



Trabajo Final de Graduación

Carrera de Abogacía

Proyecto de Investigación Aplicada (PIA)

Derecho Penal / Procesal Penal

El régimen de progresividad de la pena privativa de la libertad

-Análisis de los fundamentos y requisitos en que se basan los institutos de salidas anticipadas, en el marco normativo argentino-

Alumno: Carolina de los Angeles Rementeria

Legajo N°: VABG42389

2018

Resumen

Considerada durante décadas como un espacio destinado, meramente, al castigo de todos aquellos individuos que hubiesen violado las normas del orden social existente, la imagen o representación de la cárcel o prisión erguida, históricamente, en tanto herramienta privilegiada del control penal ha ido variando, con el transcurso del tiempo, hasta incorporar una nueva función, asociada al proceso de resocialización de los individuos y, posterior, reinserción social de los mismos.

En este marco, y abocada a lo que compete a un contexto espacio-temporal determinado (República Argentina, década de 1990 en adelante), la presente labor se propone abordar, desde una perspectiva descriptiva-interpretativa, de índole cualitativa, el estudio de los diversos institutos previstos en la normativa de ejecución penal, a través de los cuales dicho fin resocializador busca verse materializado.

Se trata de entonces de ponderar todos aquellos factores vinculados a la pena que, en tanto facultad que tiene el Estado para intentar evitar las conductas delictivas, suponga no sólo la pérdida o restricción de los derechos personales de los individuos responsables de la comisión de un delito, sino también el disciplinamiento de los mismos, en pos de su reintegración social.

Palabras claves: Derecho Penal – Progresividad de la Pena – Función resocializadora – Salidas transitorias – Semilibertad – Libertad condicional

Abstract

Considered for decades as a space destined, merely, to the punishment of all those individuals who violated the norms of the existing social order, the image or representation of the jail or prison erected, historically, as a privileged tool of criminal control has been varying, over time, to incorporate a new function, associated with the process of re-socialization of individuals and, later, their social reinsertion.

In this framework, and focused on what is within a specific spatial-temporal context (Argentine Republic, 1990s and beyond), the present work aims to approach, from a descriptive-interpretative perspective of a qualitative nature, the study of various institutes foreseen in the regulation of penal execution, through which said resocializing purpose seeks to be materialized.

It is then a matter of weighing all those factors linked to the punishment that, as a power that the State has to try to avoid criminal behaviors, supposes not only the loss or restriction of the personal rights of the individuals responsible for committing a crime, but also the disciplining of them, in pursuit of their social reintegration.

Keywords: Criminal Law - Progression of Punishment - Re-socializing function - Transitory departures - Semi-freedom - Probation

Agradecimientos

“En la ejecución de la Pena Privativa de la Libertad ha cobrado más importancia la forma de cumplimiento que la extensión temporal.”

Pablo Antonini

Índice

1. Introducción.....	7
2. Metodología.....	9
3. Antecedentes.....	11
4. Capítulo I: Evolución histórica y legislativa del poder punitivo estatal.....	12
4.1. El surgimiento del Derecho Penal y su impronta.....	12
4.2. La evolución de la Teoría del delito.....	15
4.3. La imposición de la pena y su racionalidad.....	18
4.4. Conclusiones parciales.....	24
5. Capítulo II: El Régimen de Progresividad de la Pena.....	26
5.1. El concepto de progresividad.....	26
5.2. Antecedentes legislativos de la ejecución privativa de la libertad.....	28
5.3. Períodos del proceso de progresividad de la pena.....	29
5.4. Conclusiones parciales.....	33
6. Capítulo III: Función Resocializadora de la Pena Privativa de la Libertad.....	34
6.1. La función resocializadora en el Derecho Penal: definición.....	34
6.2. Diversas concepciones en torno del fenómeno.....	36
6.3. Problemas e interrogantes del programa resocializador.....	37
6.4. Conclusiones parciales.....	39
7. Capítulo IV: Regulación sobre los beneficios de las libertades anticipadas.....	40
7.1. Libertades anticipadas: tipos y caracterización.....	40
7.1.1. Salidas transitorias.....	40
7.1.2. Semilibertad.....	42
7.1.3. Libertad condicional.....	43
7.2. Requisitos para el otorgamiento de los beneficios penitenciarios.....	45
7.2.1. Informe técnico-criminológico y del Consejo Correccional: su carácter vinculante....	49
7.2.2. Facultades del Juez de Ejecución Penal o Juez Competente.....	49
7.3. Conclusiones parciales.....	51
8. Capítulo V: Rol de la víctima del delito en la etapa de ejecución penal.....	53
8.1. La figura de la víctima y su evolución	53
8.2. Tutela de los intereses de la víctima en la etapa de ejecución penal.....	56
8.3. Incidencia de la víctima en las distintas fases del régimen progresivo.....	57

8.4. Conclusiones parciales.....	59
9. Conclusiones.....	60
10. Bibliografía.....	62
10.1. Legislación.....	62
10.2. Documentos.....	62
10.3. Doctrina.....	62
10.4. Jurisprudencia.....	64

1. Introducción

La imagen o representación de la cárcel o prisión erguida, históricamente, en tanto herramienta privilegiada del control penal y, por ende, como espacio destinado al castigo y reforma de los detenidos fue variando, con el transcurso de los años, hasta incorporar una nueva función. El fracaso de la prisión concebida, meramente, en términos correccionales alentó al desarrollo de medidas tendientes a la resocialización y, posterior, reinserción social de dichos individuos. En este marco, la importancia de abordar el estudio de los diversos institutos previstos en la normativa, a través de los cuales dicho fin resocializador busca verse materializado.

Conforme lo expresado en la Ley N°27.375 - de Ejecución de la pena privativa de la libertad:

La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de respetar y comprender la ley, así como también la gravedad de sus actos y de la sanción impuesta, procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad, que será parte de la rehabilitación mediante el control directo e indirecto.

El régimen penitenciario, a través del sistema penitenciario, deberá utilizar, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, todos los medios de tratamiento interdisciplinario que resulten apropiados para la finalidad enunciada (Ley N°27.375, art. 1).

En este contexto es que la norma plantea la denominada escala de progresividad del régimen penitenciario; escala que supone el establecimiento predeterminado de períodos, orientados a dar al interno el acceso a la recuperación de su libertad, a través de un proceso gradual y flexible.

Si bien la Ley de Ejecución de la pena privativa de la libertad estipula que el condenado podrá ejercer todos los derechos no afectados por la condena o por la ley y las reglamentaciones que en su consecuencia se dicten, así como cumplirá con todos los deberes que su situación le permita y con todas las obligaciones que su condición legalmente le imponga, lo cierto es que, tal como enuncia Salt (1996), el sistema progresivo es una modalidad de ejecución de la pena en el cual se prevé la atenuación progresiva de las condiciones del encierro, de tal manera que la persona privada de la libertad vea recuperados, progresivamente, a medida que transcurre la ejecución, los derechos restringidos por la medida de encierro hasta alcanzar el pleno goce de los mismos.

De esta manera, la norma consagra, en el plano teórico, el ideal resocializador como fin último de ejecución de la pena privativa de la libertad; se trata de facilitar la resocialización del detenido y que el regreso al medio libre no le sea brusco. Asimismo, es un modo de verificar los resultados alcanzados en el tratamiento penitenciario.

Los institutos de salidas transitorias, semilibertad y libertad condicional constituyen regímenes de egreso anticipado, con supervisión judicial, que se inscriben dentro del régimen de progresividad de la pena establecido en el marco normativo argentino. En este contexto, la presente labor se propone indagar acerca de la conformación del marco penal argentino a fin de analizar los fundamentos en los que se basan los institutos vinculados a la libertad anticipada (salidas transitorias, régimen de semilibertad, libertad condicional y libertad asistida), así como los requerimientos establecidos para su concreción.

Se trata entonces de analizar, desde una perspectiva descriptiva-interpretativa, basada en el relevamiento bibliográfico de diferentes leyes y reglamentaciones asociadas a la materia, en qué modo el espíritu de la norma se ve representado por los actos particulares en que ésta es utilizada; describir, de forma sucinta, la evolución histórica y legislativa del poder punitivo estatal y su finalidad.

Para ello, cabe preguntar, con el fin de ponderar en qué modo el régimen de progresividad de la pena privativa de la libertad existente en la actualidad, cumple con el ideal resocializador previsto en el marco normativo argentino.

A tales fines se ha de analizar la Teoría del delito y su progresión; describir el concepto de socialización y función resocializadora; indagar acerca de los fundamentos históricos de los institutos de libertades anticipadas; caracterizar el Régimen de Progresividad de la Pena establecido en el marco normativo argentino; definir los conceptos de salidas transitorias, semilibertad y libertad condicional; describir los requisitos necesarios para que un detenido pueda acceder al beneficio de los institutos anteriormente mencionados; establecer cuáles son los actores participantes del proceso de otorgamiento, o no, del beneficio y describir cuál es su función en el mismo, entre otras cuestiones.

Considerándose que aun cuando desde el marco normativo argentino se conciba a los institutos de libertad anticipada como herramientas o medios a través de los cuales evaluar el comportamiento de los detenidos y desarrollar una función resocializadora de los mismos, los requisitos técnicos-jurídicos establecidos para el otorgamiento del beneficio de dichos institutos no siempre aseguran el cumplimiento de tales objetivos.

A los fines de analizar el cumplimiento del objetivo de la norma, se desarrollará la presente labor, la cual se estructurará en torno a cinco partes o capítulos.

En el capítulo I, se procederá a realizar un breve recorrido teórico acerca de la evolución histórica y legislativa del poder punitivo estatal, haciéndose principal hincapié en la evolución de la Teoría del delito y de las concepciones surgidas en torno de la misma.

En el capítulo II, se ponderarán aquellos factores vinculados al régimen de progresividad de la pena y al modo en que los mismos se ven plasmados en el marco normativo argentino (Ley N°24.660 – de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad).

La función resocializadora de la pena, surgida en el Derecho Penal, así como las diversas posturas que sus postulados suscitaban serán abordadas en el capítulo III.

El capítulo IV se abocará al análisis de los distintos tipos de salidas anticipadas (instituto de salidas transitorias, semilibertad y libertad condicional), previstos en la Ley N°24.660, así como de los requisitos vinculados a su otorgamiento por parte de las autoridades judiciales competentes.

Mientras que, en el capítulo V, se considerará el rol desarrollado por la víctima al momento de ejecución de la pena de los reos, así como la tutela de sus intereses efectuada por el Estado.

Finalmente, hacia el final del trabajo se presentarán las principales conclusiones a la que la labor efectuada permita alcanzar.

2. Metodología

El marco metodológico indica la manera como el investigador realizará la investigación y describe de forma detallada cómo se llevará a cabo el estudio (Pérez, 2009). En este contexto, y dado el recorte temático efectuado y los objetivos investigativos establecidos, en el presente estudio se procederá a analizar, desde una perspectiva descriptiva-interpretativa, de índole cualitativa, acerca de la conformación del marco normativo argentino a fin de verificar si los institutos vinculados a la libertad condicionada (salidas transitorias, régimen de semilibertad, libertad condicional y libertad asistida) se encuentran concebidos de modo que su implementación teórica-práctica, se oriente a la función resocializadora de los detenidos atingidos por el beneficio.

La utilización de este método tiene como finalidad analizar y producir datos descriptivos mediante el análisis del ordenamiento jurídico vigente, utilizándose como fuentes normativas principales a los postulados esgrimidos en la Constitución Nacional, Código Penal Argentino, Código Procesal Penal, así como otras leyes y reglamentaciones relacionadas a la materia y vigentes al interior del territorio nacional. Asimismo, se recurrirá a la utilización de otras fuentes bibliográficas de importancia como textos y artículos provenientes de la doctrina.

Las fuentes a utilizar son aquellas que permiten la búsqueda, selección y recolección de información de las diferentes fuentes, sean primarias secundarias o terciarias. Esta información suministrada por las fuentes permite la formulación del marco teórico, de la hipótesis o teorías que sustentan el estudio de los fenómenos o problemas a investigar (Angulo, 2011). Fuentes a utilizar en este trabajo:

Primarias: proporcionan datos de primera mano, son el objetivo mismo de la investigación documental o de la revisión bibliográfica. Son documentos originales escritos por los propios autores. Se utilizará la legislación, no solo la vigente a la fecha, sino también los antecedentes de la misma, Código Penal y Procesal Argentino, Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad y su Decreto Reglamentario.

Secundarias: procesan información de las fuentes primarias y pueden presentarse como resúmenes o síntesis de trabajos originales. Se consultaran libros de doctrina, notas a fallos, revistas y páginas de internet especializadas en el tema a investigar.

Terciarias: Contienen información sobre fuentes secundarias. Se utilizarán manuales, tesis anteriores.

Se utilizarán las técnicas de análisis de datos documentales y de contenido: El análisis documental sirve para identificar un documento y su contenido a fin de facilitar la búsqueda de toda la información relacionada al tema sometido a investigación. Facilita la comprensión de la idea principal del contenido de un documento y sus interrelaciones con otros aspectos del tema. Creando a partir del análisis documental, un nuevo documento reelaborándolo y transformándolo en un nuevo documento secundario, mejorando su contenido y alcance. En el análisis de contenido no importa sólo recoger contenidos, sino también el alcance total de las comunicaciones y su significado de manera objetiva (Bardin, 1996). Se analizan todas las fuentes mencionadas anteriormente.

3. Antecedentes

Dado el recorte temático efectuado y los diversos objetivos investigativos propuestos, la presente labor se valió de la utilización de diferentes trabajos previos que, en tanto antecedentes, guiaran la labor desarrollada. En este marco, vale efectuarse mención al trabajo efectuado por Alvarado de Casula, Hernández Moreno y Ulloa Montoya (2011).

Si bien abocado al análisis de lo acontecido en un contexto espacial diferente al del presente proyecto (cuadro normativo vigente en la nación de El Salvador), el trabajo de Alvarado de Casula et. al. (2011) supuso una primera aproximación a la temática de la ejecución de la pena, resocialización y régimen de progresividad penitenciaria. Partiendo de la concepción de que el Derecho Penal ha evolucionado, a través del tiempo, asignando, en la actualidad, una función resocializadora a la ejecución de la pena, los autores se propusieron analizar en qué modo opera el Régimen Penitenciario de El Salvador, ponderando, asimismo, la efectividad del mismo.

Por su parte, abocada al análisis de los institutos de Salidas Transitorias y Libertad condicional, en tanto parte del proceso de reinserción del condenado en la vida comunitaria, González (2016) se propuso analizar cuáles son los requisitos establecidos, en el marco normativo argentino, para el cumplimiento de dichos institutos durante el régimen progresivo de la pena del condenado.

Asimismo, González procuró contribuir con el proceso establecido en la Ley de Ejecución de Pena Privativa de la Libertad, investigando si dichos requisitos representan un beneficio para la persona que se encuentra cumpliendo una sentencia condenatoria firme -es decir, si realmente su concesión es positiva para el condenado- y, de ser así, en qué situaciones dichos beneficios o mejoras pueden verse visualizados.

Finalmente, vale mencionarse el artículo desarrollado por Pitlevnik (2016), en el cual el autor se propuso abordar y describir 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 instituido en el país.

El autor buscó, de este modo, presentar las dificultades que, dada la conformación del marco normativo argentino, deben de atravesar los jueces al momento de apreciar las prácticas y comportamientos de los detenidos, así como señalar algunas variables posibles a dicho escenario.

4. Capítulo I:

Evolución histórica y legislativa del poder punitivo estatal

Desde el inicio de los tiempos, los hombres han estado a merced de otros hombres. Por tal motivo, a medida que se fueron conformando las distintas estructuras sociales, los responsables de las diversas comunidades se propusieron establecer sanciones, castigos o penas, inicialmente de carácter oral y posteriormente reflejadas en escritos, a través de las cuales se disciplinaran todos aquellos comportamientos que se consideraban contrarios al bienestar general y a la paz social.

El delito evolucionó a la par que lo hicieron las teorías abocadas a su estudio y tratamiento, así como las posturas que éstas suscitaran. En el presente capítulo, se buscarán abordar los principales rasgos y características de dicha evolución

4.1. El surgimiento del Derecho Penal y su impronta

El crimen nace con el hombre; cuando todavía no había una sociedad organizada, ni un orden jurídico, los delitos ya se manifestaban en su forma más rudimentaria. Inicialmente, ante una agresión recibida, el hombre respondía mediante el desarrollo de otro acto violento.

Durante la etapa primitiva, donde no existía el Derecho Penal tal y como lo poseemos hoy de manera sistémica, el término utilizado cuando se violaba una norma social, era el de infracción, y quien lesionaba el orden establecido podía ser objeto de una pena de exclusión, que poseía dos variantes: la exclusión por muerte o por alejamiento del grupo. Es decir que, el grupo protegía sus normas morales de posibles infracciones y ante cualquier hecho lesivo a las mismas reaccionaba con extrema crueldad y sin miramiento alguno a la proporcionalidad entre transgresión y reacción (Barroso González, s.f.).

En etapas posteriores, en cuanto comenzaron a elaborarse cuerpos legales ya escritos, la venganza se fue restringiendo, demandándose un mayor equilibrio entre quebrantamiento y punición. Surge, entonces, la denominada Ley del talión o del denominado "ojo por ojo y diente por diente". En este contexto, el ofendido ejercía justicia o, mejor dicho, desarrollaba un acto de venganza por mano propia, al ocasionar a su ofensor un daño igual al recibido.

En términos generales, puede señalarse que el surgimiento del Derecho Penal obedece a la necesidad social de regular la conducta humana, es decir, controlar las acciones de los individuos y castigar sus excesos, para así proteger al grupo social, estableciendo un orden y una disciplina en pos del desarrollo de una convivencia pacífica.

Siglos después,

Los romanos, por su parte, también instauraron penas como reacción a las transgresiones, relacionándolas con conceptos como el de retribución y expiación del mal causado, esto es, sufrir una condena por haber ocasionado un resultado dañoso. Durante las etapas por las que atravesó el Derecho Romano esta fue la principal variante de castigo, aunque también fue abriéndose paso el resarcimiento o pago a la víctima. Podemos percibir todo lo expuesto en las primeras sanciones que de Roma se conocen: *suplicium* (incuye la pena de muerte, aunque fue evolucionando lentamente hacia formas menos crueles), *suplicia mediocrum* (incluía, entre otras, el trabajo forzado en las minas), y la *suplicia minimas* (que establecía, por ejemplo, el exilio). Como se observa, existe ya una diversificación en esta época, aunque se debe acotar que en el período imperial las sanciones se tornaron particularmente crueles (Barroso González, s.f., parraf. 12).

Si bien, en el Derecho Romano, resumiendo, se experimentó una evolución gradual de la pena, desde la sanción de muerte hasta el destierro con pérdida de la ciudadanía, con las sanciones morales que ello suponía en menoscabo de la reputación, la consideración pública y la integridad ciudadana, lo cierto es que primaba aquella percepción según la cual debía librarse a la sociedad de conductas desajustadas, siendo para ello, el camino más idóneo, la eliminación del infractor o, al menos, el hacerlo sufrir por la infracción cometida.

Ninguna de las variables implementadas pretendía otro fin que no fuera el castigo a quien violentaba, de cualquier forma, el equilibrio que debía reinar en la sociedad. No había, por tanto, espacio para procurar que el transgresor pudiese reformarse. En tal sentido y retomándose el trayecto histórico-normativo planteado por Barroso González (s.f.) puede señalarse que las leyes católicas del Derecho Canónico desplegaron sobre la pena una gran cantidad de formulaciones, siendo su eje que los infractores debían buscar la reconciliación con Dios por los actos ilícitos cometidos. La misma debía producirse por medio de una sanción que fuera capaz de agrupar en sí una serie de componentes que no excluían el quebrantamiento físico y moral del delincuente, el cual, además, adquiriría, carácter público y ejemplarizante.

La tortura era concebida como un medio o herramienta a utilizar para que el reo sintiera un dolor y sufrimiento extremo, que le permitieran el arrepentimiento consciente y posterior reencuentro con Dios. La cárcel, por su parte, surgía como el recinto idóneo para provocar en el sancionado todos los sufrimientos que debía afrontar para exculparse. "La cárcel era capaz de reunir entonces los objetivos que con las penas se perseguían, todos relativos al castigo, a la

estigmatización del sancionado, que dejaba de ostentar todo derecho inherente a su persona, para comenzar una etapa de la que pocos lograban restablecerse, si es que conservaban la vida" (Barroso González, s.f., párraf. 16).

Tras el surgimiento del Iluminismo, en el siglo XVIII, y, fundamentalmente, con posterioridad a la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, en Francia, en 1789, el Derecho Penal entró en lo que podría considerarse una fase humanitaria.

En este sentido se abogó por limitar el uso de la tortura judicial, alejándose un tanto de la concepción católica de que el delito constituía ante todo un daño a Dios, que desencadenaba toda la ira divina y la consecuente penitencia y sufrimiento en aras del efectivo arrepentimiento. En el Iluminismo, el agravio a Dios es sustituido por el daño a la sociedad, en consecuencia, el fin de la pena ya no sería el de expiación del pecado, sino el de la retribución a la colectividad por el ilícito cometido. El delito divino baja entonces a la tierra, considerándose como tal cuando atacaba a otras personas o al Estado como institución (Barroso González, s.f., párraf. 17).

En tal sentido, la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, estipulaba que la ley sólo podía establecer penas estrictas y evidentemente necesarias, así como el hecho de que nadie podía ser castigado salvo en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito de aplicación. Esto permitía la búsqueda de una definición legal y universal de lo permitido y lo prohibido, con la idea de fundar una legalidad de delitos y penas (Barroso González, s.f.).

Los aportes efectuados por Beccaria sobre la temática resultan de suma importancia.

La obra de César Beccaria "De los delitos y las penas" constituye un pilar para el Derecho Penal contemporáneo porque sustenta las principales ideas del liberalismo penal que, posteriormente al siglo XVIII, se manifiestan en el pensamiento penal occidental. Beccaria constituye uno de los abanderados que desde la filosofía y el Derecho penal desmontan el sistema inquisitivo de enjuiciar, propio del Derecho canónico de la época, para un sistema que incorporara mayores garantías para el procesado. En esta obra, se critican la sanción de muerte y los tormentos infligidos a los acusados, y se perfila la prevención como fin de la pena, así como las bases de varios de los principios de las ciencias penales de la contemporaneidad (Leyva Estupiñán y Lugo Arteaga, 2015, párraf 1).

Lo aportado por Beccaria contradecía, sin embargo, lo expuesto por otros representantes de la Escuela Clásica Penal, como Kant, quien planteaba con fuerza el carácter retributivo de la pena. Considerando los principios morales como mandatos y no consejos de cómo debe conducirse un individuo en sociedad (Imperativo Categórico), Kant consideraba que toda inobservancia del orden social debía ser castigada de forma equiparable al mal causado por el agente, o sea, si mataba debía ser también ejecutado, lo que retoma el principio de la Ley del Tali3n.

En contraposici3n a dicho argumento y hallándose rezagados sus principios rectores, debido a que los postulados retribucionistas no habían influido en modo alguno en la deseada disminuci3n de la recidiva penal, surge la Escuela Positiva Penal (sistema filos3fico del Positivismo). Diversos exponentes de dicha escuela abordaron la temática de la pena, abogando por el desarrollo y establecimiento de un enfoque preventivo general que, basado en una dualidad metodol3gica, de índole científcico-práctica, permitiera indagar acerca de las causas de la criminalidad. Lo importante ya no era el hecho delictivo en sí, sino el estudio de las causas efectivas que derivaran en tales conductas.

Como se desprende de lo, brevemente, enumerado, según la humanidad ha avanzado de un estadio histórico a otro, también las posiciones en cuanto a la sanción penal han diferido, apuntando, poco a poco, hacia la humanizaci3n de las sanciones establecidas.

4.2. La evoluci3n de la Teoría del delito

En base a los elementos expuestos en el apartado precedente puede observarse la existencia de tres etapas diferenciadas en lo que a la concepci3n del delito refiere. Estas etapas son las que se corresponden con el desarrollo de: a) teorías absolutas; b) teorías relativas y c) teorías mixtas. En todos los casos, se trata de indagar acerca de distintos aspectos relacionados con el concepto, justificaci3n y fin de la sanción establecida, siendo este último elemento aquel en torno del cual se han suscitado las principales divergencias y debates doctrinarios, al interior del Derecho Penal.

En la etapa correspondiente al desarrollo de las teorías absolutas, es que se inscriben los enunciados efectuados por Immanuel Kant y Friedrich Hegel; autores que atribuían un carácter retribucionista a la pena, el que justificaba que el sancionado pagara a la sociedad el detrimento causado al cometer el delito en forma proporcional al daño que originó, aunque

nunca como medio para procurar beneficio alguno. En tal sentido, la pena no podía jamás ser considerada como medio para realizar un bien, sea para el propio infractor o para la sociedad civil. El concepto jurídico penal del término retribución es, en una perspectiva filosófica, el de justicia absoluta y, en este sentido, retribución de la pena es el castigo impuesto al delincuente por la comisión de un delito.

Hegel concebía a la pena como una necesidad lógica, negación del delito y afirmación del derecho, aunque dentro del marco de estas teorías absolutas su posición difiere de la de Kant. Para Hegel, la consideración del delito y de la pena como dos males sensibles es puramente superficial y esa consideración del mal en que la pena consiste y del bien que se pretende alcanzar con ella es improcedente pues no se trata ni de mal ni de bien, sino claramente de lo justo y lo injusto (Barroso González, s.f.).

En este contexto, dichas teorías no atribuían ninguna utilidad social a la pena, aunque poseían el mérito de desarrollar el principio de culpabilidad en cuanto a la proporción entre la magnitud de la pena y de la culpabilidad, contraponiendo así una frontera protectora del poder sancionatorio del Estado. Resulta negativo, sin embargo, que estas teorías obligaran a castigar acciones que, en ocasiones, no ameritan tal tratamiento, como tampoco daban cabida a la restauración de la socialización defectuosa, elemento que llevaba, en muchas circunstancias, a que un individuo transgrediera la norma penal.

Paulatinamente, la ausencia de utilidad social de la pena en términos retribucionistas convirtió a dichas teorías en obsoletas, dando paso, tras el surgimiento del positivismo, al desarrollo y consolidación de las teorías relativas, donde la pena no tendía a la retribución del hecho pasado, sino a la prevención de hechos delictivos a futuro.

Dentro de dicha concepción teórica pueden hallarse dos variantes: la prevención especial y la prevención general.

La prevención especial persigue que determinada persona, en este caso el sancionado, no vuelva a cometer delito, es decir, previene la reincidencia y tiene sus efectos en el momento de la ejecución de la pena. Se nota aquí una variación en la concepción, que parece sutil, pero es sustancial, puesto que es loable que la finalidad no sea exclusivamente la de sancionar, sino que, por el contrario, se intente evitar futuras transgresiones del sancionado. Por tanto, el delincuente es colocado como eje central en el complejo tratamiento al delito. Sin embargo, la

prevención especial adolece de una escala de pena, por cuanto el fin resocializador debe ser alcanzado en las condiciones de sancionado, pudiendo retenerse al mismo por tiempo indefinido, hasta que se logre el efecto reeducativo.

La prevención general, en tanto, se encuentra orientada a evitar, por medio de la sanción, la comisión de delitos por parte de los demás miembros de la sociedad. Esta modalidad de prevención contiene dos efectos, fundamentales, dados por la intimidación (prevención general negativa), en primer lugar y el efecto integrado (prevención general positiva), en segundo lugar.

La prevención general positiva intenta restringir el poder intimidatorio de la pena en aras de lograr una consciente observancia de la norma penal, no obstante, hasta el presente, contrario a lo que se desea, la delincuencia por lo general ha hecho caso omiso a tales advertencias, procurando solo fórmulas más efectivas para lograr la impunidad de sus actos, echando por tierra el fin de que sea la prevención general precisamente el paliativo ante un accionar ilícito que se acrecienta en lugar de disminuir. Por otro lado (...) utilizar la sanción de manera ejemplarizante no debe ser la justificación propia de su imposición, puesto que significa un retroceso histórico emplear a un ser humano para demostrar el poder del Estado ante sus ciudadanos, rasgo que se supone que ya ha quedado superado (Barroso González, s.f.).

Finalmente, el estadio de las teorías mixtas se propuso plantear una posición intermedia que defendiera en primera instancia el carácter retributivo de la pena, pero con la exigencia imperativa de que al unísono cumpliera un papel preventivo general y especial. Esta ideología, conocida como teoría de la unión, tiene particular vigencia en la actualidad, pues logra analizar a la sanción penal como un todo y no de la manera inacabada con que lo habían hecho, en uno u otro sentido, las concepciones anteriores.

En la doctrina, se distinguen dos versiones de teorías mixtas: las teorías retributivas de la unión y las teorías preventivas de la unión. Merkel en el siglo XIX desarrolló la teoría retributiva de la unión basándose en la idea de que la contradicción entre retribución y finalidad es imaginaria. En este marco, el autor señaló que la prevención que prescinde de la retribución no es una pena, así toda retribución encierra una tendencia preventiva, por lo que la contraposición general de ideas retributivas y preventivas carece de sentido.

Por su parte, dentro del marco de las teorías preventivas de la unión, Roxin propone, hacia la década de 1960, la teoría dialéctica de la unión; propuesta pluridimensional que consiste en la combinación o integración de los momentos de la vida de la pena en tres fases: a) legislativa (prevención general), b) judicial (prevención general y prevención especial) y c) de ejecución (prevención especial). Como puede apreciarse, Roxin apuesta por una teoría con predominancia preventiva excluyendo, en principio, la idea de retribución. En resumen, la teoría unificadora de Roxin presenta los siguientes momentos o fases de la vida de la pena: el momento de la intimidación que se presenta en el plano legislativo cuyo fundamento se basa en la prevención general; el momento de la aplicación de la pena que se corresponde con el plano judicial y cuyo fundamento se basa en la prevención general y la prevención especial y, por último, el momento de la ejecución de la pena que se corresponde con la función de resocialización o prevención especial y con el plano penitenciario.

Roxin aporta elementos trascendentes con relación al sentido resocializador que debe tener la sanción penal, no sin antes hacer alusión al hecho de que la pena que se aplique a cualquier ilícito no podrá rebasar los límites de la culpabilidad, debiéndose respetar tanto los marcos de aplicación preestablecidos en la norma jurídico-penal, como la real culpabilidad que al acusado en cuestión le corresponde, de forma que además sea imparcial y equilibrada la penalidad infligida. En cuanto a la resocialización, Roxin planteó que esta debía constituir un fin de la sanción a procurarse en el momento de su ejecución.

4.3. La imposición de la pena y su racionalidad

Las cuestiones concernientes a la ejecución de la pena privativa de la libertad adquieren suma relevancia a partir del desarrollo de las denominadas sociedades democráticas. En este contexto, se trata de valorar si las modalidades de ejecución de la pena establecidas guardan correspondencia con los objetivos humanistas propios de un Estado de derecho.

En atención a ello, resulta relevante, a criterio de Guillamondegui (s.f.), el indagar acerca del significado y la operatividad de los denominados Principios Rectores de la Ejecución Penal, entendidos éstos como aquellos enunciados que se admiten como condición o base de validez de las demás afirmaciones que componen el campo del saber jurídico.

Cuando hablamos de Principios de la Ejecución Penal aludimos a los postulados generales que sirven de base y orientan la actividad del Estado en la regulación y ejecución de la sanción penal

impuesta por un órgano jurisdiccional en pro de su correcto desenvolvimiento administrativo y judicial. También les cabe a estos principios la relevante función de servir como guía de interpretación y aplicación de la ley penal en cuestiones penitenciarias (Guillamondegui, s.f., p. 3).

Así aquellos Principios Rectores de la Ejecución Penal son las pautas o directrices que debe respetar el legislador al momento de redactar las normas penales y que en la práctica se cristalizan en los textos legales a modo de principios (lo que en verdad serían normas rectoras), de los que se derivan garantías y normas penales programáticas u operativas, según sus consecuencias.

En este marco y tomando como precedente lo establecido en el artículo primero de la Ley N°24.660 (modificado, luego por la Ley N°27.375/2017), Guillamondegui (s.f.) propone cuatro Principios o Normas Rectoras de la Ejecución Penal: a) el Principio de Legalidad Ejecutiva; b) el Principio de Resocialización; c) el Principio de Judicialización de la Ejecución Penal; y d) el Principio de Inmediación de la Ejecución Penal, de los cuales se derivarán subprincipios o consecuencias.

El surgimiento del **Principio de Legalidad Ejecutiva** se retrotrae a los orígenes del Estado Democrático de Derecho, como consecuencia del fuerte impacto que suscitaban entre los pensadores de la época las ideas del Iluminismo; ideas que, en lo que al ámbito jurídico concierne, se vinculaban con el establecimiento de un límite al ejercicio de la potestad punitiva estatal. Se trataba, entonces, de establecer una serie de garantías individuales que imposibilitaran la intervención penal del Estado más allá de lo permitido por las leyes que conformaban el marco normativo vigente al interior de cada nación (Muñoz Conde y García Arán, 2002).

En este marco puede considerarse, conforme lo planteado por Guillamondegui (s.f.), que:

Este principio tiene un doble fundamento, uno político, propio del Estado liberal de Derecho caracterizado por el imperio de la ley, y otro jurídico, resumido en el clásico aforismo de Feuerbach: "*nullum crimen, nulla poena sine lege*", del cual se derivan una serie de garantías en el campo penal: la criminal, que establece la legalidad de los delitos; la penal, que establece la legalidad de las penas y medidas de seguridad; la jurisdiccional, que exige el respeto del debido

proceso; y la ejecutiva, que asegura la ejecución de las penas y medidas de seguridad con arreglo a las normas legales (p. 5).

En lo que refiere a la República Argentina, debe señalarse que, en la actualidad y tras la reforma constitucional acontecida en el año 1994, el principio de legalidad ejecutiva se encuentra integrado al texto de la Carta Magna nacional al plantearse que:

Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice (CN, art. 18).

Así como, al otorgarse garantía constitucional a una serie de Tratados Internacionales (CN, art. 75, inc. 22), como ser la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 11, ap. 2), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 9) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 15, ap. 1). Ello significa que es la Ley la que debe regular de antemano las características cualitativas de la pena, así como de qué modo va a desarrollarse su ejecución, resultando la sanción y promulgación de la Ley N°24.660 y sus modificatorias, una cristalización del Principio de Legalidad Ejecutiva (Guillamondegui, s.f.).

Derivan del Principio de Legalidad Ejecutiva a modo de sub-principios o consecuencias lógicas del mismo:

- a) *El Sub-Principio de Reserva*, derivado de la Constitución Nacional - artículo 19, mediante la cual se pone de manifiesto que el penado puede gozar de todos aquellos derechos que no se encuentren afectados por el ordenamiento jurídico o por la sentencia condenatoria, reafirmando así su condición de sujeto de derecho.

- b) *El Sub-Principio de Humanidad*, derivado de la Constitución Nacional - artículo 18 y en concordancia con los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional incorporados tras la reforma de 1994 (Constitución Nacional, artículo 75, inciso 22), mediante el cual se pone de manifiesto la obligación *erga omnes* de respetar la dignidad humana del penado y promover una política penitenciaria humanista que tenga como centro de atención a la persona, a quien se le debe garantizar que la ejecución de la pena impuesta estará exenta de tratos crueles, inhumanos o degradantes, estableciéndose la responsabilidad penal del funcionario público o particular que tuviera participación en supuestos de tales características.
- c) *El Sub-Principio de Igualdad ante la Ley*, derivado de la Constitución Nacional - artículo 16, mediante el cual se prohíbe cualquier tipo de discriminación durante la ejecución de la pena por cuestiones de raza, sexo, idioma, religión, ideología, condición social o cualquier otra circunstancia excepto de aquellas que resultaren a consecuencia del tratamiento penitenciario individualizado observado por el interno de acuerdo a sus condiciones personales.
- d) *El Sub- Principio de Progresividad del Régimen Penitenciario*, mediante el cual se establece que ,en pro de la reinserción social del detenido, el Estado deberá utilizar, dentro del régimen penitenciario, todos los medios necesarios y adecuados a dicha finalidad (entre ellos, el ofrecimiento al penado de un tratamiento interdisciplinario), y que dicho régimen se basará en la progresividad²⁸, esto es, que la duración de la condena impuesta resultará dividida en fases o grados con modalidades de ejecución de distinta intensidad en cuanto a sus efectos restrictivos; etapas a las que el condenado irá accediendo gradualmente de acuerdo a su evolución en el régimen, procurando la incorporación del interno a establecimientos penales abiertos basados en el principio de autodisciplina y, en su momento, su egreso anticipado al medio libre a través de los institutos penitenciarios previstos (salidas transitorias, semilibertad, libertad condicional, libertad asistida, etc.) (Guillamondegui, s.f).

En consonancia con los postulados de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, el **Principio de Resocialización** establece que la finalidad de la ejecución penal será

el lograr que el condenado adquiriera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, estableciéndose así cuáles son los objetivos que debe perseguir el Estado durante la ejecución de la pena privativa de la libertad y a los que deben estar orientados la actividad de los operadores penitenciarios y judiciales.

El **Principio de Judicialización de la Ejecución Penal**, incorporado a través de lo expuesto en la Ley N°24.660, artículos 3 y 4, establece expresamente que la ejecución de la pena privativa de la libertad, en sus distintas modalidades, estará sometida al control judicial permanente. Ello supone que todas aquellas decisiones de la etapa de ejecución penal que impliquen una modificación de las condiciones cualitativas de cumplimiento de la pena impuesta, conforme las prescripciones de la ley penal, deben ser tomadas o controladas por un Juez, dentro de un proceso en el que se respeten las garantías propias del procedimiento penal.

Se procura, de este modo, extender el ámbito de actuación del derecho procesal penal a la etapa de ejecución de sentencias, surgiendo la figura del Juez de Ejecución de Penas o de Aplicación de Penas o de Vigilancia Penitenciaria; magistrado que asume a su cargo funciones que antes correspondían a la Administración Penitenciaria y a los Tribunales de Sentencia.

El Juez de Ejecución Penal es:

Un órgano personal judicial especializado, con funciones de vigilancia, decisorias, y consultivas, encargado de la ejecución de las penas y medidas de seguridad de acuerdo al principio de legalidad y del control de la actividad penitenciaria, garantizando los derechos de los internos y corrigiendo los abusos y desviaciones que puedan producirse por parte de la Administración Penitenciaria (Paz Rubio, 1996, p. 259).

En lo que concierne a las funciones de dicho magistrado, las mismas pueden englobarse, de modo general, en torno a cuatro campos: a) funciones decisorias de primera instancia; b) funciones resolutorias en segunda instancia; c) funciones de conocimiento y d) funciones consultivas.

Las funciones decisorias en primera instancia se vinculan con el conceder las salidas transitorias, la semilibertad, la libertad condicional, las alternativas especiales de prisión, así como el resolver peticiones y quejas que afecten a los derechos fundamentales de los internos en relación al régimen y al tratamiento recibido. Las funciones resolutorias en segunda instancia suponen el resolver recursos de apelación sobre la aplicación de sanciones disciplinarias a internos y sobre las clasificaciones penitenciarias trimestrales de conducta y concepto.

Por su parte, las funciones de conocimiento se vinculan a la utilización de medidas de sujeción y de traslados de penados dentro del ámbito físico de la Administración Penitenciaria, así como de las restricciones a las comunicaciones de los internos, entre otras. Finalmente, la función consultiva es aquella que refiere al formular propuestas al Ministerio competente sobre materias que no figuran entre sus competencias en pos de un mejor desenvolvimiento del régimen y tratamiento penitenciario.

En el ámbito judicial, se aconseja la conveniencia de que el control jurisdiccional de la ejecución penal lo efectúe un órgano especializado distinto del tribunal de mérito por diversas razones, desde la distribución de trabajo que implicará el alivio de tareas a los Tribunales de Sentencia hasta la cuestión psicológica que puede influir en la imparcialidad y objetividad del juzgador de sentencia con motivo del conocimiento del caso y de las características del autor (máxime en delitos aberrantes o de suma gravedad) y de esta manera menguarse derechos del condenado en pro de su reinserción social al resolver un incidente llevado a su consideración (Guillamondegui, s.f, p. 18).

Por su parte, el **Principio de Inmediación de la Ejecución Penal**, derivado del principio de oralidad (Constitución Nacional, artículo 1), exige que los actos procesales se practiquen en presencia directa del Tribunal de mérito ya que, sólo de este modo, se podrá obtener un adecuado conocimiento, en busca de que las probanzas lleguen al ánimo del juzgador sin sufrir alteración alguna por influjo que sea extraño a su naturaleza. Se trata, entonces, de que los elementos de convicción lleguen directamente al espíritu del sujeto que ha de valorarlos, sin que se interpongan otras personas, que puedan tergiversar, falsificar, desdibujar consciente o inconscientemente la verdad, quitando o limitando la eficacia de tales elementos.

Trasladado y adaptando este principio al campo de la ejecución penal, su realización resultará provechosa para el justiciable y ello le permitirá al Juez fallar con un más amplio conocimiento de la situación de aquél y prevenir que su actividad se limite a una especie de “*santificación judicial*”. Ello implica (...) que el Juez de Ejecución Penal debe tomar contacto directo con los penados y con los agentes penitenciarios -lo que implica visitas semanales al instituto penitenciario-, conocer su expediente penal, su legajo criminológico, revisar si el procedimiento sancionatorio es respetuoso de las garantías procesales y constitucionales, revisar las calificaciones trimestrales de conducta y concepto y valorar la incidencia de las sanciones en las mismas, en supuestos de conflictos carcelarios (manifestaciones colectivas o motines) observar

la actuación de los penados, etc., es decir, distintas actividades que le permitan conocer a fondo la persona, los operadores penitenciarios y el ámbito de interacción cotidiano a fin de arribar a una solución más equitativa (Guillamondegui, s.f, pp. 20-21).

No obstante, es menester señalar la existencia de algunos factores que podrán afectar la ejecución u operatividad del Principio de Inmediación de la Ejecución Penal, como ser: el excesivo número de penados a disposición del Juzgado de Ejecución Penal; la distancia geográfica entre éstos y el centro penitenciario; la escasez de recursos materiales e infraestructura adecuada. De allí, la necesidad de buscar establecer procedimientos que permitan sortear dichos obstáculos.

4.4. Conclusiones parciales

El Derecho Penal constituye la máxima expresión del poder sancionatorio del Estado, que se dirige a la protección de los bienes jurídicos y a la preservación de un orden social justo, cuya aplicación, atiende al carácter de ultima *ratio*, en atención a la necesidad de privilegiar la libertad personal, la dignidad humana y demás derechos e intereses *iuris* fundamentales de todas las personas. Se torna menester recordar que la pena que se impone con motivo del ejercicio de conductas que afectan gravemente los bienes jurídicamente tutelados, cumple, en primer lugar, una función preventiva general para que las personas se abstengan de realizar el comportamiento delictivo *so pena* de incurrir en la imposición de sanciones y, en segundo lugar, una función preventiva especial mediante la imposición de la pena en concreto, con la represión que implica castigar efectivamente las actuaciones delictivas con el objeto de evitar que aquel que haya cometido un acto ilícito vuelva a tener tal actitud en el futuro.

Asimismo, debe recordarse que aun cuando las sociedades acudan como medio de control social a la imposición de penas, previa definición legal y con observancia de las garantías procesales pertinentes, sólo puede acudirse a la implementación de éstas como último recurso para garantizar la convivencia y paz social.

5. Capítulo II:

El Régimen de Progresividad de la Pena

El sistema de ejecución de la pena privativa de la libertad vigente, en la República Argentina, supone la imposición de una pena que, paulatinamente, relaja las condiciones de encierro, acercando al individuo detenido al medio social libre. En este marco, 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 contextos de autodisciplina y a estadíos de menor rigidez

La conformación de dicho cuadro situacional, le permitirá, inicialmente, egresos periódicos, a través de los cuales afianzar vínculos socio-familiares y poder trabajar fuera de la prisión, en igualdad de condiciones a la de la vida libre y, finalmente, acceder a institutos que signifiquen su soltura anticipada y condicionada.

5.1. El concepto de progresividad

Una vez que el detenido ha recibido, por parte del Tribunal competente, una sentencia condenatoria declarada firme, el condenado comienza a transcurrir un período en el cual se van concatenando distintas etapas tendientes a llevarlo a su disciplinamiento y, posterior, libertad total. Ello, no obstante, no impide que, en determinados casos, el condenado cumpla su condena de forma completa, sin acatar los requisitos, ni usufructuar los regímenes penitenciarios semi cerrados previstos en el marco normativo vigente.

Por el contrario, en aquellos casos en los que el condenado transcurre su estadía en el sistema penitenciario, respetando el procedimiento previsto y desarrollando determinadas actividades, conductas y acciones consideradas satisfactorias, se torna acreedor de una serie de derechos y deberes asociados a su crecimiento y mejoramiento no sólo moral, sino también psicológico.

Cabe destacarse que el régimen progresivo es regido por el principio de autodisciplina y además por cronología temporal de cumplimiento de condena. Este, procura la menor permanencia del condenado en el establecimiento carcelario cerrado mediante un pronóstico favorable de adecuada reinserción social que busca reducir los efectos negativos que tendría el brusco cambio desde el encierro absoluto a la libertad total, generando permisiones parciales de adaptación.

El régimen de progresividad promueve la seguridad, la buena convivencia, la posibilidad de estudiar y capacitarse, la adecuada atención a necesidades del condenado tanto físicas como espirituales como así también el desarrollo de actividades sociales, culturales y laborales. Con la realización de tales cuestiones el interno desarrollará su progreso a través del régimen, alcanzando con adecuada conducta y desarrollo de valores que hacen al orden público, moral y las buenas costumbres el logro de los objetivos planteados en cada etapa de este proceso

cronológico y concatenado. Todo esto, conforme al Artículo 6 de la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de La Libertad, como ley madre del proceso (González, 2016, p. 30).

Artículo que prevé:

El régimen penitenciario se basará en la progresividad, procurando limitar la permanencia del condenado en establecimientos cerrados y promoviendo en lo posible y conforme su evolución favorable su incorporación a instituciones abiertas, semiabiertas, o a secciones separadas regidas por el principio de autodisciplina.

Las acciones a adoptar para su desarrollo deberán estar dirigidas a lograr el interés, la comprensión y la activa participación del interno. La ausencia de ello será un obstáculo para el progreso en el cumplimiento de la pena y los beneficios que esta ley acuerda (Ley N°24.660, art. 6, modificado por Ley N°27.375, art. 3).

Es decir que prima, en el cuadro normativo imperante, aquella noción según la cual toda persona que se encuentre, legalmente, privada de su libertad debe ir progresando o avanzando en su evolución penitenciaria a fin de tornarse merecedor de escenarios de mayor autogestión hasta alcanzar su libertad. En palabras de Pitlevnik (2016):

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 (...).

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 Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela) de diciembre de 2015 (pp. 109-110).

5.2. Antecedentes legislativos de la ejecución privativa de la libertad

La ejecución penal es el proceso que se dirige a efectivizar el cumplimiento de una condena hasta su agotamiento y, por tal razón, capta sólo las sentencias que se encuentran firmes en condena. Es decir que para el inicio de la etapa de ejecución penal dentro del proceso penal es necesaria, primeramente, una sentencia firme, esto es, una decisión jurisdiccional válida y certera.

Además de la decisión formal en un instrumento público y una vez declarada firme, se torna menester el establecimiento de un cómputo de pena el que contendrá el marco y el tiempo de condena, así como la fecha en la que el reo podrá comenzar a cumplir cada una de los institutos que conllevan el proceso. En este marco, El momento procesal se encuentra constituido por el conjunto de actos necesarios para la efectiva aplicación de todas las providencias, penales y civiles, contenidas en la sentencia. Se debe considerar que dicho cómputo puede ser modificable, negativamente, por nuevos hechos delictivos, rebeldías o sanciones como así también, de manera positiva, como por ejemplo en el caso de estímulos que lleven al recorte de la pena del condenado y anticipen el gozo de los diferentes institutos previstos en el marco normativo vigente.

La ejecución penal contiene una serie de principios generales los cuales son lineamientos de interpretación y aplicación para cada uno de los institutos que regula la ley, siendo ellos: a) la prevención especial (vinculada a la legitimación de la privación de la libertad), b) la excepcionalidad (el régimen penitenciario debe siempre ser considerado restrictivo en cuanto a que puede afectar los derechos de los internos); c) la judicialidad (ya que el detenido se encuentra bajo control judicial); d) la progresividad (indica el avance del condenado, a través de distintos estadios hasta alcanzar la libertad); e) la igualdad (no se establece distinción alguna en lo que a la aplicación de la pena concierne); f) la humanidad (en la medida en que se trata de favorecer la convivencia, lograr mejoras y vínculos socioafectivos estables entre el detenido y su entorno) y g) la intrascendencia de la pena (en cuanto la misma se encuentra limitada, es aplicable, a un condenado).

En lo que refiere al ámbito de la República Argentina, conjuntamente con la sanción de la Ley N°24.660 fueron estableciéndose una serie de decretos que rigen y colaboran con lo establecido en su texto, en carácter de anexos, que apoyan, teóricamente sus postulados y ramificaciones. En este marco, puede hacerse mención al Decreto N°396/99 (modalidades básicas de ejecución), al Decreto N°18/1997 (para sanciones disciplinarias), al Decreto N°1.058/1997 (el que reglamenta el artículo 33 de la Ley N°24.660) y el Decreto N°1.464/2007 (Régimen Penitenciario Federal). La norma ha sido objeto, también, de modificaciones, en

algunas de sus partes, como por ejemplo la Ley N°26.472/2009, Ley N°26.698/2011 y Ley N°26.813/2013 (González, 2016).

Es importante recordar que todo el proceso de ejecución penal es parte de una etapa jurisdiccional, a cargo de los jueces de ejecución penal competentes, encargados de llevarla adelante, en tanto son éstos los encargados de analizar, otorgar o rechazar, mediante decretos, resoluciones y providencias el cumplimiento, o no, del tratamiento penitenciario de los condenados, así como de controlar el debido respeto de las garantías constitucionales y los tratados internacionales ratificados en Argentina como así también la ley de Ejecución Penal, los decretos relacionados y demás leyes modificatorias; además del respeto de los derechos hacia los condenados dentro y fuera del establecimiento carcelario (González, 2016).

5.3. Períodos del proceso de progresividad de la pena

Como se reseñara, en los apartados anteriores, el ingreso de un detenido al sistema de la pena, regulado como modelo progresivo, se traduce en el inicio de un recorrido carcelario desde el régimen cerrado de detención hacia modalidades menos severas.

En la Argentina, la ley nacional divide el proceso de progresividad de la pena en cuatro etapas o instancias, las que se caracterizan por su concatenación: a) observación; b) tratamiento; c) prueba y d) libertad condicional. Estos períodos constituyen las diferentes etapas por las que el reo deberá atravesar, para poder cumplir con la condena impuesta y una vez terminado el tratamiento de éstos, estará preparado para su reinserción social. Se debe considerar que el tiempo en el que se concreta cada período no es en todos los casos igual, toda vez que ello depende de la actitud de cada interno en cuanto a los tratamientos y condiciones a cumplir.

Retomando lo postulado por González (2016), debe señalarse que el período de observación es la primera etapa donde el condenado será analizado, de manera general, mediante la realización, por parte de un equipo interdisciplinario de profesionales, de estudios físicos, psicológicos, sociales, así como de prognosis criminológica, que permitan establecer los objetivos iniciales para lograr incentivar su cooperación y con ello un desarrollo pleno del mismo en cuanto a las tareas a realizar. En esta instancia, no sólo se solicita al condenado un compromiso de su parte, a fines de poder comenzar y desarrollar de manera correcta su tratamiento para poder lograr su participación activa y progreso, sino que, también, se escuchan las dudas, problemas o inquietudes que posea.

En la observación además se le informa al condenado el período y fase al cual se proponen llegar y el establecimiento o grupo donde él será destinado, indicando así un orden y una ubicación estratégica en relación al proyecto. Por último, se le indica el tiempo mínimo de verificación de logros en cuanto al tratamiento, estableciéndose parámetros de organización y metas.

Conforme lo expresado en la Ley N°24.660:

A los efectos de dar cumplimiento a los recaudos del artículo anterior se procederá de la siguiente manera:

- 1) Todo condenado será trasladado a un centro de observación en un término de cuarenta y ocho (48) horas de notificada la sentencia firme en la unidad penal.
- 2) La unidad de servicio judicial del establecimiento penitenciario de que se trate, iniciará un expediente adjuntando copia de la sentencia, planilla de concepto, conducta, informe de antecedentes judiciales, de evolución en el régimen y en el tratamiento, si los hubiera, y el estudio médico correspondiente.
- 3) Dicho expediente completo y así confeccionado será remitido al organismo técnico-criminológico a fin de dar cumplimiento a la totalidad de las previsiones previstas para dicho período.
- 4) El informe del organismo técnico-criminológico deberá indicar específicamente los factores que inciden en la producción de la conducta criminal y las modificaciones a lograr en la personalidad del interno para dar cumplimiento al tratamiento penitenciario.
- 5) Cumplimentados los incisos anteriores el expediente será remitido a la dirección del penal que lo derivará a la unidad de tratamiento la que, conforme las indicaciones emanadas por el organismo técnico-criminológico y previa evaluación de la necesidad de intervención de cada unidad del establecimiento, hará las derivaciones correspondientes (Ley N°24.660 art. 13 bis, modificado por Ley N°27.375, art. 9).

Para, luego, añadir que:

En todos los casos los responsables de las unidades que hayan sido indicados para la realización del tratamiento penitenciario, deberán emitir un informe pormenorizado acerca de la evolución

del interno. Dicho informe será elaborado cada treinta (30) días y elevado al Consejo Correccional, debiendo ser archivado en el mismo para su consulta.

Cuando el interno, por un ingreso anterior como condenado en el Servicio Penitenciario Federal, ya tuviere historia criminológica, ésta deberá ser remitida de inmediato al organismo técnico-criminológico del establecimiento en que aquél se encuentre alojado durante el período de observación, para su incorporación como antecedente de los estudios interdisciplinarios a realizarse (Ley N°24.660 art. 13 bis, modificado por Ley N°27.375, art. 9).

El período de tratamiento, por su parte, es aquel en el cual se desarrolla el plan efectuado y proyectado en el período de observación. Generalmente, se divide en diversas partes (socialización, consolidación y confianza) que van eliminando, en su transcurso cronológico, determinadas restricciones inherentes al encierro. En relación a las fases mencionadas dentro de este período se debe destacar que si el reo logra un buen resultado puede establecerse una promoción directa desde la fase de socialización a la fase de confianza; esto se logra cuando el detenido realiza las actividades asignadas de manera responsable y decorosa, así como cumpliendo, con estricta rigurosidad, el reglamento carcelario vigente.

El ingreso a las diversas fases aludidas en el artículo precedente, deberá ser propuesto por el organismo técnico-criminológico.

El Consejo Correccional, previa evaluación de dicha propuesta, emitirá dictamen por escrito. Producido el dictamen, el director del establecimiento deberá resolver en forma fundada. Dispuesta la incorporación del interno en la fase 3, la dirección del establecimiento, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas remitirá las comunicaciones respectivas al juez de ejecución y al organismo técnico-criminológico.

En caso de que el interno dejare de reunir alguna de las condiciones selectivas o cometa infracción disciplinaria grave o las mismas sean reiteradas, el director, recibida la información, procederá a la suspensión preventiva de los beneficios acordados en la fase 3, debiendo girar los antecedentes al Consejo Correccional, quien en un plazo no mayor a cinco (5) días, propondrá a qué fase o sección del establecimiento se lo incorporará, comunicando tal decisión al juez de ejecución y al organismo técnico-criminológico (Ley N°24.660 art. 14 bis, modificado por Ley N°27.375, art. 11).

Durante el período de prueba, y ya habiendo alcanzado los objetivos establecidos en las fases anteriores, el reo comienza a establecer un contacto con el medio libre y es en este período donde surge la incorporación del condenado al establecimiento abierto, en el que el encierro es la excepción (generalmente, sólo está dentro de éste en horarios nocturnos), comprendiendo la posibilidad de libre movimiento, durante la jornada diurna.

Aquí es donde se ubica, por ejemplo, el instituto de salidas transitorias; instituto que permite al reo apartarse, por un período de 12, 24 o, excepcionalmente, 72 horas, del establecimiento carcelario y bajo condiciones fijadas por el Juez de ejecución competente, a fin de afianzar y mejorar los lazos familiares y sociales; cursar estudios de educación general básica, media, polimodal, superior, profesional y académica de grado o de los regímenes especiales previstos en la legislación vigente y/o participar en programas específicos de prelibertad ante la inminencia del egreso por libertad condicional, asistida o por agotamiento de condena (Ley N°24.660 art. 16, modificado por Ley N°27.375, art. 13). Los pilares fundamentales de esta etapa son la autodisciplina y la confianza, siendo responsabilidad de la autoridad penitenciaria la promoción del detenido a este período.

Finalmente, el período de libertad condicional se corresponde con la externación del condenado, quedando éste sólo sujeto a una serie de restricciones detalladas por la autoridad judicial (juez de ejecución) y cuya regulación es doble, en tanto se encuentra sujeta a una serie de requisitos previstos tanto en la Ley de Ejecución de Pena Privativa de la Libertad como en el Código Penal argentino (Ley N°24.660 art. 28). “La supervisión del liberado condicional comprenderá una asistencia social eficaz a cargo de un patronato de liberados o de un servicio social calificado, de no existir aquél. En ningún caso se confiará a organismos policiales o de seguridad” (Ley N°24.660 art. 29).

5.4. Conclusiones parciales

Tras consolidarse, a inicios del siglo XIX, la noción del sistema penitenciario moderno, las instituciones estatales destinadas a privar de la libertad a una persona en el marco de un proceso penal, para poder ser consideradas un sistema penitenciario, debían incluir como principio fundamental de su organización la corrección del preso; corrección entendida en términos de resocialización y reinserción social de los reos.

Tan sólo dentro del paradigma correccionalista es que se torna posible comprender el principio de progresividad de la pena, el cual supone el avance o progreso del detenido, con

sentencia firme y plazo de detención establecido, durante el transcurso de la detención, hacia etapas, espacios y regímenes de mayor autodisciplina, incorporado finalmente a diversos regímenes de libertades anticipadas transitorias (salidas transitorias y semilibertad) y permanentes (libertad condicional).

Llegado este punto, se torna menester observar que la República Argentina ha hecho grandes avances en lo que al tratamiento jurídico de la materia concierne. No obstante, la importancia de dichos avances debe de verse acompañada, fundamentalmente, por la aplicación de los mismos, de forma igualitaria, en la práctica, asegurándose para ello, a nivel estatal, la existencia de una estructura no sólo legal, sino también física, así como de disponibilidad de recursos materiales, económicos y humanos que lo acompañe y avale.

6. Capítulo III:

Función Resocializadora de la Pena Privativa de la Libertad

La palabra reinserción o resocialización representa un proceso de introducción del individuo en la sociedad; supone el favorecer el contacto activo entre recluso-comunidad. Para ello, los operadores penitenciarios deben iniciar junto con la condena un proceso de rehabilitación de los contactos sociales del recluso y procurar atenuar los efectos negativos de la pena (prisionización), permitiendo que la interacción del interno en el establecimiento penal se asemeje lo más posible a la vida en libertad, así como promover y estimular, en la medida

de lo posible y conforme la ubicación del penado dentro del régimen y tratamiento penitenciario, las actividades compatibles con dicha finalidad (Guillamondegui, s.f).

En el presente apartado se buscará indagar acerca de dicho fenómeno, así como de la observancia que su aplicación a supuesto, entre diversos sectores de la doctrina.

6.1. La función resocializadora en el Derecho Penal: definición

El desarrollo en el marco penitenciario de la finalidad reformadora como meta de la sanción es un fenómeno reciente. Conforme lo expresado por De la Cuesta Arzamendi (1993), en la Edad Media comienza a constatarse una fuerte conexión entre privación de libertad y reforma en el marco de las llamadas instituciones de corrección. En palabras del autor:

Surgidas en gran parte como resultado de los problemas suscitados por el desplazamiento demográfico de masas de campesinos a las ciudades y con el objetivo de "reformular" o "corregir" a los mendigos y vagabundos que se resistían a integrarse en la manufactura naciente, éstas no tienen, con todo un carácter propiamente penal. Por ello, sólo a partir del siglo XIX, tras la estabilización del orden social surgido de la industrialización y con el apogeo de las doctrinas defensoras de la prevención especial de contenido positivo (...) cabe hablar propiamente de desarrollo de la finalidad resocializadora en el marco de la justicia penal laica, un proceso que se ve ciertamente empujado por la generalización de la pena privativa de la libertad, los progresos en el campo de las ciencias de la conducta y el advenimiento, bien entrado el siglo XX, de los Estados de Bienestar (De la Cuesta Arzamendi, 1993, p. 9).

En este contexto, la orientación reformadora o correctora alcanza una gran importancia a fines del siglo XVIII, logrando su extensión generalizada a las diversas legislaciones occidentales, ya entrado siglo XIX. Se produce, de este modo, una cierta legitimación y consolidación de la meta resocializadora, inicialmente, aceptada, de manera formal, sólo en instituciones marginales al sistema penal.

De la Cuesta Arzamendi (1993) señala que la generalización de la pena privativa de la libertad coincide, temporalmente, con el desarrollo de las ciencias de la conducta, las cuales supusieran, también, una fuerte influencia en la consolidación del ideal reformador, en el marco penitenciario.

Inspirados por la preocupación racionalista del siglo XVIII y convencidos de que los comportamientos individuales y sociales son susceptibles de entendimiento científico en cuanto a sus causas y elementos determinantes, surgen en el siglo XIX numerosos estudios acerca de las causas individuales (y sociales) de la delincuencia. Estos (...) encuentran apoyo fundamental en (...) la Escuela Positiva, que coloca en el vértice de su programa la necesidad de una ejecución penal rehabilitadora, orientada hacia el tratamiento científico-individualizado y reeducador del delincuente (De la Cuesta Arzamendi, 1993, p. 10).

Sería, finalmente, a partir del desarrollo y consolidación del Estado de Bienestar, caracterizado por la voluntad de asegurar el bienestar de la totalidad de individuos que conforman el conjunto poblacional, cuando el ideal reformador lograra ser admitido por la doctrina jurídica.

A partir de entonces, se concibe que, durante cada uno de los períodos del régimen progresivo de la pena, el condenado se prepara para su futura ejecución del establecimiento carcelario, de acuerdo a las normas y obligaciones establecidas por las autoridades competentes, cumpliendo determinadas pautas y condiciones que debe realizar para poder lograr una buena conducta, la cual, en los plazos establecidos previamente, por el cómputo de la pena, le generen una calificación positiva la cual permita usufructuar de los distintos institutos de salida anticipada (salidas transitorias, salidas anticipadas y de libertad condicional), que forman parte del proceso de reinserción social previstos en el régimen normativo vigente al interior de cada estructura social. Esta preparación, efectuada y exigida para la concreción de la salida y, por consecuente, el cumplimiento de la pena condenatoria, supone, además, el establecimiento de un programa que prepara al condenado para su salida definitiva del ámbito penitenciario, dotándolo de determinados insumos para que pueda comenzar a manejarse en el exterior (función resocializadora).

6.2. Diversas concepciones en torno del fenómeno

De la Cuesta Arzamendi (1993) postula que, la amplia aceptación doctrinal de la finalidad resocializadora de la pena, acontecida, principalmente, en la década de 1970, no supone, paralelamente, la existencia de un asentimiento general en torno de su contenido y alcance. Desde sus inicios, el concepto resocializador ha suscitado una multiplicidad de posturas en torno de su naturaleza o contenido (de socialización o de corrección), ámbito de

actuación (teoría de la pena, en general, o teoría de la pena privativa de la libertad, en particular), así como finalidad última (tutela individual o defensa social).

En lo que atañe a la naturaleza del proceso resocializador, los defensores de la teoría de la socialización (modelo funcionalista) plantean que la actividad delictiva encuentra gran parte de sus orígenes o explicación en la deficiente o nula socialización del individuo. De allí, la necesidad de aprovechar la ejecución de la pena para lograr una suerte de socialización en reemplazo del individuo, dirigida a corregir y rellenar la carencia o defecto de socialización detectado.

En tal sentido es necesario señalar que tal postulación no se encuentra exenta de dificultad. En palabras de De la Cuesta Arzamendi (1993):

Con independencia de que una socialización totalmente conseguida parece "antropológicamente imposible", la práctica demuestra que no son pocos los delincuentes "normales", sin importantes defectos de socialización. Por lo demás, y prescindiendo de lo dudoso que resulta que la institución penitenciaria sea ocasión adecuada para la subsanación de aquellos déficits, es preciso distinguir entre las carencias o defectos de socialización primaria y secundaria. Y en este punto, las teorías de la socialización se enfrentan a fuertes problemas, pues no siendo posible la socialización secundaria sin una previa socialización primaria, ésta difícilmente se alcanza superada la etapa infantil del desarrollo de la persona (p. 10).

Asimismo, se torna importante mencionar que, en algunas oportunidades, la adaptación coactiva del sujeto, en el marco penitenciario, puede llevar al desarrollo de un proceso de socialización negativa, asociado a la interiorización de valores socialmente reprobados, pero presentes al interior de las instituciones penitenciarias.

Por su parte, los defensores del modelo correccionalista plantean que, siendo la conducta delictiva una manifestación de la incapacidad del delincuente de autodeterminarse y controlar su comportamiento, la intervención penitenciaria permitiría la corrección o enmienda de dicho tipo de accionar. También esta postura ha sido fuente de fuertes críticas, vinculadas, fundamentalmente, a la fusión que plantea entre Derecho y Moral.

En este contexto, De la Cuesta Arzamendi (1993) señala que es importante destacar que la mayor parte de las posturas mantenidas en la doctrina, en lo que refiere a la naturaleza del proceso resocializador, escapan a dichas posiciones extremas, ubicándose en lo que podría

considerarse una postura mixta, caracterizada por la integración de diversos elementos provenientes de las teorías antes mencionadas.

6.3. Problemas e interrogantes del programa resocializador

Las dificultades que la meta resocializadora atravesara en sus inicios, vinculados, fuertemente, a la concepción de la naturaleza del proceso, se han visto recrudescidas en las últimas décadas, cuando comenzara a atacarse, desde diversas perspectivas teóricas, al ideal resocializador en sí mismo al considerársele una vía inadecuada para la prevención del delito, de naturaleza inalcanzable a través del tratamiento penitenciario, así como de constituir un peligro serio para los derechos individuales de los internos.

Desde el prisma de la prevención del delito, las concepciones criminológicas tradicionales, basadas en la configuración del hecho delictivo como fenómeno individual y susceptible de un tratamiento individualizado, siempre defendieron a la meta resocializadora como el objetivo primordial del tratamiento penitenciario. Durante la década de los 70 se produce, sin embargo, una fuerte contestación del enfoque criminológico tradicional y surge la Criminología de la reacción social, la cual considera al delito más que un fenómeno individual, un producto de las estructuras sociales (De la Cuesta Arzamendi, 1993, p. 14).

En este marco, teorías como la del *Labelling Approach*, plantean que la criminalidad no es algo característico de ciertos actos o sujetos, sino el resultado de los procesos sociales de interacción, de allí que, difícilmente, un instrumento resocializador centrado en el tratamiento penitenciario individualizado de los delincuentes, permita alcanzar los fines de prevención deseados.

La Teoría del *Labelling Approach* o también denominada Teoría del Etiquetamiento permite, desde un enfoque histórico-materialista que dirigiera la atención hacia las conexiones existentes entre el sistema penal y la estructura de la objetividad social, entender la situación social y observar las complejidades que deben atravesar los individuos que, una vez sufrida la privación de su libertad y el tratamiento post-penitenciario, deseen reincorporarse a una sociedad caracterizada por ser prejuiciosa y estigmatizante.

En tal sentido, Lemert uno de los referentes de dicha teoría, sostiene que el sujeto etiquetado como desviado, es sometido a un doble proceso de desvío, primero a través de la

desviación primaria y, luego, de la desviación secundaria. La desviación primaria es aquella que refiere a la violación inicial de una regla social que todavía no trae una reacción social de etiquetamiento. Luego, la desviación secundaria se observa en los individuos post penitenciarios, una vez producida la reacción social frente a la violación inicial en la que el individuo incurriera. De este modo, la sociedad asigna al individuo una etiqueta o status rol de permanencia en el delito del cual no puede salir, en tanto se ve reforzado por la presión social existente frente a la situación que debiera atravesar.

Un segundo bloque de críticas que gira en torno del principio resocializador es aquel que plantea la imposibilidad de su concreción o consecución en el ámbito penitenciario, dados los efectos negativos que dicho tipo de institución suele acarrear no sólo a nivel físico, sino también psíquico-emocional de los sujetos detenidos. El principal rechazo sufrido por la resocialización, no obstante, proviene de los peligros que algunos sectores de la doctrina creen detectar en el ideal resocializador y las implicancias que éste tiene para los derechos individuales de los internos.

Frente a lo que tal vez cabía esperar por la identificación tan frecuente entre ideal resocializador y humanitarismo, la experiencia de diversos países demuestra que, en muchos casos, la actuación de estos órganos se ha caracterizado por la arbitrariedad, y sus criterios por su escasa fiabilidad, traduciéndose a la postre en decisiones más duras que las procedentes de un sistema penal más inspirado en la retribución o prevención general (De la Cuesta Arzamendi, 1993, p. 15).

6.4. Conclusiones parciales

No se puede hablar de pena sin la referencia a un grupo social organizado, el cual necesita protección a su estructura, con el fin de perpetuarse. Las penas cobran importancia en tanto respondan al anhelo de orden y supervivencia social. Si embargo, limitar su aplicación a un mero fin retribucionista o disciplinador sería erróneo, tal cual la evolución histórico-social lo ha demostrado.

Se torna necesario e importante el desarrollo del establecimiento de una serie de políticas tendientes a la resocialización de los individuos detenidos, en tanto personas que, debido a su accionar erróneo o contrario a las normas legales imperantes, precisan de la reeducación a fin de poder reinsertarse en el ámbito social, sorteando el estigma que recae sobre los mismos y que deriva de la mirada ajena respecto de sus acciones pasadas. Se trata de

proceder a la rehabilitación de los mismos, evitando, de este modo, que ingresen en un círculo delictivo del cual les sea imposible salir, más si se considera que, luego de cumplir una condena, la mayoría de los individuos retorna al lugar donde estaba antes de ingresar a la cárcel y se vuelve a encontrar con los mismos inconvenientes y situaciones que lo llevaron a delinquir anteriormente. Esto se debe a que la estructura social responsable de establecer las condiciones para que se produzcan los excesos de conducta, las agresiones, las violencias u otras situaciones que actúan como base o fundamento íntimo para quien las lleva a cabo quizás sin explicárselo razonablemente, continúa intacta.

7. Capítulo IV:

Regulación sobre los beneficios de las libertades anticipadas

La regla general es que la ley prevea para todas las condenas, una pena determinada. En el caso de los regímenes progresivos, el fin de la pena no se limita a que el detenido pague por el delito cometido, sino que se vincula, asimismo, a la reintegración del condenado al contexto social y al espacio-temporal, en el que se encuentra inserto. Para ello, el Estado busca dotar al detenido de una serie de herramientas jurídicas a través de las cuales atenuar y/o reducir los tiempos de expurgación del castigo recibido.

7.1. Libertades anticipadas: tipos y caracterización

7.1.1. Salidas transitorias

El instituto de salidas transitorias surge con la Ley N°24.660 y se encuentra reglamentado a través de los Decretos N°396/1999 y 1.139/2000, en los cuales se añaden una serie de informes a tener en cuenta a la hora de establecer las condiciones para el otorgamiento del instituto.

Conforme lo expresado en el texto de la Ley:

Para la concesión de las salidas transitorias o la incorporación al régimen de semilibertad se requiere:

I. Estar comprendido en alguno de los siguientes tiempos mínimos de ejecución:

a) Penas mayores a diez (10) años: un (1) año desde el ingreso al período de prueba.

b) Penas mayores a cinco (5) años: seis (6) meses desde el ingreso al período de prueba.

c) Penas menores a cinco (5) años: desde el ingreso al período de prueba.

II. No tener causa abierta donde interese su detención u otra condena pendiente, total o parcialmente.

III. Poseer conducta ejemplar o el grado máximo susceptible de ser alcanzado según el tiempo de internación, durante el último año contado a partir de la petición de la medida. Para la concesión de salidas transitorias o la incorporación al régimen de semilibertad deberá meritarse la conducta y el concepto durante todo el período de condena, debiendo ser la conducta y el concepto del interno, durante al menos las dos terceras partes de la condena cumplida al momento de peticionar la obtención de los beneficios, como mínimo Buena conforme a lo dispuesto por el artículo 102.

IV. Contar con informe favorable del director del establecimiento, del organismo técnico-criminológico y del Consejo Correccional del establecimiento, 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.

V. No encontrarse comprendido en los supuestos del artículo 56 bis de la presente ley.

VI. En los casos de las personas condenadas por los delitos previstos en el artículo 128 tercer párrafo, 129 segundo párrafo y 131 del Código Penal, antes de adoptar una decisión, se requerirá un informe del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución y se notificará a la víctima o su representante legal que será escuchada si desea hacer alguna manifestación. El interno y la víctima podrán proponer peritos especialistas a su cargo, que estarán facultados a presentar su propio informe (Ley N°24.660 art. 17, modificado por Ley N°27.375, art. 14).

En este marco, es importante mencionar que el instituto de salidas transitorias es el más estricto a la hora de establecer si el condenado cumplió o no con las condiciones para concederlo, como así también el más exigente en cuanto a los requerimientos que solicita, ya que es la primera salida y a partir de allí se abre el paso a las demás y al comienzo del proceso de resocialización de manera concreta (González, 2016).

Las salidas transitorias pueden ser otorgadas por uno o varios motivos dignos de fundamento y generadores de progreso en el reo, ellos son afianzar lazos familiares y sociales, cursar estudios de educación general básica, polimodal, superior, profesional y académica de grado, participar de programas específicos de prelibertad o por agotamiento de condena (Ley N°24.660, art. 16, modificado por Ley N°27.375, art. 13). No obstante, por más que tales objetivos sean necesarios, el régimen no es otorgado hasta la hora de cumplir con el periodo progresivo de la condena, esto es, los tiempos cronológicos exigidos el cual es considerado cuando se cumple con la mitad de la condena.

El condenado puede solicitar el pedido de las salidas transitorias por medio de su defensor a partir del inicio del período de prueba siempre y cuando cumpla con todas las condiciones impuestas de manera exacta, perfecta y completa, con conducta ejemplar e informes que sean aprobados de manera excelente. Cada uno de los requerimientos que se necesitan para la concesión de este instituto deben ser cumplidos de manera total.

El juez de ejecución es quien debe conceder el régimen aprobando el cumplimiento de lo requerido o formulando observaciones para su otorgamiento. Es él quien además puede suspender o revocar luego el instituto en caso de incumplimientos o infracciones de tipo grave. Una vez concedidas las salidas transitorias, el director del establecimiento carcelario es quien debe hacer efectivas las mismas e informar cualquier irregularidad que pueda suceder, así como también su correcto cumplimiento.

El régimen de salidas transitorias no interrumpe la ejecución de la pena y puede ser ampliado si el condenado lo solicita mientras respete las reglas dadas y sus informes vayan mejorando a medida que usufructúa este permiso. Asimismo, el proceso continúa dando paso a otros institutos posteriores que el interno podrá obtener a medida que cumpla con la progresividad establecida previamente en el cómputo de pena.

7.1.2. Semilibertad

Una vez que el tiempo transcurre y el condenado continúa usufructuando sus salidas transitorias las mismas comienzan a aumentar cada tres meses en cuanto a su cantidad de

tiempo, empezando por una salida de veinticuatro horas mensuales, siguiendo por cuarenta y ocho horas y continuando a medida que se encoje la pena y por ende que continúa el proceso progresivo. Esto se realiza solicitando la ampliación de las salidas transitorias por parte del interno o por su asesor letrado.

Mientras transcurre tal periodo (o previo a él) el condenado puede solicitar el instituto de semilibertad donde comienza a trabajar y tiene una rutina laboral en cuanto a días y horarios.

La semilibertad permitirá al condenado trabajar fuera del establecimiento sin supervisión continua, en iguales condiciones a las de la vida libre, incluso salario y seguridad social, regresando al alojamiento asignado al final de cada jornada laboral.

Para ello, deberá tener asegurado, con carácter previo una adecuada ocupación o trabajo, reunir los requisitos del artículo 17 y no encontrarse comprendido en las excepciones del artículo 56 bis (Ley N°24.660, art. 23, modificado por Ley N°27.375, art. 18).

Asimismo,

Para la incorporación al régimen de semilibertad se requerirá una información a cargo de la Sección Asistencia Social en la que se constate:

- a) Datos del empleador;
- b) Naturaleza del trabajo ofrecido;
- c) Lugar y ambiente donde se desarrollarán las tareas;
- d) Horario a cumplir;
- e) Retribución y forma de pago.

El asistente social que realice la constatación acerca del trabajo ofrecido, emitirá su opinión fundada sobre la conveniencia de la propuesta a los efectos de su valoración por el Consejo Correccional (Ley N°24.660, art. 23 bis, modificado por Ley N°27.375, art. 19).

A través de dicho instituto, se le da, además, al detenido la posibilidad de tener una salida transitoria, a modo de ocio, en el domicilio previamente acordado. Si bien ambos institutos

(salidas transitorias y semilibertad) se pueden otorgar al mismo momento, son diferentes uno del otro, ya que en uno el detenido sale al exterior, a modo de descanso, para permanecer en el hogar de residencia y afianzar lazos familiares y sociales, mientras que, en el otro, lo hace para trabajar, pudiendo gozar de una salida.

Transcurrido esto y una vez afianzado en su período de salidas transitorias, se verifica que se cumplan los plazos según el cómputo de pena dado en un principio o el establecido luego de las modificaciones pertinentes y el interno se encuentra listo para poder solicitar el instituto de libertad condicional, el cual es previo a su libertad total y un período posterior del régimen de progresividad.

7.1.3. Libertad condicional

El Derecho Penal argentino establece el derecho de toda persona privada de su libertad de acceder al beneficio de la libertad condicional, una vez cumplimentados una serie de requisitos legalmente establecidos. En este contexto, algunos juristas, definen a la libertad condicional como una suspensión parcial de la privación de la libertad –o sea, del encierro– que, producida durante un periodo de prueba y en caso de resultar favorable, determina la extinción definitiva del resto de la pena privativa de libertad que le quedaba por cumplir al condenado (Zaffaroni, 1998).

No obstante, la posibilidad de acceso a tal beneficio no es irrestricta, sino que se encuentra restringida para aquellos individuos que reincidan en un comportamiento delictivo. En ese sentido, el Código Penal estipula expresamente que:

La libertad condicional no se concederá a los reincidentes. Tampoco se concederá cuando la condena fuera por:

- 1) Homicidios agravados previstos en el artículo 80 del Código Penal.
- 2) Delitos contra la integridad sexual, previstos en los arts. 119, 120, 124, 125, 125 bis, 126, 127, 128 primer y segundo párrafos, y 130 del Código Penal.
- 3) Privación ilegal de la libertad coactiva, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el artículo 142 bis, anteúltimo párrafo, del Código Penal.
- 4) Tortura seguida de muerte, artículo 144 ter, inciso 2, del Código Penal.
- 5) Delitos previstos en los artículos 165 y 166, inciso 2, segundo párrafo, del Código Penal.
- 6) Secuestro extorsivo, si se causare la muerte de la persona ofendida, conforme a los supuestos previstos en el artículo 170, antepenúltimo y anteúltimo párrafos, del Código Penal.

- 7) Delitos previstos en los artículos 145 bis y ter del Código Penal.
- 8) Casos en que sea aplicable el artículo 41 quinquies del Código Penal.
- 9) Financiamiento del terrorismo previsto en el artículo 306 del Código Penal.
- 10) Delitos previstos en los artículos 5º, 6º y 7º de la ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace.
- 11) Delitos previstos en los artículos 865, 866 y 867 del Código Aduanero (CP, art 14 modificado por Ley N° 27.735, art. 38).

El estableciendo de una prohibición legal para que los detenidos reincidentes puedan acceder al régimen de la libertad condicional ha generado fuertes discrepancias en la actual dogmática penal en cuanto a su adecuación constitucional. Así, por un lado, quienes adoptando una postura garantista plantean la inconstitucionalidad de la norma han esbozado distintos fundamentos, entre ellos, que la restricción del derecho al beneficio violenta la garantía del *non bis in idem* (Zaffaroni, 1998); que habría una violación al principio de igualdad (Maier, 1989) y que afecta el principio de culpabilidad (Ferrajoli, 1995).

Por otro lado, agrupados en una posición no garantista, se encuentran aquellos miembros de la doctrina para quienes la libertad condicional prevista en el Código Penal es una opción hecha por el legislador en el marco de la ejecución de las penas privativas de libertad, pero que podría haberse obviado, lo cual no resultaría un hecho inconstitucional en sí. En este contexto, para dicho sector, el legislador tiene la facultad –ejercida razonablemente- de excluir a ciertos supuestos del beneficio, no luciendo arbitraria la distinción entre reincidentes (exceptuados del beneficio) y no reincidentes (habilitados para obtenerlo). La disposición en cuestión no vulnera la garantía del *non bis in idem*, ya que la misma prohíbe condenar por el mismo hecho, pero no tomar en cuenta la anterior condena como dato objetivo para ajustar el tratamiento penitenciario adecuado al que cometiere una nueva infracción delictual (Cesano, 2008).

Asimismo, el Código estipula que la libertad condicional otorgada podrá ser revocada cuando el penado cometiere un nuevo delito o violare la obligación de residencia. En estos casos no se computará, en el término de la pena, el tiempo que haya durado la libertad (CP, art. 15). “Ningún penado cuya libertad condicional haya sido revocada, podrá obtenerla nuevamente” (CP, art. 17).

Caso contrario, transcurrido el término de la condena o el plazo de cinco años sin que la libertad condicional haya sido revocada, la pena quedará extinguida (CP, art. 16).

7.2. Requisitos para el otorgamiento de los beneficios penitenciarios

Los requisitos que deben cumplir los condenados a los fines de obtener la libertad en forma anticipada se encuentran regulados en el Código Penal de la República Argentina (Ley N°11.179) y en la Ley N° 24.660 - de Ejecución de la pena privativa de la libertad y modificatorias.

El Código Penal argentino (CP) fija los requisitos a ser presentados por todo detenido a fin de obtener la libertad por resolución judicial, al plantear:

El condenado a reclusión o prisión perpetua que hubiere cumplido treinta y cinco (35) años de condena, el condenado a reclusión o a prisión por más de tres (3) años que hubiere cumplido los dos tercios, y el condenado a reclusión o prisión, por tres (3) años o menos, que hubiere cumplido un (1) año de reclusión u ocho (8) meses de prisión, observando con regularidad los reglamentos carcelarios, podrán obtener la libertad por resolución judicial, previo informe de la dirección del establecimiento e informe de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social, bajo las siguientes condiciones:

1°.- Residir en el lugar que determine el auto de soltura;

2°.- Observar las reglas de inspección que fije el mismo auto, especialmente la obligación de abstenerse de consumir bebidas alcohólicas o utilizar sustancias estupefacientes;

3°.- Adoptar en el plazo que el auto determine, oficio, arte, industria o profesión, si no tuviere medios propios de subsistencia;

4°.- No cometer nuevos delitos;

5°.- Someterse al cuidado de un patronato, indicado por las autoridades competentes;

6°.- Someterse a tratamiento médico, psiquiátrico o psicológico, que acrediten su necesidad y eficacia de acuerdo al consejo de peritos (CP, art. 13 modificado por la Ley N°25.892, art. 1).

Estas condiciones, a las que el juez podrá añadir cualquiera de las reglas de conducta contempladas en el artículo 27 bis de dicho Código, regirán hasta el vencimiento de los términos de las penas temporales y hasta diez (10) años más en las perpetuas, a contar desde el día del otorgamiento de la libertad condicional.

Por su parte, la Ley N°24.660 completa dicha normativa al establecer:

El período de prueba consistirá en el empleo sistemático de métodos de autogobierno y comprenderá sucesivamente:

- a) La incorporación del condenado a un establecimiento abierto, semiabierto o sección independiente de éste, que se base en el principio de autodisciplina;
- b) La posibilidad de obtener salidas transitorias del establecimiento;
- c) La incorporación al régimen de semilibertad (Ley N°24.660, art. 15, modificado por Ley N°27.375, art. 12).

Añadiendo, luego, que:

Son requisitos necesarios para el ingreso al período de prueba:

- 1) Que la propuesta de ingreso al mismo emane del resultado del periodo de observación y de la verificación de tratamiento.
- 2) Estar comprendido en alguno de los siguientes tiempos mínimos de ejecución:
 - a) Pena temporal sin la accesoria del artículo 52 del Código Penal: la mitad de la condena;
 - b) Penas perpetuas sin la accesoria del artículo 52 del Código Penal: quince (15) años;
 - c) Accesoria del artículo 52 del Código Penal, cumplida la pena: tres (3) años.
- 3) No tener causa abierta u otra condena pendiente.
- 4) Poseer conducta ejemplar y concepto ejemplar (Ley N°24.660, art. 15, modificado por Ley N°27.375, art. 12).

Cabe destacarse que el requisito de la observancia regular de los reglamentos carcelarios como presupuesto legalmente exigido a los efectos de obtener la libertad condicional, no exige que su cumplimiento sea en grado absoluto, sin infracción de ninguna especie, sino que debe ser con regularidad, demostrando, de este modo, el detenido una progresiva adaptación al gobierno de las acciones, durante el término del cumplimiento de la pena. Tal presupuesto consiste, por tanto, en el cumplimiento correcto y adecuado de la reglamentación pertinente comprendida integralmente como trabajo, disciplina y educación durante el plazo que la ley señala, sin infracciones graves o repetidas, las que deben ser examinadas cualitativa y cuantitativamente y asimismo analizada la influencia de éstas para la formación del concepto. La normativa que regula la ejecución de la pena privativa de la libertad

establece entre otras cuestiones, que el tratamiento del condenado deberá ser programado, individualizado y obligatorio respecto de las normas que regulan la convivencia, la disciplina y el trabajo.

Es importante destacar que el trabajo constituye un derecho y un deber del interno y conforma una de las bases del tratamiento resocializador del cual es objeto, ya que tiene incidencia directa en la formación de los penados, para luego poder desempeñarse en la vida libre. De ese modo, el Juez de Ejecución Penal tiene el deber de implementar las medidas necesarias a los fines velar por la realización efectiva del tratamiento terapéutico individualizado del interno.

A lo expuesto debe agregarse que, la ejecución de la pena privativa de la libertad, en todas sus modalidades, estará sometida al permanente control judicial. “El juez de ejecución o juez competente garantizará el cumplimiento de las normas constitucionales, los tratados internacionales ratificados por la República Argentina y los derechos de los condenados no afectados por la condena o por la ley” (Ley N°24.660, art. 3), siendo de su competencia resolver las cuestiones que se susciten cuando se considere vulnerado alguno de los derechos del condenado, así como autorizar todo egreso del condenado del ámbito de la administración penitenciaria (Ley N°24.660, art. 4).

En el mismo orden de ideas, la Ley N°24.660 estipula que:

El juez de ejecución o juez competente podrá conceder la libertad condicional al condenado que reúna los requisitos fijados por el Código Penal, previo los informes fundados del organismo técnico-criminológico y del consejo correccional del establecimiento. Dicho informe deberá contener los antecedentes de conducta, concepto y dictámenes criminológicos desde el comienzo de la ejecución de la pena (Ley N°24.660, art. 28).

Respecto a la conducta que debe de observar a fin de poder acceder a la libertad anticipada, la norma establece que: “El interno será calificado de acuerdo a su conducta. Se entenderá por conducta la observancia de las normas reglamentarias que rigen el orden, la disciplina y la convivencia dentro del establecimiento” (Ley N°24.660, art. 100). Para luego añadirse que: “El interno será calificado, asimismo, de acuerdo al concepto que merezca. Se entenderá por concepto la ponderación de su evolución personal de la que sea deducible su mayor o menor posibilidad de adecuada reinserción social” (Ley N°24.660, art. 101).

La calificación de conducta y concepto del detenido será efectuada de forma trimestral (Ley N°24.660, art. 102), siendo la primera de éstas considerada a efectos de determinar la frecuencia de las visitas, la participación en actividades recreativas y otras actividades que los reglamentos establezcan (Ley N°24.660, art. 103) y, la segunda, para establecer la aplicación de la progresividad del régimen, el otorgamiento de salidas transitorias, semilibertad, libertad condicional, libertad asistida, conmutación de pena e indulto (Ley N°24.660, art. 104).

Sin perjuicio de ello, es menester señalar que la incorporación al período de prueba no implica el otorgamiento automático de los beneficios allí contemplados -salidas transitorias y/o laborales- al detenido, sino que comprenderá, sucesivamente, su alojamiento en un establecimiento abierto o sección independiente que se base en un régimen e autodisciplina; salidas transitorias y/o semilibertad.

Tras la modificación efectuada, a través de la sanción de la Ley N°27.375, a la redacción del artículo 1 de la Ley N°24.660, el legislador agregó una condición muy importante que el condenado debe observar desde el inicio de la faz ejecutiva para lograr su reinserción social. El mismo debe comprender la gravedad de sus actos y la sanción impuesta, lo que amplía la redacción anterior limitada al respetar y comprender la ley. Asimismo, se otorga participación a la sociedad al adjudicarle el carácter de parte en la rehabilitación del detenido, mediante el ejercicio del control directo e indirecto de su accionar (llegado este punto, vale señalarse que los modos de dicha participación no se encuentran debidamente determinados en la ley, por lo que se torna menester adecuar los reglamentos respectivos para la puesta en práctica de lo postulado en la norma).

En base a lo expuesto, se resalta la importancia de continuar legislando en torno de la materia, toda vez que aún se encuentran vacíos en torno de los procedimientos, lo que requiere, asimismo, de un análisis más profundo de la problemática.

7.2.1. Informe técnico-criminológico y del Consejo Correccional: su carácter vinculante

Para la concesión de la libertad condicional, el órgano jurisdiccional deberá solicitar previamente los informes fundados del organismo técnico-criminológico y del consejo correccional del establecimiento acompañado de los dictámenes de peritos.

Dicho informe deberá contener los antecedentes de conducta, concepto y dictámenes criminológicos desde el comienzo de la ejecución de la pena. Los mismos no pueden limitarse

a reseñar la conducta del interno como ser si tuvo o no faltas disciplinarias y la gravedad de las mismas, sino que debe comprender todos los aspectos del tratamiento, ya que la observancia disciplinaria es solo uno de ellos. A través de esos informes y dictámenes el juez realiza una evaluación sobre el tratamiento del interno durante el período en que permanece en encierro.

Deberá entenderse por tratamiento al conjunto de actividades que se ofrecen al interno, dirigidas a conseguir los fines previstos en la ley de ejecución penal. Esto es, poder adquirir capacidad de comprender y respetar la ley, procurando una adecuada reinserción social (artículo 1, ley 24.660).

Es el Consejo Correccional quien diseña el programa de tratamiento de manera individualizada del detenido, de acuerdo a las condiciones personales del penado y es por ello que el magistrado no tiene ninguna competencia para definir el programa concreto de tratamiento, sino sólo una competencia general, basada en el artículo 4, inciso a) de la Ley N°24.660, si se alegase que el tratamiento lesiona alguno de los derechos del condenado; y una más específica, asentada en el artículo 4, inciso b, de la misma Ley, en conexión con las disposiciones que regulan las distintas formas de egreso del establecimiento penitenciario. En este supuesto, la ley no le asigna al juez competencia para definir la modalidad concreta del tratamiento, sino para examinar, con arreglo a lo establecido en el artículo 1, el resultado del tratamiento instituido por la autoridad penitenciaria.

7.2.2. Facultades del Juez de Ejecución Penal o Juez Competente

El Estado, en su posición de garante, debe proteger la dignidad humana del recluso mientras se encuentre bajo su custodia. Esto implica que debe no sólo velar por la integridad física del detenido, sino también mantener el goce de los derechos fundamentales. En este contexto, es a los jueces a quienes compete el garantizar el correcto ejercicio de los derechos de todos los involucrados, resguardando la igualdad procesal en la etapa de ejecución penal.

A tales fines, se introdujo a la normativa vigente, la figura del Juez de Ejecución Penal. Así el detenido puede hacerse oír y defenderse ante un posible atropello a sus derechos. Este es un instrumento más para el control de legalidad de los actos que puedan perjudicar a la población penitenciaria.

Al director del establecimiento penitenciario corresponderá proponer al juez de ejecución o juez competente la concesión de las salidas transitorias o del régimen de semilibertad, propiciando en forma concreta:

- a) El lugar o la distancia máxima a que el condenado podrá trasladarse. Si debiera pasar la noche fuera del establecimiento, se le exigirá una declaración jurada del sitio preciso donde pernoctará;
- b) Las normas que deberá observar, con las restricciones o prohibiciones que se estimen convenientes;
- c) El nivel de confianza que se adoptará (Ley N°24.660, art. 18).

Mientras que, corresponderá al juez de ejecución o juez competente disponer las salidas transitorias y el régimen de semilibertad, precisando las normas que el condenado debe observar, así como el efectuar modificaciones, suspender o revocar, cuando procediere (infracción grave o reiterada), la obtención del beneficio (Ley N°24.660, art. 19). Se entiende que, en base a informes emitidos por el Consejo Correccional del organismo técnico-criminológico, el juez cuenta con suficiente base legal para decidir sobre la concesión o denegación de la libertad condicional y evaluar un pronóstico de reinserción social del presidiario.

Se destaca, que el juez cuenta con elementos objetivos dónde apoyar este pronóstico de reinserción, siendo estos los informes establecidos en la Ley N°24.660, artículo 28. Estos al ser fundados, deben ser tomados en cuenta antes de decidir sobre el pedido de libertad condicional.

Es importante también destacar que la opinión del Juez no puede estar únicamente vinculada al criterio administrativo, si así fuera cuál no podría hablarse de una función jurisdiccional. Asimismo, el juez no debe arrogarse funciones correspondientes a la autoridad de aplicación, debe limitar su rol a verificar la observancia de las garantías constitucionales en el proceso de ejecución penal. Se puede observar que, en algunas ocasiones, el juez excede su jurisdicción al disponer tratamientos que no son considerados indispensables para la reinserción social del condenado. Estos excesos pueden traer aparejados la nulidad de la decisión judicial.

En ese sentido las libertades anticipadas constituyen un verdadero derecho del condenado, siempre que cumpla con los requisitos exigidos, sobre el cual solamente podrá ser denegado por el Juez de forma excepcional y cuando considere, por resolución fundada, que el egreso puede constituir un grave riesgo para el condenado y la sociedad (Art. 54, Ley 24.660)

7.3. Conclusiones parciales

El pleno respeto y garantía de los derechos de los reclusos exige más que su mera proclamación a nivel normativo. Se torna, entonces, necesario el desarrollo de mecanismos de garantías que, como la judicialización de la ejecución penitenciaria, aseguren que la aplicación práctica de las disposiciones penitenciarias no termine por vaciar de contenido las reglas de garantía relativas a los reos.

En efecto, en vastas oportunidades, la estrecha y continua interrelación entre el agente penitenciario y el recluso favorece la generación de conflictos y, con ello, el peligro constante de afectación de los derechos fundamentales del interno, por lo que un control intenso de la actividad de la administración penitenciaria resulta fundamental. La judicialización de la pena de encierro aparece, así, como un instrumento indispensable para la realización del principio de legalidad ejecutiva, y presupone, por un lado, la asignación de competencia específica para intervenir en el control de la ejecución de la sanción privativa de la libertad a una magistratura especializada (juez de Ejecución Penal), y, por el otro, una ampliación de las funciones judiciales durante la etapa de ejecución, que se atribuyen al juez especial, en detrimento de las tareas confiadas a la administración penitenciaria.

8. Capítulo IV:

Rol de la víctima del delito en la etapa de ejecución penal

La consecución de todo delito supone la coexistencia de una víctima y de un victimario. A lo largo de la historia, mucho se ha discutido acerca de las acciones o procedimientos a seguir acerca de los victimarios, aquellos a quienes debe de sancionarse por la acción delictiva cometida, así como respecto de la modalidad de tales acciones disciplinadoras, dejándose, no obstante, relegado a un segundo plano al rol de la víctima y de sus derechos en lo que a la etapa de ejecución penal concierne. El presente apartado se propone desarrollar una aproximación teórica a dicha perspectiva.

8.1. La figura de la víctima y su evolución. Conceptos básicos

Entiéndese por víctima a toda aquella persona que, en forma individual o colectiva, haya sido objeto de daños, lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales como consecuencia de acciones u omisiones que, cometidas por un tercero o grupo de ellos, violen las normas sociales vigentes, al interior de un determinado contexto espacio-temporal. Aun cuando existieron civilizaciones y diversos estadios históricos en que se les otorgó a las víctimas o a sus derecho

habientes derechos absolutos o cuasi absolutos para dirimir el conflicto frente al victimario, lo cierto es que tras la sanción de los distintos códigos penales vigentes al interior de las naciones dicha situación se vio sustancialmente modificada.

La víctima sufrió un despojo por parte del sistema penal en tanto éste sustituyó a la persona de carne y hueso por una víctima simbólica y abstracta: la comunidad, relegando a la víctima real a un plano inferior, donde acabaría constituyéndose, exclusivamente, en un objeto de prueba, exento de derechos y en total estado de indefensión, pudiendo ser incluso revictimizada por el mismo procedimiento penal. En palabras de Maier (s.f.):

Por mucho tiempo la víctima pasó a ser el convidado de piedra del sistema penal. La reparación desapareció de ese sistema y quedó sólo como objeto de disputa entre intereses privados, el Derecho Penal no incluyó a la víctima ni a la restitución al statu quo ante –o a la reparación del daño- entre sus fines y tareas, y el Derecho Procesal Penal, sólo le reservó al ofendido, en la materia, un papel secundario y penoso, el de informar para conocimiento de la verdad (en Parma, s.f., parraf. 19).

Se habla, por ello, de una suerte de expropiación de los derechos del ofendido, que el mismo Estado de Derecho se encargó de legitimar, junto a la forma política del Estado-nación, al erigir a ese Estado en portador del monopolio legítimo de la fuerza (Parma, s.f.).

No obstante, conforme expresa Nistal Burón (2015), en las últimas décadas, y fundamentalmente desde fines del siglo XX, se han llevado a cabo, a nivel global, una serie de reformas de la legislación jurídica en torno a la figura de la víctima del delito y de su protección, las que la han dotado de un protagonismo del que fueron despojadas por el sistema penal hasta entonces imperante; sistema que había ubicado a la víctima en un segundo plano,

debido a la concepción del *ius puniendi* del Estado, como potestad exclusiva de éste, que al sustituir a la venganza privada separó, definitivamente, el castigo del ofensor del interés directo y privado del ofendido, lo que trajo como consecuencia inevitable la pérdida de protagonismo de la víctima en todos los sectores del sistema punitivo (Nistal Burón, 2015, p. 1).

Al respecto de tal situación, Bustos Ramírez fue uno de los autores en señalar la arbitrariedad de tal decisión, argumentando que: “resulta contradictorio que el Estado se apropie del conflicto y coloque en una especie de facultad disminuida a la víctima, pues

entonces se acentúa el proceso de victimización y por tanto, de desigualdad en su posición en el sistema” (Bustos Ramírez, en Parma, s.f., párraf. 6). Desigualdad que se traducía en el desequilibrio respecto a las oportunidades que deben tener las partes para hacer valer sus derechos y garantías.

Haciéndose hincapié en lo que a la República Argentina refiere y centralizando el análisis en lo que al campo del proceso penal concierne, el resurgimiento de la figura de la víctima, así como la de sus intereses, derechos y garantías halla sus orígenes en el surgimiento y consolidación de un nuevo paradigma jurídico-criminal que estableció cambios profundos no sólo en el derecho penal, sino también en el proceso penal; transformación que, en lo que al rol de la víctima refiere supuso el pasaje de ésta del mero rol de denunciante-testigo, al rol de sujeto fundamental del proceso y ejecución penal (Salt, s.f., p. 608).

En esta orientación, se destaca el rescate del rol de la víctima, reconociéndola, efectivamente como legítima interesada en el resultado del proceso, en tanto ostenta un derecho que emerge de la propia conformación del ilícito. En tal sentido, ya con anterioridad, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina se había pronunciado al respecto, al señalar que:

Todo aquel a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal, consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional, sea que actúe como acusador o acusado, demandante o demandado, entendiéndose que tal doctrina se extiende al querellante y al damnificado por un delito (Fallo Caso “Otto Wald”, 1967).

Por su parte, Adam y Olivieri (2009) indican que:

Trasladada esta expresión al ámbito constitucional, es necesario referirnos al principio de igualdad de todos los habitantes ante la ley, consagrado en el Art 16 de la CN, cuya proyección en el procedimiento penal debe alcanzar las posiciones de los protagonistas, incluyendo la víctima, del conflicto que lo origina.

La incorporación en 1994 a la Constitución Nacional, con su misma jerarquía (art. 75 inc, 22) de la principal normativa supranacional sobre derechos humanos y su interpretación por organismos de aplicación, obliga a considerar el derecho de acceso a la justicia, la defensa en juicio y a la tutela judicial efectiva de la víctima.

A este nuevo cuadro de garantías contenido en los tratados de Derechos Humanos incorporados por la Constitución se les reconoce carácter operativo, sin embargo, a los fines de garantizar su plena vigencia se requiere del compromiso y de la actividad de los órganos estatales afines. En este sentido, el Poder Legislativo debe contemplar la adecuación de la legislación procesal penal a las garantías tuteladas por los tratados de Derechos Humanos. El Poder Judicial debe ejercer un control de constitucionalidad de las leyes que debe aplicar y el Poder Ejecutivo debe implementar medidas de acción directa dirigidas a crear las condiciones necesarias para su vigencia (p. 47).

8.2. Tutela de los intereses de la víctima en la etapa de ejecución penal

En las últimas décadas, la figura de la víctima en la ejecución de la pena privativa de la libertad ha mutado, de modo considerable. Asimismo, varía de forma significativa entre las provincias que deben ajustar sus reglamentaciones al código de fondo y a las leyes nacionales recientemente reformadas.

Anteriormente, la víctima era utilizada por el aparato estatal cuando su intervención era necesaria para iniciar la acción pública penal, mediante la denuncia, siendo reducido a un instrumento secundario que sirve de ayuda al descubrimiento de la verdad, pero su participación no puede limitarse sola a la facultad de denunciar. Es necesario incorporar a la víctima como sujeto de derecho y no ya como objeto del mismo.

Las modificaciones jurídicas introducidas tienen por objeto potenciar el rol de la víctima dentro del proceso penal y de la etapa de ejecución de la pena, cumpliendo así con los estándares y exigencias constitucionales e internacionales, con el fin de devolverle de algún modo su rol en el conflicto.

En tal sentido, la sanción de la Ley N°26.813, en el año 2012, supuso la introducción de una serie de modificaciones a la Ley de Ejecución de las Penas Privativas de la Libertad. Se tuvo en cuenta una diferenciación en el plan de tratamiento para personas condenadas por delitos cuyo bien jurídico menoscabado sea la integridad sexual. Teniendo que dar aviso a la víctima o su representante legal que será escuchada si desea hacer alguna manifestación. Con la última reforma, introducida por la Ley N°27.375, se incorpora que la víctima puede proponer peritos especialistas, que estarán facultados a presentar su propio informe.

En el artículo 11 bis de la Ley N°24.660, se prevé, por otra parte, el derecho de víctima a ser informada y a expresar su opinión y todo en cuanto estime conveniente ante el Juez de ejecución o Juez competente, cuando se sustancie cualquier planteo en el que se pueda decidir

la incorporación de la persona condenada a salidas transitorias, régimen de semilibertad, entre otros beneficios. También podrán presentar peritos de control en dichas instancias, por lo que se le está dando una mayor participación a la víctima no sólo en la primera etapa del proceso penal, sino también en el marco de la ejecución de la pena.

A los fines de garantizar la participación de la víctima durante esta etapa, la normativa de referencia establece expresamente que la falta de cumplimiento de las obligaciones impuestas en dicha norma por parte de los jueces, constituye falta grave.

Por otro lado, el artículo 54 de la Ley N°24.660 dispone que el Juez de Ejecución o Juez competente deberá denegar la incorporación del condenado al régimen de libertad asistida cuando considere que el egreso puede constituir un grave riesgo para el condenado, la víctima o la sociedad. Si bien no exige la participación de la víctima, el legislador tuvo en cuenta la situación de vulnerabilidad de la misma. De este modo, la ley se subordina a los principios generales de la Constitución Nacional y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos sobre el tema, garantizando el acceso a la justicia y la participación de la víctima en el proceso, resguardando así la igualdad procesal para hacer efectiva la tutela de todos los derechos.

En base a lo expuesto, se destaca la necesidad de distinguir cual es el real objetivo de la participación de la víctima en esta etapa. Si se considera que la finalidad de la ley es la reinserción del condenado a la sociedad, se plantea el interrogante acerca de si la participación en la etapa de ejecución de la pena, está fundamentada en la necesidad de que el condenado cumpla con la condena o sólo se cierra a ser informada sobre el avance en el tratamiento penitenciario.

En otro orden de ideas, la intervención de la víctima en esta etapa no debe ser interpretada como derecho al castigo o venganza privada. El objeto de su derecho es que se apliquen las normas legales que regulan el ejercicio *ius puniendi* del Estado.

De esta manera es que puede concluirse que la víctima no viene a reemplazar al Estado, sino que vigila, de cierto modo, que el Estado cumpla con la legislación y vele los derechos y garantías no sólo del delincuente, sino también de la víctima. Con esto no se trata de que la víctima le robe protagonismo al condenado, toda vez que cumplen roles distintos dentro del proceso. Tampoco debe implicar un menoscabo de las garantías constitucionales de los victimarios. Lo que se pretende es reconocer el lugar que deben ocupar aquellas personas que vieron violentados sus derechos.

8.3. Incidencia de la víctima en las distintas fases del régimen progresivo

Tal como se describió en los párrafos anteriores, la nueva corriente en materia de participación criminal entiende que se puede lograr una recomposición e intentar restablecer en la víctima la situación que se encontraba antes de padecer la lesión por el delito, brindándole el derecho de ser protagonista en las distintas fases de la ejecución penal.

A continuación, se analizará de qué modo puede haber un adecuado protagonismo del ofendido a los efectos de cumplir con la finalidad del régimen progresivo.

Tal como se ha señalado anteriormente, la primera fase del régimen progresivo de la pena es la de observación. En esta etapa se somete al detenido a una entrevista y evaluación a efectos de poder diagramar el plan de acción para su tratamiento que se materializará en la fase de tratamiento. Para ello se elabora un diagnóstico, donde se debe considerar y de ser posible evaluar particularmente, la actitud del interno hacia la víctima de su accionar. Cabe destacar, que no existe regulación sobre la intervención de la víctima en la etapa de observación como así tampoco en la faz de tratamiento.

Respecto al período de prueba, la nueva redacción del artículo 15, incorporado por la Ley N°27.375, establece que en los casos de personas condenadas por los delitos previstos en el artículo 128, tercer párrafo, 129 segundo párrafo y 131 del Código Penal, antes de adoptar una decisión, se requerirá un informe del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución y se notificara a la víctima o su representante legal que será escuchada si desea hacer alguna manifestación, pudiendo el interno y la víctima proponer peritos especialistas a su cargo que estarán facultados a presentar su propio informe. Tal como se hace evidente, es recién en esta etapa del régimen progresivo de la ejecución de la pena, donde se incorpora la participación de la víctima.

En el caso de la Libertad Condicional, sumado a los requisitos exigidos y las excepciones previstas en el Código Penal, y del informe del equipo interdisciplinario del Juzgado de Ejecución o Juzgado competente, se deberá notificar a la víctima o representante legal que será escuchada si lo desea y puede proponer peritos tal como sucede con los beneficios del período de prueba. Para que ello se pueda materializar, la normativa establece que la víctima debe fijar un domicilio a tales fines.

Aunque rara vez el ofendido, expresa su voluntad de intervenir en la reinserción social de su agresor, lo cierto es que se torna preciso hacer hincapié en esta etapa, sobre todo en aquellos casos en que las víctimas pueden llegar a tener mayor vinculación, en el futuro, con

el detenido, una vez alcanzado el medio libre, ya sea por pertenecer al mismo núcleo familiar, barrial, laboral, entre otros.

8.3. Conclusiones parciales

Tras efectuarse una breve descripción de la evolución que el rol de la víctima ha tenido en lo que al régimen de ejecución penal concierne, se observa que, si bien ha habido un avance respecto a la participación de ésta en la etapa procesal, es poco lo que se ha avanzado respecto al establecimiento de reglas específicas acerca del modo en que la víctima debe ser considerada u oída. La ley no ofrece procedimientos al respecto, ni brinda claridad sobre cuál es la incidencia de sus manifestaciones en el programa de reinserción del condenado.

La legislación imperante presenta una enorme cantidad de lagunas, que impiden determinar con certeza que límites tiene la participación de la víctima y si su opinión debe ser o no vinculante a la decisión del aparato judicial respecto al acceso a los distintos beneficios de libertades morigeradas de los detenidos.

Pese a ello, el rol asignado a la víctima, en la actualidad, debe de destacarse en tanto compensa el sistema garantista imperante, el cual, hasta el momento, sólo había puesto el acento en los derechos y garantías de los penados, resultando casi nula la participación de la víctima. Se consagra de esta manera ambos aspectos, por un lado, el respeto a las garantías de las personas acusadas por la comisión de los delitos y por el otro los derechos y garantías de las víctimas de los delitos.

9. Conclusiones

Dado el objetivo investigativo propuesto - analizar en qué modo el régimen de progresividad de la pena privativa de la libertad existente, en la actualidad, en la República Argentina cumple con el ideal resocializador previsto en el marco normativo vigente -, la presente labor investigativa se propuso desarrollar, desde una perspectiva descriptiva – interpretativa, de índole cualitativa, una aproximación teórica a la temática que permitiera describir las principales aristas que la caracterizan.

En este marco, y tras la recopilación y análisis bibliográfico efectuado, se destaca la importancia de la progresividad del régimen penitenciario establecido dentro de la etapa de ejecución de la pena, siendo ésta la etapa culmine y fundamental del proceso penal, donde se representa el verdadero obrar de la jurisdicción, permitiendo la actuación en concreto del Derecho Penal en busca del restablecimiento del orden jurídico vulnerado por el delito.

Se interpreta que, de acuerdo a los diversos tratados internacionales en la materia y con el principio de reinserción social contenido en el artículo 1, de la Ley N°24.660, la legislación vigente impide ejecutar las penas hasta su total cumplimiento, sin brindarle al condenado la posibilidad de reinsertarse, paulatinamente, en el medio libre a través de alguno de los mecanismos de libertad controlada, siempre que cumpla con los requisitos previamente establecidos.

En ese sentido, el ideal resocializador debe ser interpretado conforme a los principios del Estado de derecho, siendo una obligación del mismo brindar al condenado las condiciones necesarias para su desarrollo personal adecuado, que favorezca su integración a la vida social, al recobrar la libertad.

Queda claro que el Congreso de la Nación ha dado respuestas a las demandas y ha dotado de herramientas necesarias a los demás poderes del Estado a los fines de resolver problemáticas trascendentales con la profunda reforma de la Ley de Ejecución Penal. No obstante, queda mucho camino que recorrer, debido a que, en la actualidad, son todavía muchas las provincias que deben de modificar sus reglamentaciones internas y adaptarlas a la legislación nacional vigente. Asimismo, las modificaciones realizadas en función de mejorar

los sistemas no dan soluciones mágicas, ya que no alcanza con una ley, ni con profundizar reformas a los fines mejorar las herramientas, sino que es necesario un enorme esfuerzo, realizando un trabajo en conjunto con todas las instituciones del Estado y de la sociedad para que el sistema realmente funcione, y que cuando se hable de resocializar y de que las cárceles no deben ser un lugar de castigo, se pueda tener confianza en la justicia y en los operadores del derecho penal para que así sea.

Aun cuando el paradigma de la resocialización tuvo un fuerte anclaje en el marco constitucional argentino, tras la reforma del año 1994, este debe enunciarse, también, en las leyes de la nación, de las provincias, así como reflejarse 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, lamentablemente, parecen estar cada vez más lejos.

Para conseguir la readaptación social es necesaria una rectificación de los mecanismos que importan a la conducta humana, en forma sincera y disciplinada, de tal manera que el hombre se sensibilice en un sentido superior de lo bueno u de lo malo, de lo correcto y lo incorrecto, dotándolo de los medios para poder lograr la materialización de los derechos consagrados por las normas legales.

10. Bibliografía

10.1. Legislación

Código Penal de la Nación.

Código Procesal Penal de la Nación.

Constitución Nacional Argentina.

Ley N° 24.660, de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad. B. O. 1996

Ley N°27.375, de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad. B. O. 2017

10.2. Documentos

Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el Ciudadano

10.3. Doctrina

Adam, N. H. y Olivieri, C. B. (2009). *El nuevo rol judicial en la ejecución de la pena*. Recuperado de: http://www.biblioteca.unlpam.edu.ar/rdata/tesis/e_adaeln762.pdf

Alvarado de Casula, G. M., Hernández Moreno, H. M. y Ulloa Montoya, C. B. (2011). *La ejecución de la pena de prisión y la efectiva resocialización de los internos mediante las fases del régimen penitenciario*. El Salvador C. A., El Salvador: Universidad de El Salvador - Facultad de Abogacía. Recuperado de: <http://ri.ues.edu.sv/16567/1/50107655.pdf>

Arias F. (1999). *El Proyecto de Investigación: Guía para su elaboración* (3° edición). Caracas, Venezuela: Episteme

Barroso González, J. L. (s.f.). “El fin resocializador de la pena. Consideraciones teóricas y desde el ordenamiento penal cubano”. *Ámbito Jurídico.com.br*. Recuperado de: http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13584

- Cerruti, R. A. y Rodríguez, G. B. (1998). *Ejecución de la pena privativa de libertad*. Buenos Aires, Argentina: La Rocca
- Cesano, J. D. (2008). *Contribución al estudio de la libertad condicional*. Córdoba, Argentina: Mediterránea
- De la Cuesta Arzamendi, J. L. (1993). "La resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria". *Papers d'estudis i formació*, (12), pp. 9-21
- Edwards, C. (1997). *Régimen de Ejecución de la pena privativa de la libertad*. Buenos Aires, Argentina: Astrea
- Escobar Gil, R. (2011). "Medidas sustitutivas a la pena de privación de la libertad". *Derecho y Humanidades*, (18), pp. 41-50
- Ferrajoli, L. (1997). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Ed. Trotta
- González, M. L. (2016). *Análisis y descripción del régimen de libertad condicional y de salidas transitorias en el marco del ordenamiento jurídico argentino*. Buenos Aires, Argentina: Universidad Siglo XXI - Facultad de Abogacía. Recuperado de: <https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/13715/GONZALEZ%2c%20Mar%C3%ADa%20Laura.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Guillamondegui, L. R. (s.f.). "Los principios rectores de la ejecución penal". Recuperado de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2005/03/doctrina30055.pdf>
- Leyva Estupiñán, M. A. y Lugo Arteaga, L. (2015). "La influencia de Beccaria en el Derecho Penal moderno". *Derecho Penal y Criminología*. Colombia Recuperado de: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/4612>
- López A. y Machado R. (2004). *Análisis del régimen de ejecución penal*. Buenos Aires, Argentina: Fabián Di Placido
- Maier, J. (1989). *Derecho Procesal Penal Argentino - Tomo I*. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi
- Muñoz Conde, F. y García Arán, M. (2002). *Derecho Penal – Parte General*. Valencia, España: Tirant lo Blanch
- Nistal Burón, J. (2015). "La participación de la víctima en la ejecución penal. Su posible incidencia en el objetivo resocializador del victimario". *Diario La Ley*. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5093295>

- Nuñez, R. (2009). *Manual de Derecho Penal - Parte General* (5ta Ed.). Córdoba, Argentina: Lerner
- Parma, C. (s.f.). “La víctima: Sus derechos en el Proceso Penal”. Recuperado de: <http://www.carlosparma.com.ar/la-victima-sus-derechos-en-el-proceso-penal/>
- Paz Rubio, J. M. (1996). *Legislación Penitenciaria. Concordancia, comentarios y jurisprudencia*. Madrid, España: Colex
- Pitlevnik, L. G. (2016). "Progresividad de la pena, reglas de conducta y prácticas judiciales en la Argentina". *Debate*, 22 (2), pp. 104-126. Recuperado de: <http://www.rle.ucpel.edu.br/index.php/rsd/article/view/1461/971>
- Salt, M. (1996). *Comentarios a la nueva Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad*. Buenos Aires, Argentina: Nueva Doctrina Penal
- Salt, M. (s.f.). “La participación de la víctima”. En: Bertolino, P. J. y Bruzzone, G. A. *Estudios en homenaje al Dr. Francisco J. D´Albora*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot
- Sampieri, Hernández R., Fernández-Collado, C. y Batista, L. P. (2006). *Metodología de la investigación* (4ta Ed.). México D. F., México: Mc Graw Hill
- Zaffaroni, E. R. (1998). *Tratado de Derecho Penal – Parte General*. Buenos Aires, Argentina: Ediar

10.4. Jurisprudencia

CSJN. Fallo “Caso Otto Wald”, 1967.