

PRESENTACIÓN

La presentación de este libro cierra el ciclo de dos proyectos trienales UBACyT de investigación relativo a la etapa de ejecución de la pena, los que coordinara con la dirección del prof. E. Raúl ZAFFARONI en nuestra Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. El primer proyecto 2011-2014 titulado “*La medida cualitativa de prisión en el proceso de ejecución de la pena*”¹, que diera continuación al anterior 2008-2010² y el segundo, de la programación 2014-2017 titulado “*La indeterminación cuantitativa de la pena legal en la etapa procesal de ejecución*”.

Los desarrollos de estos programas de investigación, si bien exceden los contenidos de los capítulos y trabajos que integran este libro (incluso conformado por autores que no formaran parte de los mismos), pretendieron interpelar la definición de un saber del derecho de ejecución, exclusivamente basado en una manifestación formal de la pena y la exégesis de la ley³. Por lo tanto, se revela aquí una temática central por el nulo impacto que los hechos de violencia estructural, tortura y maltrato tienen en la práctica jurídica respecto del caso individual durante el proceso de ejecución penal.

Las decisiones en términos de atenuación de la privación de libertad tienden a resolverse exclusivamente sobre el proceso temporal que determinara la medida penal en privación de libertad, se representan por

¹ Sobre la publicación parcial de la producción de su contenido en Programa de Transferencia de Resultados de Investigación, UBA, Facultad de Derecho cfr. <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/transferencia-cuadernillo-eugenio-raul-zaffaroni.pdf>

² UBACyT “*El encarcelamiento en el campo punitivo del Estado. Efectos y representaciones de la pena*” de la Programación 2008-2010, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

³ En tal sentido, la referencia teórica que hemos procurado profundizar con tales investigaciones ha estado centrada partiendo de la obra del profesor E. Raúl Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, Ediar, Buenos Aires, 1989.

vía de un sistema normativo que presume *iuris tantum* el acceso de la persona a los medios que consagra el régimen penitenciario (trabajo, estudio, tratamiento), pero no integra, aquello que prohíbe, respecto del trato punitivo del Estado. Esos elementos negativos que caracterizan los sistemas penitenciarios no forman parte del debido proceso de la ejecución penal, de modo que no se suele evaluar las privaciones arbitrarias a otros derechos que exceden la medida penal, ni las eventuales restricciones ocasionadas para “hacer conducta” o lograr “un pronóstico positivo” de reinserción social.

Profundizándose ello, esta tradicional concepción de la ejecución penal, ha sostenido y consolidado los presupuestos más cruentos del positivismo criminológico, lo que la práctica jurídica aún no suele resolver, reproduciendo manifestaciones propias del derecho penal de autor en collage con concepciones que delimitan la legalidad formal, como si los principios del derecho penal de acto hubieran concluido una vez definida la sentencia.

Ante las características de este proceso, sujeto a su estructura genealógica y conceptual que poco ha sido revisitada, el libro viene a reformular esa tradición, proponiendo un marco teórico que retome el análisis del texto legal, aunque integrado por *una sistemática de razonamiento jurídico definido en el modo en que el Estado castiga y las formas de trato punitivo que van caracterizando las condiciones carcelarias en que las pena son ejecutadas por el Estado*. Se integran, en tal sentido, un sistema de consecuencias jurídicas previstas sobre el régimen progresivo sin relacionarse con los requisitos conductuales o tratamentales, pero sí estrictamente condicionados a la directa relación entre la mensura de la pena que se determinara con anterioridad en el pronunciamiento condenatorio y su desmesura posterior por la forma que tratos arbitrarios se manifiestan en términos vivenciales.

Otro objetivo que esta presentación pretende es la de *trascender la consideración abstracta de una matriz de objetividad jurídica que reduce las formas de cumplimiento de la pena a un tiempo lineal y de naturaleza progresiva sujeto al plazo formal consagrado para cada una de las libertades anticipadas* (ahora arbitrariamente delimitadas por clase de delitos)⁴. Se procura interpelar un férreo discurso jurídico penal meramente racional, supeditado a un deber ser que se define en concebir la ejecución de las penas como un proceso temporal pautado de antemano en la sentencia (es decir, únicamente aludiendo a una matriz cuantitativa de la pena en los términos de definición lineal del castigo), sin advertirse que en esa etapa, la pena es esencialmente modificable, en todos sus accidentes de duración y forma.

En razón de las formas de castigo que el Estado implementa, esta principal característica está definida por la alteración que se produce entre la pena cuantificada y la cantidad de castigo aplicado durante su ejecución. No obstante, la pobreza metodológica y técnica del saber de ejecución penal es tal, que resta una sistematización capaz de analizar el alcance legal que la forma de tratos crueles, inhumanos o degradantes, deberían consagrarse en consecuencias jurídicas concretas durante el proceso de individualización penitenciaria de la pena.

Pese al avance que en el último tiempo existiera en la producción de información sobre la situación carcelaria, la problemática se revela ante un *entendimiento generalizado de que esos efectos son propiamente accesorios y aislados de las penas aplicables* y que no infieren en los requisitos disciplinarios que son objeto de valoración posteriormente.

Esta situación exige la necesidad de tratar las prácticas ejecutivas de las penas como opuesto al modo en que son legítimamente

⁴ Sobre la crítica a la reforma aplicada por la ley 27.375, v. Alderete Lobo, R., *Reforma de la Ley 24.660. El fin de la ejecución penal en Argentina*, en *El debido proceso penal*, Tomo V, Hammurabi, Buenos Aires, 2017, pág. 179-225.

concebidas; es decir, como faltantes al límite formal del poder punitivo que se había fijado por la retribución legal. Por ello, nos propusimos entonces trabajar sobre el uso de metodologías y herramientas conceptuales que permitieran trascender al reduccionismo de un saber jurídico sólo relativo a las condiciones que debe cumplir el y la condenado/a, para relacionarlo concretamente con las formas de castigo que caracterizan la experiencia carcelaria y de ese modo posibilitar una política jurisdiccional sobre nuevas formas de litigio.

Por esta razón, la estructura del libro pivotea en construir un marco teórico y conceptual desde el análisis de las prácticas de encierro y, asimismo, la percepción de estas condiciones mediante el uso de información primaria y disponible, se integran y amplían nuevas herramientas teóricas utilizables hacia planteos concretos durante el desarrollo temporal de la pena.

Mediante formas de litigación originales el libro introduce al abogado a comprender y analizar conceptualmente el tiempo de prisión en forma no lineal sino cualitativamente, registrando todas las variables que el trato punitivo adquiere en dicho proceso y, por último, traducir ese castigo arbitrario como lo que es, una pena con mayor contenido lesivo que el castigo legal durante el proceso de ejecución penal. Este proceso, como el título del libro pretende definirlo, comprende su indeterminación y, por ende, su permanente adecuación a aquel contenido definido en pena legal con el pronunciamiento condenatorio.

Para ello, se asumió partir de la tesis que el tiempo físico de la condena, delimitado a una pena legal mensurada, importa un proceso posterior de individualización sujeto a cierta cualidad del trato punitivo que la persona condenada recibirá del Estado y al que éste se compromete a garantizar bajo ciertos estándares mínimos de ejecución. Es decir, como corolario de su legalidad, no puede alterarla en forma gravosa y, por ende, la pena que se ejecuta es diferente. En tal sentido, podrá existir una

relación de equivalencia entre ese tiempo físico y las restricciones inherentes a la privación de libertad ambulatoria, traducido en un régimen de progresividad, sólo si el trato resulta digno y respeta las normas de trato que la ley le impone al Estado; por el contrario, la etapa de su ejecución se caracterizará por su indeterminación cuantitativa respecto de aquella tasación punitiva, relevada ahora como garantía sustancial de legalidad, humanidad, proporcionalidad y prohibición de doble punición.

La cuestión que se introduce dentro del tópico de la medida cualitativa de prisión parte de considerar entonces a la mensura del castigo determinada en sede judicial, como el enclave teórico capaz de promover el encuentro entre la dogmática del delito y el de sus consecuencias jurídicas, atendiendo a las condiciones carcelarias impuestas, sin reducir el debido proceso legal a las manifestaciones formales que sólo se edifican sobre el dato normativo local.

Por lo tanto, los primeros trabajos que el libro presenta, pretenden integrar al sistema aquellos principios que delimitan la sanción formal y definen su contenido, con particular mención al contenido de la culpabilidad, la proporcionalidad, retribución, prohibición de doble punición y la noción de reparación/compensación. Tales textos son relevantes porque parten de concebir que el Derecho de ejecución penal es la expresión material del derecho penal y que, por lo tanto, comprende todos sus principios y garantías, atendiendo a sus transformaciones durante el proceso temporal.

Entre aquellos textos, el libro introduce con ligeras modificaciones, uno de los artículos originales de la cuestión presentado por Alejandro Slokar en 1999 en Montevideo, en la revista de “Ciencias Penales”, el cual es luego recepcionado por el trabajo de Daniel Carral, con la particularidad de haber llevado a la práctica como juez, algunos de estos contenidos conceptuales, particularmente desarrollados en el trabajo de Sergio

Delgado y luego ampliados, en mi caso, a las pretensiones de una Teoría de la Ejecución Penal.

El trabajo original de Slokar, al que hago referencia, tal como se encarga el autor de detallar, ha sido el resultado de las distintas reflexiones realizadas por el prof. E. Raúl Zaffaroni en el marco del seminario dirigido durante el año 1995, lo que también se reflejaría en una serie de trabajos anteriores y posteriores⁵. Sin embargo, hasta el momento no se habían traducido en un mayor desarrollo por la doctrina ni tampoco abordado en planteos concretos que pudieran expresarse con alcance jurisprudencial. Por ello, ambas cuestiones son las que se pretenden evidenciar en este libro.

En dicho sentido, por un lado, los contenidos presentados en el libro pretende no sólo fortalecer líneas teóricas poco desarrolladas en la materia, sino que se presentan con ciertos resultados jurisprudenciales cómo se tradujeron a diversos casos litigados, tanto en instancia ordinaria como recursiva⁶. Tales procesos describen el logro de alguno de los fallos aquí reseñados y comentados, como la sistematización de las diversas

⁵ En las *“Las penas crueles son penas”* publicado en 1992, se explica que el castigo ilegal es una pena, y que como tal, se debe compensarse con las penas legales que se les imponga por el mismo delito o con la que ya venga sufriendo por ese hecho, estimando que no reconocer la imperiosidad de esa compensación implica agregar a la violación de Derechos Humanos individuales sufrida por la persona, otra violación de igual naturaleza, en razón de la imposición de una doble punición por el mismo hecho. Luego, en 1998, en el texto *“Cronos y la aporía de la pena institucional”*, explicó que el tiempo físico de la pena definido en la sentencia puede dimensionarse en un único acto, pero el tiempo existencial no puede expropiarse sino en una larga sucesión de actos, para cada uno de los cuales debiera haber límites. Luego, en la obra *“Derecho Penal. Parte General”* junto a Alagia y Slokar, consideró que la coerción pública debe seguir teniendo un límite que no puede ser establecido de antemano en la sentencia, pues ésta sólo se expresa en tiempo lineal. De allí entonces que se plantea la seria duda no analizada por la doctrina, sobre el valor de la cosa juzgada en materia de responsabilidad y cómo ello impacta en los principios del derecho de ejecución penal.

⁶ Entre ellos, cabe hacer mención al caso Juan Gabriel R., Raquel H.; Jacob L. Mauricio M., Ricardo M., Marcelo M., Luciano P.; Roberto Daniel R.; Pedro Bautista C.; Jonathan S.; Ezequiel Isaías R.; Cristian Marcelo C.; Cristian Antonio C.; Jorge Fernando L.; Enrique F.; Matías Ezequiel F.; Mauro David G.; Franco Ezequiel G.; Daniel Edelmiro C.; Lucas Matías M.; Nazareno Jesús N.; Carlos Horacio R.; Caso Rocío R.; Caso Gustavo Daniel S.; Caso Hector Fabian R., entre otros tantos.

circunstancias que permitan señalar el contenido de los casos y la posibilidad de realizar los planteos en forma oportuna y estratégica.

La particularidad de estos precedentes que se comentan, más allá de su actualidad, es que nuclea a los principales tribunales de alzada en materia penal, lo que permite tener directa incidencia en la aplicación de su doctrina en las instancias ordinarias. Por otra parte, los diversos contenidos y temas que tratan bajo el núcleo conceptual de la alteración del tiempo de pena por tratos arbitrarios, permiten indicar cómo el tiempo vivencial sufrido en prisión puede ser reconocido en categorías jurídicas que impacten sobre la graduación o computo de la pena o al momento de analizar la procedencia de distintos institutos regulados en la ley de ejecución penal.

Con todo ello, el libro pretende traspolar el sentido de percepción unidimensional que el saber jurídico ha intentado siempre depositar sobre el régimen progresivo, y de este modo, producir modificaciones en la conformación del saber jurídico en la materia, atendiendo al reducido campo de acción que dejaría en la actualidad una literal interpretación de la ley, atento la reciente reforma presentada mediante la sanción de la ley 27.375.

A contrario del litigio sobre la observación o no de los guarismos de clasificación y de tratamiento, como también del mayor o menor alcance que deba darse al “pronóstico” de reinserción social, se trata de poder fortalecer una doctrina de ejecución penal que se desarrolle atendiendo a las propias condiciones carcelarias de imposible aplicación de aquellos institutos que la integran, permitiendo de este modo ampliar la percepción y escucha respecto de la posición de la persona privada de libertad y su situación de vulnerabilidad frente al Estado.

Por ello, si en un caso concreto por las condiciones de encierro en que se cumple la pena cronológica se padecen sufrimientos vivenciales que

van más allá de los inherentes a la pena privativa de libertad, se deberán establecer consecuencias jurídicas específicas en relación a esa pena y en favor del condenado, para compensar esa diferencia entre tiempo lineal y existencial.

De este modo, el desafío es integrar al sistema de la ejecución penal una variación en los efectos jurídicos hasta ahora consagrados por la doctrina tradicional y, asimismo, limitados a nivel normativo local, sin ampliar el contenido de principios y sistemas de garantías que revelan los instrumentos internacionales. Entonces, el libro tiene el significativo aporte de elaborar modelos de aplicación que permitan cuantificar el impacto de aquellas privaciones y coerciones ilegítimas que sufren las personas en el tiempo lineal y abstracto de la condena durante el proceso de ejecución penal.

Por otro lado, consideramos de utilidad optar por incluir al menos una de las entrevistas realizadas a jueces y profesionales del servicio penitenciarios realizadas durante las investigaciones, permitiendo de este modo profundizar las lecturas críticas en torno a las propias percepciones de los operadores del sistema y analizar las “complicidades ontológicas” entre las decisiones judiciales y el discurso penitenciario.

Dos de los comentaristas presentados (Jimena Andersen y Mauricio Manchado), provenientes del ámbito de las ciencias sociales, permiten demostrar cómo los dispositivos que reproducen el discurso penitenciario y judicial responden a severas distancias con respecto a aquello que la cárcel produce y afecta a las personas condenadas y, sobre todo, con el debilitamiento de los límites jurídicos que deberían ser representados. El análisis de este material, nos insta a revisar el andamiaje discursivo del ideal resocializador, indagando en su productividad y en los esquemas de percepción que delimitan una mirada siempre legítima y formal del trato punitivo. Sobre todo, impulsa a reflexionar sobre la desatención que el discurso criminológico ha

concebido con relación a los derechos de los detenidos y el alcance que éstos deben tener durante ciertas condiciones de ejecución de las penas, implicando al proceso de ejecución penal en un derecho penal de autor, estrictamente ligado a la disciplina del sujeto.

Procurar modificar las formas de litigio y los modelos de enseñanzas sobre el tópico nos interpelar en nuestra actividad académica, judicial y política y nos exige profundizar la mirada y el relevo de las prisiones en la construcción de las herramientas jurídicas y los marcos conceptuales que integran todo el sistema jurídico de la ejecución penal. Los trabajos representan esa necesidad e impulsan diversos factores para su aplicación y producción.

Para ello, la presentación de este libro no puede sino manifestarse en una verdadera caja de herramientas para posibilitar tales objetivos. Espero que así lo consideren sus lectores.

San Nicolás de los Arroyos, diciembre de 2017.

