme a la vigencia de sistemas de garantías **si éstas no se adecuan a las reglas del funcionamiento real de la institución penitenciaria** y su programa punitivo en base al fin de “reinserción” de la ejecución.

De ésta forma debemos fortificar el sistema de garantías no sólo en aquellos cambios cualitativos del encierro ( traslados, sanciones, etc..) sino también sobre el marco de dos aspectos esenciales: 1) de un seguimiento continuo de su vida carcelaria posibilitando la legitimidad del encierro sólo en base a las prestaciones positivas exigidas por el los deberes públicos estatuidos, máxime en el marco del encierro. 2) sobre determinados factores como la indeterminación semántica normativa, la preeminencia legislativa a la seguridad carcelaria por sobre la humanización del encierro, las políticas legislativas de dispersión y aislamiento, etc...

La judicialización se insertaría en un marco de eficiencia se adecuamos el propio discurso penitenciario a sus deficiencias reales, evitando progresivamente con ello la reproducción de la lógica disciplinante “re”, dándole total relevancia a la voz del interno mediante la inserción de la oralidad limitando el hermetismo de las relaciones de sujeción especial, acentuar la conciencia política en las luchas por sus reivindicaciones y fomentar la cooperación entre presos, el servicio público de defensa y asociaciones no gubernamentales.

Por ello no basta conceptualizar la resocialización en forma descriptiva como obligación impuesta al Estado de proporcionar al condenado las condiciones necesarias para el encierro como así adecuar al sistema de garantías en torno a reproducir la ideología “re”, pues si bien debemos adecuar el sistema de garantías bajo la lógica de satisfacer las prestaciones del recluso, cuyo

---

<sup>20</sup> El principio implica que las penas deben ejecutarse del modo previsto en las normas vigentes antes de la comisión del hecho ilícito que justifica la condena. De ésta forma el principio de legalidad no sólo exige una definición respecto de la duración de la pena sino también de una regulación legal de sus condiciones de cumplimiento (características cualitativas) por intermedio de normas de derecho penal material. Todas las decisiones sobre modificación de las condiciones concretas de cumplimiento de la pena exigen la garantía de jurisdiccionalidad y activan las garantías procesales orgánicas que limitan la actividad del juez.

<sup>21</sup> El dictado de la ley 24.660 ha de alguna manera pretendido caracterizar a la efectiva judicialización incorporando a nivel normativo la figura del juez de ejecución, aún en el ámbito de nuestra provincia de Buenos Aires no instaurado. Lo cierto es que lejos de judicializarse todos los cambios cualitativos del encierro éste resultó ser un mero instrumento burocrático al servicio de la agencia penitenciaria, puesto que su falta de acceso al ámbito carcelario (no contando con datos empíricos sobre la cantidad de operadores penitenciarios y el porcentual de reclusos, como así innumerables factores que hostigan la cotidianeidad del recluso) su operatividad opera en el habitus de su hermetismo. Esta situación exige que el Servicio Público de Defensa en su contacto con familiares de detenidos y en su obligatoriedad de realizar constantes inspecciones a las unidades carcelarias, solo a partir de él pueda instaurarse una efectiva judicialización de las condiciones de encierro.

ejercicio requiere de una prestación positiva estatal, aún en los casos excepcionales en que dichas prestaciones se efectivicen ello permitiría hacer inobjetable su tecnocracia desocializante como resulta del tratamiento penitenciario como así sus estrategias de control carcelario que se tornan contrarias a la vigencia del principio de dignidad humana, de autonomía de conciencia personal y de igual y oportunidad de trato (CADH,11 y 12; DUDH,1; CN,19 y 75 inc.23 y otros ).

Es necesario **construir herramientas conceptuales y metodológicas que eviten reproducir la ideología “re”** eliminando mediante su juicio de validez constitucional las definiciones y mecanismos estructurales que a menudo la ocultan o la manipulan tanto desde el ámbito normativo, judicial y penitenciario.

Para ello debemos ubicar el proceso de ejecución penal y el ejercicio del sistema de garantías en el marco de una **antinomia fundamental**. Esta antinomia tiene dos vectores desiguales de fuerza. Uno, el más poderoso que implica el aparato burocrático y violento del orden carcelario que pretende que su programa punitivo “de orden” sea eficaz en el uso de sus instrumentos disciplinantes permitiendo que dicho programa sea por demás efectivo.

Por otro lado, con menos fuerza, está el sistema de garantías que permite oponerse a dicha pretensión punitiva posibilitando que el encierro se efectúe en concordancia con el ejercicio de los derechos fundamentales del interno.

Esta antinomia permite visualizar a la ejecución de la pena como **una tensión** reflejada por los supuestos contradictorios e irreconciliables del propio fin de la ejecución de la pena (reinserción). El contraste entre su teorización científica por intermedio de la Junta de Selección o Comité Criminológicos – en cuanto a las funciones reinsertadoras de la institución carcelaria – y sus funciones sociales prácticas.

A fin de desentrañar dicho contraste en el marco de un proceso respetuoso de los principios jushumanistas que modelan el carácter supralegal de la ejecución de la pena debemos determinar el grado de validez constitucional de lo que constituye la arqueología de la cárcel: **los grados de clasificación y tratamiento**.

Estos guarismos clasificatorios de pronósticos y diagnósticos permiten que bajo la lógica resocializadora y de tratamiento penitenciario se sustraigan al control de estricta legalidad prevaleciendo figuras legales *elásticas y no taxativas* que dejan un amplio espacio de arbitrariedad en manos del Comité Criminológico ó las Juntas de Selección<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> Caso por ejemplo del dec.396/99 de Régimen de Modalidades Básicas el cual para avanzar en el régimen progresivo (máxime dentro del período de tratamiento) a demás de exigir al interno cumplir con el numeral exigido en concepto y conducta requiere el dictamen favorable del Consejo Correccional y resolución aprobatoria del Director del establecimiento (art.20,23, 27, 34).

Este constituye ni más ni menos el sistema de dominación por excelencia en base al cual la agencia penitenciaria administra el tiempo de duración de la pena<sup>23</sup>. **La indeterminación del tiempo es el fundamento de las estrategias de control carcelario** y la mejor manera de evidenciar como el postulado de reinserción y tratamiento se sustraen del principio de legalidad y jurisdiccionalidad. De ésta manera *el principio de resocialización se constituye en un microsistema de poder destinado a la dominación y domesticación para la disciplina social del internado.*

De esta forma por intermedio del paradigma resocializador se instrumentaliza el tratamiento con fines disciplinarios si tenemos en cuenta que los grados de clasificación establece la forma de estructurar y funcionalizar este sistema, enmascarando sus funciones sociales latentes de corrupción y castigo físico y psíquico. Además de posibilitar el “tratamiento” hacia los reclusos en función a los diversos grados de adaptación al sistema penitenciario, violando claramente el principio de igualdad y oportunidad de trato (CN,75 inc.23), el avance en la progresividad va a estar determinado por las condiciones sociales del interno en el exterior: formativas, laborales, vivienda, recursos económicos, situación familiar, etc... Por lo tanto quienes disponen de mejores condiciones sociales tendrán más posibilidades de alojarse en regimenes menos severos y menores problemas para efectivizar su soltura anticipada.

Como vemos el ideal resocializador ha permitido provocar una ruptura de la legalidad y de los principios jushumanistas, un corporativismo penitenciario asistencial del clientelismo político, un incremento progresivo de la corrupción penitenciaria y un fortalecimiento de su andamiaje burocrático y negocial de la pena.

Sin embargo la función administrativa de la institución carcelaria por intermedio de éste conglomerado de médicos- penitenciarios que cargan sobre la reinserción social el ejercicio de sus funciones continúa **fuertemente confiada al poder legislativo y al judicial, además de su dependencia al poder ejecutivo.** Esta particular característica, que la hace partícipe de todos los poderes del Estado, a diferencia de otras ramas de la administración pública está **estrictamente vinculada a su función administrativa en referencia con las libertades fundamentales.**

Es por ello que su función administrativa se va a fundamentar siempre como “*violencia*” legitimada por un discurso segregacionista incompatible a una clara determinación legal basadas en valoraciones tan opinables como incontrolables judicialmente lo que limita la concepción de un proceso cognitivo en el ámbito de la ejecución de la pena.

Ahora bien, el hecho que la irracionalidad del legislador delege a la administración penitenciaria la disponibilidad de los derechos fundamentales del interno dando la espalda a toda la política

---

<sup>23</sup> Sin embargo, asiduamente vemos aquellos casos en que el interno tiene excelente concepto y conducta y sin embargo los dictámenes de la Junta de Selección son negativos, corriendo casi siempre igual suerte en el ámbito jurisdiccional. Modelan dichos informes el uso de las teorías psicoanalíticas de la criminalidad, donde al formular la entrevista al interno se pretende reivindicar los sentimientos de culpa sedimentados en el inconciente del sujeto. Al aparecer la formula correcta es “que el sujeto no reviste capacidad crítica en su accionar”.

jushumanista del derecho internacional y de nuestra norma constitucional se afronta de ésta manera a otro ejercicio aún más irracional: *la opacidad de la razón jurídica*.

Cuando la expresa función de los jueces de ejecución es el control constante de todos los cambios cualitativos de la pena como así el ejercicio racional de los actos de gobiernos como lo exige el control de constitucionalidad difuso (CN,28) se manifiesta una praxis judicial que encuentra en esta parte del proceso penal sus reflejos atávicos herederos de nuestra rica y nunca extinta tradición penal inquisitiva.

Esto ha reflejado, como tiene en cuenta Ferrajoli, que *la práctica es siempre más deficiente que la legislación formal*, pues cuanto más contaminado está el derecho por la violencia y cuanto más difícil e incierta es su legitimación, será menos merecedora de reflexión técnica y axiológica si de lo que se trata es dar respuestas causales a la criminalidad<sup>24</sup>

Por lo tanto al pasar de los niveles más altos a los más bajos del ordenamiento – de la Constitución a la legislación ordinaria y reglamentaria, de la legislación a su aplicación judicial e incluso la que se encuentra satisfecha por la función de la administración penitenciaria – se verifica un *décalage*, es decir un derrumbe de las garantías normativas que determinan la vigencia de los derechos fundamentales del interno.

## **V.- Aproximación a un sistema de nulidades que revierta las practicas penitenciarias y judiciales en torno a la ideología de resocialización y afiance el control de constitucionalidad.**

### **A.- Presupuestos**

La óptima visión del proceso de ejecución penal exige profundizar el concepto de antinomia fundamental evaluando sobre dicho concepto las prácticas de los operadores penitenciarios y judiciales. Binder llama a ésta interacción *falsas antinomias*, considerándolo como aquellas prácticas normativas e institucionales que recargan innecesariamente en esta tensión de eficacia del programa punitivo y el sistema de garantías.

Tales prácticas son numerosas y dinámicas como por ejemplo la concepción como vinculante de las decisiones de la Junta de Selección, la ausencia de constitución de los jueces de ejecución en la provincia, la falta de representación política y judicial de los familiares de detenidos, la paradoja del ministerio público fiscal de ejercer el contralor de condiciones de detención cuando a la vez dictan en forma masiva prisiones preventivas como así obvian efectivizar medidas alternativas de encierro, etc.. .

---

<sup>24</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, Ed. Trotta, Madrid, 1989.

Estas falsas antinomias como vemos se dan en un mismo campo de interacciones sociales que se identifican con algo. Bordieu dice<sup>25</sup>: “...lo que define este campo es lo que ésta en juego ..”. Aquí tanto en el ámbito de la administración penitenciaria como en el ámbito jurisdiccional lo que está en juego es la violencia del estado y ésta es la que determina su campo de interacción.

De esta forma no se trata de determinar si la violencia es justa o injusta por que ello no desvirtúa el poder penal sino **de lo que se trata es de tener conciencia de la violencia de las prácticas tanto penitenciarias como judiciales**<sup>26</sup>.

Para ello el citado sociólogo francés desarrolla el concepto de *habitus* que determina a sus actores en su campo de interacción. Pareciera que las estructuras de las instituciones fuesen objetivas y no se vincularan con las personas. Sin embargo el *habitus* no sólo propende estructuras sino prácticas que automatizan la propia conciencia de sus operadores. Por ejemplo: *¿ creerán los miembros de la Junta de Selección como así los magistrados que legitiman sus dictámenes que la cárcel resocializa? .*

Esto resulta relevante en términos de interpretar la norma de reinserción y ante el ejercicio de tales prácticas determinar mediante el sistema de nulidades su falta de validez constitucional.

Para dicha actividad procesal debemos tener en cuenta que todo juicio de validez frente a una norma exige interpretarla no sólo como el uso de la palabra desde la determinación de la semántica sino que **toda norma me establece una práctica que tiene una finalidad política y que transcurre en este marco de interacciones institucionales dentro de un mismo campo**. Como tiene dicho Alberto Binder “*La norma es una práctica que desplaza a otra práctica anterior*”.

Sin embargo el pensamiento jurídico con relación al ejercicio latente de las instituciones estatales se ha considerado como *de negación*<sup>27</sup>, pues la ciencia jurídica siempre ha tendido a pensar al poder como un problema de otras ciencias sociales, limitándose sólo a las relaciones de deber ser. De ésta forma el jurista sujeta a un saber ajurídico la coherencia y sistematicidad que requiere para desplazar su ejercicio concreto de castigo al operador penitenciario.

Por ello debemos minimizar los mecanismos judiciales de desplazamiento de los conflictos enmarcado en un discurso *valorativamente neutro* a la realidad penitenciaria. Frente a ésta opacidad judicial que legitima las cotidianas atrocidades de la agencia penitenciaria damos cuenta que **no existe una clara conciencia de éstas graves violaciones a los principios constitucionales y derechos fundamentales de los ciudadanos y más de aquellos privados de su libertad**.

Recuerdo una conferencia dada por el Dr. Zaffaroni en la UEJN cuando graficaba sabiamente éste problema y decía: “*Había en aquel momento una telenovela brasilera, que todo el país se paraba*

---

<sup>25</sup> Bordieu, Pierre, “*Sociología y cultura*”, Ed. Siglo XXI, México, 1992.

<sup>26</sup> Binder, Alberto, *Ideas y Materiales para la Reforma de la Justicia Penal*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2000.

<sup>27</sup> Entelman, Ricardo, *La distribución del poder a través de la distribución de la palabra*, en Derecho y Psicoanálisis, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1987.

*para mirarla. El discurso jurídico penal es como aquella: no es la realidad, pero forma parte de ella. Como en el ejemplo de la novela, la gente se pierde horas mirando la telenovela y la comentan; son parte de la realidad, pero el contenido de la telenovela no. Esto nos enfrenta de una manera muy frontal y brutal a la disparidad entre discurso y la realidad, de la que el discurso nos habla poco”<sup>28</sup>.*

Tras estas formas discursivas que modela el paradigma de reinserción se despliega en el último andamiaje del proceso penal el ejercicio concreto de la violencia, que ni más ni menos va a marcar el pasaje del orden jurídico al orden moral mediante la reinserción.

Ahora, si la justicia penal es sostenido por el conjunto de una comunidad jurídica aristócrata que defiende su “*narcisismo judicial*” y deslinda sus responsabilidades ante la falta de conciencia de la violencia que ello genera, la pregunta no puede esconderse e interroga: ¿se puede hacer algo desde la defensa pública?

Debemos **generar constantes políticas permanentes de transformación de reducción de la violencia vitalizando todos los instrumentos limitadores de poder punitivo que nos da el derecho** ya fuese desde el análisis jurídico de la norma hasta el activismo de judicializar las condiciones negativas de detención.

Ensayaré de aquí en adelante algunas propuestas tendientes a la reducción de la violencia legal y práctica que reproducen toda ideología “re”, procurando introducir un **sistema de invalidación judicial que limite el uso legitimante de la norma de reinserción**. El objetivo postulado por intermedio del sistema de derechos fundamentales y el sistema de garantías constitucionales incorporadas como protección a los principios jushumanista, pretendiendo **salvaguardar la vigencia de la norma procurando su invalidez ante las prácticas institucionales que la otorgan**. De ésta forma la Defensa Pública de asumir un discurso autónomo que evite reproducir la ideología re, judicializar en forma continua las condiciones negativas del encierro y delimitar las soltura anticipada el cumplimiento sobre criterios objetivos temporales formulados por el legislador.

## **B.- Modelo a implementar desde la Defensa Pública**

En primer lugar nos enfrentarnos al problema de que nunca se supo cuales eran los limites normativos precisos que delimitaban la significación de los términos readaptar, reinsertar o resocializar. Tal problemática de delimitación semántica normativa va a tener como resultado frente a la dinámica de la política criminal más que contradicciones normativas postuladas desde la fragmentación legislativa (Ley 24.660/RMB 396/99; Ley 12.256/12.543) en su desvinculación con

---

<sup>28</sup> Reproducido en el texto, “*El sistema penal y el discurso jurídico*” publicado en La Justicia Penal Hoy, Ed. Fabián Di Plácido, Bs. As., 2000.

los preceptos constitucionales. Esto ha dejado librado a los operadores penitenciarios y judiciales un poder de disposición que sólo lo ocupa un discurso irracional y autista.

Ante dicha estructura normativa evidenciamos que el conjunto de leyes que rigen el ámbito penitenciario son virtualmente excepcionales como inválidas constitucionalmente, cuando las mismas no sólo entran en conflicto con normas superiores *sino también que su validez está dada no desde las condiciones sustanciales de legalidad sino de operatividad institucional*<sup>29</sup>. Caso claramente evidenciado cuando no obstante el interno obtener excelente concepto y conducta igualmente el dictamen de la Junta de Selección es desfavorable, y lo propio surgirá del ámbito jurisdiccional conforme su lógica de análisis.

De esta forma la norma de **resocialización no es el objeto preexistente sino el producto (*opinable y mutable*) de la interpretación y de las manipulaciones de los operadores penitenciarios y que juegan dentro del mismo campo de interacción**. Frente a esto se abre un margen permanente de disociación entre vigencia y validez y entre normatividad y efectividad del poder punitivo.

Esta visión mecanicista del mundo que mantiene aún las antípodas del reduccionismo biológico en el juego del determinismo judicial como objeto de no modificar el hábitus establecido por la cultura inquisitiva, el principio de resocialización ha estado adherido hasta hoy de toda orientación de la ciencia jurídica que no ha reparado en el *juicio de validez* de la norma como categorías independiente de las de vigencia y efectividad.

Educados en nuestra facultad desde la visión kelseniana de validez como “existencia” o “pertenencia” de una norma al ordenamiento en virtud de la simple conformidad formal del acto normativo a las normas procedimentales sobre su producción, ello presupone un sistema de derecho unidimensional basado en la omnipotencia del legislador. De esta forma la ciencia jurídica *se desentiende del funcionamiento real de las normas y corre el riesgo de trabajar sobre puras ficciones y perder su carácter científico*. De esta forma el sistema de justicia penal deja de lado su principal función: el control de constitucionalidad.

La incompreensión del actual constitucionalismo difuso ha permitido concebir a la validez de la norma constitucional como simple existencia o pertenencia al ordenamiento. Por ende para explicar la estructura del sistema jurídico en la que se encuentra inserto el ideal resocializador y ponderar la validez de la norma acorde a la sistemática jushumanistas de derechos y garantías **debemos dejar de lado la postura kelseniana**.

Repensemos la *validez sustancial* de la resocialización como **coherencia constitucional** acorde al ejercicio de los derechos fundamentales del recluso y su base en los principios jushumanistas

---

<sup>29</sup> Tarelo, Giovanni, *Cultura jurídica y política del derecho*, Ed. Paidós, Barcelona, 1988.

entrañando parámetros para las críticas de las antinomias que reflejan la operatividad legislativa y judicial por intermedio de la administración penitenciaria<sup>30</sup>.

De ésta forma el paradigma resocializador confiere una función crítica y reparadora implicando la elaboración continua de modelos y técnicas de garantías dirigidas a dar efectividad a un proceso penal que sobre los principios constitucionales remueva dichas antinomias a través de procedimientos de invalidación judicial como instrumentos otorgados para posibilitar el control de constitucionalidad por intermedio del sistema de nulidades

Para la construcción de dicho modelo debemos partir de la concepción de estado de derecho no ya simplemente según su uso alemán (Rechtstatt) en el sentido de “Estado legal” o “regulado por las leyes” sino en el sentido más significativo de **un modelo de organización política caracterizado por los modelos de legitimidad y legalidad**<sup>31</sup>.

De este modo *la estructura de nuestro ordenamiento es la de un estado de derecho en sentido estricto, donde el postulado resulta ser que todo ejercicio de poder está sometido a vínculos formales y sustanciales de legalidad.*

Debemos **consignar al Estado la carga de justificaciones externas en el ámbito carcelario** a partir de salvaguardar el ejercicio de los derechos fundamentales de los reclusos con el propósito de elaborar conceptos y modelos explicativos tendientes a reducir los márgenes de ambigüedad entre normatividad y realidad<sup>32</sup>.

De éste sistema de límites sustanciales surgen los derechos fundamentales de todo ciudadano respecto de cualquier ámbito en la que se enfrente al Estado estableciéndose así una relación constante entre derechos y sus garantías (sociales, liberales, laborales, etc ..).

De ésta forma *garantía* genera toda obligación correspondiente a un *derecho subjetivo*, entendiendo por ésta a toda expectativa jurídica de la persona. Esto en base a una construcción epistemológica

---

<sup>30</sup> Para Uberto Scarpelli, la idea del carácter avalorativo y descriptivo de la ciencia jurídica se contradice con el carácter prescriptivo que los principios de coherencia y complitud imponen al discurso de los juristas. Scarpelli, U. “ *Studi sulla teoria generale del diritto*, p.7, Turín, Giappichelli, 1955.

<sup>31</sup> Como explica Ferrajoli el modelo de legitimidad se conforma de uno *formal* por el cual todo poder público-legislativo, judicial y administrativo – está subordinado a leyes generales y abstractas, y otro *sustancial* por la funcionalización de los poderes del estado al servicio de la garantía de los derechos fundamentales, mediante la incorporación limitativa en la Carta Magna de los deberes públicos correspondientes.

Por otro lado se encuentra el principio de *mera legalidad* donde el ejercicio de todo poder público tiene como fuente la ley como condición formal de legitimidad. Mientras que el ejercicio de *estricta legalidad* exige a la propia ley que se condicione a determinados contenidos sustanciales para la legitimidad de su ejercicio, lo que configura la dialéctica entre taxatividad y jurisdiccionalidad. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías, La ley del más débil*, Ed. Trotta, Madrid, 2000.

<sup>32</sup> El pensamiento iusnaturalista (1795) de la Ilustración formuló esta relación entre estado y ciudadano concebiendo a los derechos vitales del hombre como naturales y su garantía como condición de legitimidad del Estado. Así surge la gran innovación institucional de la que nació el estado de derecho fue la positivización y constitucionalización de éstos derechos. Así el llamado contrato social fue traducido a pacto constitucional, dejando de ser una hipótesis filosófica política para convertirse en un conjunto de normas positivas que obligan entre sí al Estado y al ciudadano. Véase Melossi, Dario, *El Estado del Control Social*, SXXI., México, 1992; Bobbio, Norberto, *La democracia y el poder invisible*, Ed. J. Moreno, Barcelona, 1985; Ferrajoli, Luigi y Zolo, Dario, *Democracia autoritaria y capitalismo maduro*, Ediciones 2001, Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Barcelona, 1980.



determina el sistema de garantías sobre la base de dos divisiones<sup>33</sup>: **primarias y secundarias**. Ambas se constituyen en protección a todos los principios jushumanistas que modelan las garantías sociales de prestaciones y liberales de prohibición.

Las expectativas jurídicas del recluso respecto del fin de ejecución de la pena (reinserción) es claramente positiva, las cuales se constituyen como **garantías primarias del recluso** respecto a las prestaciones de alimentación adecuada, educación, trabajo, actividades culturales y deportivas, salud, asistencia social, etc.. (art. 38, 40 ,41 ley 12.256; art.106, 117, 120, 133, 143, 153, 168, 172 ley 24.660)

Esto exige que tomemos como **primacía axiológica al valor de la persona humana** (DUDH,1) en el ámbito carcelario como *elemento constitutivo de la igualdad jurídica* excluyendo las diferencias personales y sociales del interno como instrumento de mayor intensidad del aspecto cualitativo de la pena.

De tal forma los derechos fundamentales pasan a configurarse como pactos sociales en forma escrita que suscriben la esfera de lo indisponibles e inalienables de tales derechos del recluso que determinan su vínculo jurídico con la administración penitenciaria. Hasta aquí evidenciamos la sujeción a la ley de dicha agencia estatal en vinculación a la norma de reinserción abarcativa de no sólo los medios que debe sortear para cumplir con el fin de la ejecución de la pena sino de los límites a todo abuso discrecional de poder.

No obstante como la realidad lo revela las condiciones de superpoblación, de hacinamiento, la falta de proporcionalidad entre personal penitenciario y reclusos, escasez y falta de control de los recursos vitales del interno como principalmente ocurre con los alimentos y medicamentos, etc...<sup>34</sup> .

Esto no sólo constituye una conculcación a las garantías primarias del interno sino que van a hacer **tales carencias las que son administradas por la institución penitenciaria con finalidades disciplinarias y de corrupción**.

Lo cierto es que tales arbitrariedades van a corresponderse con la conculcación al derecho del interno a su salida anticipada habiendo cumplido sus requisitos temporales

Por ello frente al análisis de la toma de decisiones sobre solturas anticipadas resulta necesario hacer referencia a una cuestión elemental: **la clara imposibilidad de realizar la observación y evaluación de los internos (grados de clasificación por tratamiento realizado) de un modo adecuado por una razón sencilla de medios disponibles**. Lógicamente esto falta no se refleja en la toma de decisiones jurisdiccionales.

---

<sup>33</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y...*, op. cit..

<sup>34</sup> En relación a dicha afirmación pueden consultarse los sucesivos informes sobre las condiciones carcelarias y derechos fundamentales que viene realizando la Defensoría General de Casación de la Provincia de Buenos Aires. En el mismo sentido hago referencia al informe (OCT/ 2002; DIC/2002) efectuado por la Defensoría General de San Martín juntamente con la Fiscalía de Cámaras de dicho departamento judicial respecto a la Unidad n°1 de Olmos, Unidad n°34 Melchor Romero.

En las Juntas de Selección ó Comités Criminológicos llegan a estudiarse más de 100 casos en secciones de 3 o 4 horas<sup>35</sup>. En tales circunstancias la información se reduce a la presencia o no de partes disciplinarios y a las valoraciones arbitrarias que puedan realizarse. Esta práctica institucional acaba sustentando el ideal resocializador sobre estereotipos respecto del delito cometido, la pertenencia de clase, etc.; lo cual ello legitimado por las variables ideológicas de reinserción vulnera por completo el principio de igualdad de trato (CN,75 inc.23), principio de dignidad humana (CADH,11) y su consiguiente prohibición de discriminaciones ante tales juicios valorativos personales.

Esto resulta indicativo de la incompatibilidad sustancial entre pena y tratamiento ante la imposibilidad de escindir el tratamiento de las funciones manipulativas de la coacción y de control<sup>36</sup>.

Sin embargo tales violaciones cotidianas a los derechos humanos no son percibidas por la automatización de los operadores judiciales de forma tal que *dicho mal se torna banal*<sup>37</sup>. Esta crisis de legitimidad del sistema de justicia ante la falta de efectividad del control de constitucionalidad y la independencia judicial<sup>38</sup> exige ser revertida desde la Defensa Pública.

Para ello deviene imprescindible judicializar en forma continua ésta violación a las garantías primarias del recluso, ó sea la falta de prestación material por parte del estado en las condiciones de encierro conforme lo postula la normativa vigente quienes reglamentan los deberes públicos de dicha agencia estatal conforme lo confiere nuestra Carta Magna. Esta **judicialización negativa** implica el ingreso al ámbito jurisdiccional de todos los factores negativos de la realidad carcelaria, evidenciado sus carencias materiales como contraofensiva y refutación en tutela a la **garantía de defensa en juicio**<sup>39</sup>.

De esta forma el sistema de garantías va actuar desde su propio campo de acción: las **condiciones de verificabilidad y verificación**. Esto permitirá activar el sistema de invalidación judicial limitando anulable la resolución judicial que extralimite tales condiciones de verificación señaladas. Pero, ¿que perjuicio debe ser reparado?

La conculcación a las garantías de prestación del interno que trascienden el principio constitucional de dignidad y humanización de la pena (CADH,5.1; PIDCyP,10.1). A su vez tales carencias son

---

<sup>35</sup> Datos aportados por el informe anual 2002 de la Procuración Penitenciaria.

<sup>36</sup> Cfr. Pavarini, Massimo, *Giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale e garantismo*, p.34 Ed. Tecnos, Bologna 1992.

<sup>37</sup> La procurada extensión del trabajo impide profundizar sobre este tema que traería valiosísimos apportes. Al respecto véase Arendt, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo*, Ed. Planeta, España, 1994; *La condición humana*, Paidós, Barcelona, 1983

<sup>38</sup> Cfr. Baratta, Alessandro, *La vida y el laboratorio del derecho*, publicado en Simposium para el Mejoramiento de la Justicia, 1992.

<sup>39</sup> Cfr. Vacani, Pablo & Biscay, Pedro, *Ideas y aproximaciones para una judicialización negativa como modo de liberación ante el control redentor del penitenciario y la convalidación judicial*, ponencia presentada al IV Encuentro Nacional de Ejecución Penal celebrado los días 21,22 y23 de noviembre de 2002 en la Ciudad de Mar del Plata.

tomadas por parte de la administración penitenciaria como formas disciplinarias de sometimiento dentro del ámbito negocial de la pena (lógica de premio/castigo) lo que determinan los márgenes de libertad del interno. Por lo tanto el instrumento clave del perjuicio a hacer reparado es **la indeterminación del tiempo** de condena privativa de libertad. Esto afecta la garantía de certeza como así la efectiva tutela judicial<sup>40</sup>

Determinado dicho perjuicio actúa **la garantía secundaria** correspondiente a la expectativa jurídica de reparación mediante sanción de nulidad cuyo efecto deviene inescindiblemente en la soltura del recluso en cumplimiento de los plazos temporales de encierro considerando como único criterio limitante la falta de observancia de los reglamentos carcelarios en función al art. 13 del Código Penal, sin perjuicio de determinar dicha falta en un marco respetuoso de garantías procesales y decisión jurisdiccional<sup>41</sup>.

La efectividad de las garantías secundarias del recluso juegan un rol fundamental pues permiten deslegitimar la lógica disciplinante del paradigma de resocialización y la figura híbrida del juez de ejecución.

Cabe destacar que tales aspectos negativos provienen ni más ni menos que de la separación en el proceso de ejecución penal entre el sistema de garantías y el proceso cognitivo sobre las cuales las primeras se afianzan. El proceso de ejecución penal constitutivo de su fin resocializador genera juicios sin verdad; es decir, **no motivados por juicios de hecho** sino por juicios de valor expuestos no a controles objetivos y racionales sino a decisiones potestativas jurisdiccionales.

Así la idea de verdad en el proceso de ejecución penal resulta una cuestión de poder<sup>42</sup> y un motor de indagación sobre las condiciones socioculturales y personales del interno en flagrante violación a las normas constitucionales del art.19 CN respecto al ámbito de reserva, libertad de conciencia (CADH,11 y 12) y el principio de autonomía personal (DUDH,1), etc...

A falta de éste proceso de cognición las herramientas propias de la judicialización negativa como de las garantías secundarias (sistema de garantías) vienen a ocupar el lugar de la macroestructura de las garantías constitutiva en tutela de todos los principios jushumanistas otorgando las condiciones de verificación válidas para limitar el ejercicio discrecional del juez sobre el principio resocializador<sup>43</sup>

---

<sup>40</sup> Ferrajoli, Luigi, Derecho y ...., op. cit. p.407.

<sup>41</sup> Dejo de lado toda alusión a limitar la cláusula de “observación de los reglamentos carcelarios” en función a al sistema de garantías que deben limitar toda sanción disciplinaria. La exigencia de sumar a ello toda categoría dogmática de materialidad y lesividad como así el conjunto de garantías procesales como condiciones de verificación, exceden el presente trabajo.

<sup>42</sup> Esto resulta de la falta de configuración del principio de estricta legalidad que exige determinar que todas las condiciones cualitativas de la pena deben estar reguladas normativamente permitiéndose de ésta forma fijar condiciones rigurosas acerca de lo verificable, es decir aquello que resulta insoslayable decir verdad. Esto implica la clara voluntad estatal de dejar al arbitrio de la agencia penitenciaria la seguridad jurídica del recluso. Ante ello necesitamos nosotros crear esquemas conceptuales y técnicas prácticas que limiten dicha actividad.

<sup>43</sup> Binder, Alberto, *Incumplimiento de las formas procesales*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2001.

## C.- Conclusiones

La construcción de dicho sistema de nulidades sobre el cuestionamiento de la validez constitucional de la norma de reinserción social y tratamiento penitenciario procura una mayor concientización a los operadores judiciales respecto de la violencia que las prácticas generan. Dicho modelo procura revertir la crisis de legalidad en el ámbito de la ejecución de la pena procurando judicializar el real funcionamiento de la administración penitenciaria, poniendo de manifiesto en sede judicial sus ejercicios latentes. Pero ello no basta con una mera puesta en conocimiento sino que a partir de la actividad que debe sobrellevar el servicio de defensa pública se contruya las condiciones de verificación para modelar el proceso cognitivo de la ejecución penal acorde al respecto de los derechos fundamentales del recluso. Como vimos su insatisfacción exige ser reparada y procurar las condiciones de soltura anticipada sólo sobre el plazo temporal cumplido impuesto por el legislador, procurando dichas actividades y efectos:

a.- Profundizar aún más las visitas a unidades carcelarias, judicializando la falta de prestaciones materiales hacía el interno como así las condiciones de mera inocuidad hacía el interno, los factores de negociación de la pena, el sistema de corrupción penitenciaria, etc... . Esto permite no sólo poner en actuación dicho sistema de invalidación judicial en torno a la operatividad de reinserción y tratamiento sino de descontar en sede judicial por intermedio del imperativo constitucional de evitar la doble prohibición las penas legales por intermedio de la pena ejecutada en prisión preventiva atento a la intensidad que otorgaron sus características cualitativas (aislamiento continuo, condición de hacinamiento, infección de enfermedades, etc..)<sup>44</sup>

b.- Posibilita a partir de la judicialización negativa un mayor margen de certeza y seguridad jurídica del interno quien sólo debe satisfacer requisitos objetivos para obtener su soltura anticipada. Esto implicará la no ejecutabilidad del “concepto” como grado de clasificación ya fuese por la imposibilidad que se demuestre de activar dentro de la institución penitenciaria un conjunto de recursos adecuados para su sustancial realización; ya fuese por su estructural incompatibilidad con las condiciones socio ambientales para posibilitar el tratamiento. Desarrollar el marco de voluntariedad del tratamiento con el objetivo de no condicionar el marco del régimen progresivo, de no seguir ignorando las potencialidades del interno y dejar de considerarlos como meros sujetos pasivos receptivos

---

<sup>44</sup> El Dr. Zaffaroni tiene dicho: “Cualquier pena es ante todo una aflicción de dolor físico y moral, causada por la privación de uno o más derechos y cada uno de éstos derechos tiene una jerarquía que resulta de la Constitución misma, y de los instrumentos internacionales, en tanto que, por otro lado, es necesario tener en cuenta el parámetro de la intensidad de lesión al respectivo derecho. Esas serían las bases de comparación que permitirían establecer un acuerdo primario para la conversión. Véase, *Las penas crueles son penas*, Publicado en Lecciones y Ensayos, n°66, UBA.

c.- Por ende declarar inconstitucional del tratamiento no voluntario ó coactivo por contrario al art.19 de la CN y art.1 DUDH al limitar el derecho del recluso a gozar no sólo de su ámbito de autonomía sino de ejercer sus acciones privadas tan sólo confinada por el ejercicio de análoga potestad por parte de sus semejantes.

d.- La delimitación del campo de acción de la Junta de Selección como así intensificar el rol del juez de ejecución en el marco de adecuar el sistema de garantías frente a todas las características cualitativas del encierro.

e.- Posibilitar la vigencia de la norma constitucional de resocialización a partir de su juicio continuo de validez en torno a las prácticas penitenciarias que lo modelan y su concepción como necesidad de desarrollar y acrecentar las acciones sociales y deberes públicos que permitan al recluso su progresiva integración a la sociedad por intermedio del desarrollo de sus capacidades<sup>45</sup>.

f.- Profundizar la apertura del servicio público de defensa a la comunidad, ONGs, Universidades y, por sobre todo a grupos de familiares de detenidos en referencia a generar propuestas, ingreso de datos, servicio de ayuda postpenitenciaria, realización de servicios sociales, culturales y laborales intramuros, y diversas actividades que procuren respaldar la lucha de sus reivindicaciones sociales.

La crisis futura del poder punitivo pasa a ser un problema de toda la comunidad y por ende la peor respuesta es respaldar la “cosmovisión judicial” y sus formas de endogamia que sólo procuran un marco de ficción y autismo postulando relaciones de deber ser que sólo admiten falsas soluciones ante tal emergencia. La búsqueda de una mayor concientización y por sobre todo la elaboración de modelos alternativos son metas hacía un proceso de cambio que exige revertir las actuales condiciones irracionales de castigo.

---

<sup>45</sup> No obstante debo dejar salvado que la prisionización de la persona va a agudizar su problemática social por el rompimiento total con su entorno, que es imposible de reproducir en la cárcel y que de ninguna manera permitirá su inserción posterior en el medio del que fue excluído.