



UAI

**Universidad
Abierta
Interamericana**

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Carrera de Abogacía

**Los límites a la libertad condicional coartan los principios de
progresividad e igualdad**

Alumna: Carmen Elina Carruego

Título a obtener: Abogado/a

Carrera: Abogacía

Fecha: Agosto 2023

Sede: Lomas de Zamora. Turno noche

Tutora: Dra Ana Cristina Krekcza

Resumen

Desde la Edad Media hasta nuestros días, tanto el Derecho Penal como su brazo ejecutor, el aparato punitivo, han evolucionado en un sentido progresista, que mira más por los derechos del reo, apuesta por medidas menos aflictivas, y centra su mirada en la reinserción y no así en la simple retribución del mal cometido.

Las revoluciones liberales de mediados del siglo XVIII y la labor intelectual encabezada por autores como Beccaria, Montesquieu, y Jeremy Bentham, sentaron un nuevo paradigma sobre cómo debemos entender la pena privativa de libertad, estos es, como una herramienta estatal que tiene como objetivo principal reinserir al reo, principal protagonista del sentido del sistema penitenciario.

Uno de los principios penitenciarios esenciales (y también un derecho del reo) es el principio de progresividad, que encuentra su utilidad en plasmar una modulación de la pena adecuada a las necesidades de cada interno. Vulnerar este principio, no sólo es injusto por atentar directamente contra la libertad del propio recluso, sino que es ineficiente para la labor penitenciaria. Un uso incorrecto de esta herramienta, la modulación de la pena, entorpece el trabajo del equipo técnico encargado de reinserir al interno.

El artículo 56 bis de la Ley 24.660 de Ejecución de la pena privativa de la libertad, introducido por la Ley 27375/2017, es un claro ejemplo de esto. No permitir a ciertos internos acceder a los beneficios penitenciarios, como el acceso a la libertad condicional, no sólo atenta directamente contra el principio de igualdad recogido en el artículo 16 de la Constitución Nacional, sino que niega la posibilidad de modular la pena a determinados reclusos, vulnerando así el constitucional y convencionalmente reconocido principio de progresividad.

Palabras clave

Derecho Penal, Principio de progresividad, Igualdad, libertad condicional.

Abstract

Since the Middle Ages till our current time, both Criminal Law and his executive arm, the punitive system, have evolved in a progressive direction, that cares more for the rights of the convict, and bets for less punishing measures, centering its gaze on reintegration instead of in the simple retribution of the harm caused.

The liberal revolutions from halfway through the XVIIIth century and the intellectual labor headed by authors like Beccaria, Montesquieu and Jeremy Bentham, established a new paradigm on how we should understand the penalty of deprivation of liberty, that is, as a state-owned tool that has the reintegration of the convict as it's main objective, main protagonist of the sense of the prison system.

One of the essential principles of the prison system (as well as one of the convict's rights) is the principle of progressivity, that finds its use in embodying a modulation of the right kind of punishment respective to the needs of each intern. Violating this principle, not only is unfair for attempting directly against the freedom of the convict, but also inefficient when it comes to the prison system's objective. An incorrect use of this tool (the modulation of the punishment), hinders the work of the technical team in charge of the reintegration of the intern.

The article 56 bis of the Law 24.660 of the Execution of the punishment of deprivation of liberty, introduces by the Law 27375/2017, is a clear example of this. Not allowing to certain interns the access to penitentiary benefits, as is the access to parole, not only attempts directly against the principle of equality in article 16 of the national Constitution, but also denies the possibility of modulating the sentence of certain prisoners, violating in this way the constitutionally and conventionally recognized principle of progressivity.

Keywords

Criminal Law, Principle of progressivity, Equality, parole.

Índice

Capítulo 1. Metodología.....	4
1.1 Tema de tesis	4
1.2 Título académico.....	4
1.3 Área temática	5
1.4 Marco Teórico.....	5
1.5 Objetivos.....	5
1.5.1 Objetivo general	5
1.5.2 Objetivos específicos.....	5
1.6 Encuadre metodológico	6
1.7 Planteo del problema.....	6
1.8 Hipótesis	8
 Capítulo 2. La pena privativa de libertad	 9
2.1 Breve reseña histórica de la pena de prisión.....	9
2.2 ¿Cómo debe ser la pena privativa de libertad?	
Análisis teórico de la prevención especial	12
2.3 Principios en juego durante el cumplimiento de la condena	16
2.4 La libertad condicional como elemento esencial para la reinserción.....	20
 Capítulo 3. Marco jurídico	 32
3.1 La Constitución Nacional	32
3.2 Tratados internacionales con jerarquía constitucional	33
3.3 Ley de ejecución de la pena privativa de libertad Nro 24.660	34
3.4 El artículo 52 bis de la Ley Nro 24660 modificado por la Ley 27.375.....	36
 Capítulo 4. Protección de los principios penitenciarios	 39
4.1 Jurisprudencia nacional	39
4.2 Entrevista a reclusos y personal penitenciario.....	40
4.3 Alternativas al régimen cerrado de prisión.....	42
 Conclusión	 43
Bibliografía.....	46

Capítulo 1. Metodología

1.1 Tema de tesis

El tema de tesis seleccionado parte de la necesidad de dar a conocer ciertos aspectos de la ejecución en la aplicación de las penas que no se llevan a cabo de la mejor manera.

Los fines de las ejecuciones penales se hermanan por mandato constitucional y convencional (art. 18 CN, 5.5 CADH 10.3 PIDCP) con la reinserción social de la persona condenada, lo que surge del art 1 la ley 24660.

Es un proceso de personalización que pretende disminuir el nivel de vulnerabilidad del condenado frente al sistema penal, dotándolo de los medios necesarios para que pueda tomar conciencia de su rol social y salir del estereotipo selectivo del poder punitivo.

Para cumplir con dicho propósito se estructura un régimen de progresividad penitenciario programado e individualizado, cualquiera fuera la pena impuesta (art. 12 ley 24660) siendo esta la herramienta a partir de la cual la legislación infra constitucional reglamenta el principio de reinserción social consagrado en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Por ello cualquier cambio que se produzca sobre dicho régimen progresivo no puede anular la directiva convencional.

La ley 27375 obstaculizó en determinados supuestos la concesión de institutos de régimen de progresividad como la libertad condicional y la libertad asistida, tema central de esta tesis.

1.2 Título académico

Los límites a la libertad condicional coartan los principios de progresividad e igualdad

1.3 Área temática

El objeto de estudio del presente trabajo se encuadra dentro del:

- Derecho Penal
- Derecho Penitenciario
- Derecho Constitucional

1.4 Marco Teórico

Como marco teórico la tesis se focalizará en la Ley de Ejecución penal en Provincia de Buenos Aires y en Nación, la Ley 27375 modificatoria de la Ley 24660, la Constitución Nacional, La Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, El Código Penal, el Código Procesal Penal de la Nación y El Código Procesal de la provincia de Buenos Aires.

También será empleada doctrina de los Clásicos y Contemporáneos del Derecho Penal, con el objeto de dotar de mayor riqueza a los conceptos que serán trabajados, así como Derecho Comparado y Jurisprudencia al respecto.

1.5 Objetivos

- **Objetivo general:** Demostrar que las restricciones al acceso a la libertad condicional vulneran el principio Constitucional y Convencional de Igualdad ante la ley y el de Progresividad del cumplimiento de la pena
- **Objetivos específicos:** Realizar un análisis del Instituto de la Libertad Condicional desde su origen, su evolución, y su relación con el principio de progresividad. Demostrarla falta de implementación de verdaderas políticas educativas personalizadas para la posterior reinserción social. Comprobar el abandono de las garantías constitucionales una vez finalizado el juicio. Examinar el Derecho comparado y su abordaje y tratamiento sobre el tema planteado. Analizar políticas alternativas a la aplicación de la

pena. Desarrollar argumentos potenciales en pos de mejorar el tratamiento de los Condenados para alcanzar verdaderamente los principios consagrados.

1.6 Encuadre Metodológico

- Tipo de Tesis: Descriptiva – Explicativa.
- Técnica de recolección de datos: Observación no participativa, individual y de laboratorio. Para la obtención de datos se van a utilizar técnicas de recolección Cualitativas que incluirá entrevista a una trabajadora social del penal de Fontcalent de Alicante y distintos operadores jurídicos expertos en la materia.
- Fuentes documentales: bibliografía catedrática; legislación nacional e internacional; jurisprudencia local ; tratados internacionales.
- Unidad de estudio: Leyes; jurisprudencia; fallos; doctrina; normativas.

1.7 Planteo del problema

La problemática radica en la colisión entre los principios consagrados constitucional y convencionalmente, como la Igualdad ante la Ley y el Principio de Progresividad del Derecho Penal y la exclusión total de acceso a un régimen de libertad condicional anticipada, previo agotamiento de la pena, a las personas condenadas por una importante cantidad de delitos, lo que evidencia el absoluto desconocimiento teórico de los promotores de la misma.

Los regímenes progresivos fueron obra principal de directores de establecimientos penitenciarios que idearon diversos sistemas que tomaban como base el “innato deseo de libertad de los reclusos” como fuerza motora para encausar la emulación de conductas que los conducirían a ella. Se

introdujo así en las penas privativas de la libertad la idea de la indeterminación, su duración dependía, en parte de la conducta del penado en prisión y su trabajo.

La idea central del sistema progresivo radica en la disminución que la intensidad de la pena va experimentando como consecuencia de la conducta y el comportamiento del interno.

En virtud de ella va atravesando distintas etapas, que van desde el aislamiento celular hasta la libertad. Alcanzar la liberación es la meta primera del régimen progresivo, es lo que el sistema ofrece a cambio del apego a las reglas de la prisión: régimen progresivo y liberación son las dos caras de una misma moneda.

Juan Carlos García Basalo explica esto cuando afirma que “para considerar que un régimen es progresivo es imprescindible que reúna tres notas distintivas (Basalo, 1975, pág. 32 y ss):

- a) División del tiempo de la sanción penal en partes que deben poseer un contenido propio diferente en alguno de sus elementos o métodos de grado que lo precede o sucederá.
- b) Avance, detención o retroceso a través de los grados mediante una valoración actualizada del condenado.
- c) Posibilidad de la incorporación social del penado antes del vencimiento del título ejecutivo”.

Si falta alguna de esas notas no hay régimen progresivo, la tercera nota supone el egreso del condenado por medio de la libertad que es uno de los aportes más grandes y duraderos del régimen progresivo al repertorio de los métodos de tratamiento. Cabe recordar que la finalidad esencial y

constitucional de la ejecución de las penas privativas de libertad es la reinserción social del condenado¹ con los claros beneficios para el resto de la sociedad, al lograrse la reinserción.

La exclusión del régimen a determinadas personas con base en el delito cometido no supera la razonabilidad y la distinción no posee ninguna justificación, ya que la norma fundamental no admite diferencias en cuanto a la finalidad de la ejecución penal que debe alcanzar a todos los presos con independencia del delito cometido.

El principio de igualdad establecido en el art.16 de la C.N. es la apoyatura de esta prohibición. Justamente la igualdad ante la ley significa otorgar igual tratamiento a quienes se encuentran en iguales situaciones, por cuanto el régimen progresivo de ejecución de la pena privativa de libertad refiere a internos y condenados, sin distinción en base a que delitos en particular se trata. Por lo tanto, estimo que la expectativa del penado a su reinserción social se vería desvirtuada al imposibilitar *ab initio* cualquier egreso anticipado.

1.8 Hipótesis

La pena privativa de libertad cumple cada vez menos con su fin resocializador y se aleja cada vez más del principio de progresividad debido a las arbitrarias prohibiciones para acceder a la libertad condicional en base al delito cometido.

* * * * *

¹ Como así lo señala la Constitución Nacional en su art 18.

Capítulo 2. La pena privativa de libertad

2.1 Breve reseña histórica de la pena de prisión

De qué modo debe actuar la pena para cumplir con la misión del Derecho Penal, propuesta para nuestros días, ya que ella ha ido variando a través del tiempo, como han ido variando sus formas y sus fines.

Más allá de las distintas posiciones enfrentadas, como pena moderna al decir de Foucault, fue sustituida por los antiguos suplicios soportados por el cuerpo, propia del despotismo absoluto, por otra más adecuada a la nueva sociedad contractual, que tiene que ver con la nueva moneda de cambio, “el tiempo”.

El tiempo que pareciera detenerse, al ritmo del tiempo de la condena para los de dentro que transcurre lenta y agónicamente. Tiempo que fue utilizado por parte de las fuerzas coactivas del Estado de diferente manera, como fuerza de trabajo, como un período correccionalista y moralizador desde el siglo XVIII y a lo largo del XIX, y un período final marcado por los objetivos resocializadores sobre la base de la individualización penal y de distintos tratamientos penitenciarios y post-penitenciarios (Olmo, 2000, pág. 34 y ss.).

Efectivamente, la cárcel tiene una historia, en la antigüedad, hay testimonios que nos hablan de distintas fórmulas de encierro en las civilizaciones más antiguas. Platón, en Las Leyes, además de proponer la cárcel-custodia para deudores y algunos ladrones, ya planteaba una cierta tipología carcelaria que contemplaba la pena privativa de libertad como castigo en sí mismo e incluso como forma de corrección económica.

Las cárceles eran reflejo de todo esto, pero también otras instituciones que se usaban con fines segregativos, como hospitales, hospicios, albergues de pobres: en dos

períodos de grave carestía y progresiva proletarización de importantes masas campesinas.

En algunos países europeos empiezan a elaborarse nuevas políticas de encierro que añaden al castigo puramente penal el valor de la utilidad correctiva del trabajo.

La propuesta de nueva racionalidad de los castigos penales que hizo Beccaria² tuvo la virtud de reflejar lo que mucha gente pensaba. Propuestas de reforma penal, de proporcionalidad de las penas, de prevención del delito a través de la propia ley, y protestas (que tiempo después llegaron a ser luchas) contra el tormento como práctica judicial, contra los ahorcamientos y también contra otras prácticas de la pena de muerte, darán testimonio de los cambios que se estaban experimentando. El pacto social, el contrato, es la nueva fuente de legitimidad contra el viejo régimen, pero es también el principio ordenador de la sociedad y su gobierno. Han de elaborarse políticas de castigo (y de vigilancia, de policía) que velen por el mantenimiento del contrato y defiendan al nuevo soberano, a la sociedad frente a los infractores.

Con todo ese caldo de cultivo, cuando dejaban de funcionar las penas de galeras y las de trabajo en las minas, otros reformadores del XVIII añadirán al amplio debate penal la cuestión penitenciaria: se piensa no sólo en el castigo del reo sino en la salvación de su alma, en su corrección, y en que todo ello sirva de pedagogía social, de prevención. Sus propuestas correccionalistas serán muy parecidas a las que triunfarían un siglo después.

Principalmente, dos modelos penitenciarios se están gestando a finales del XVIII que van a influir muchísimo en el penitenciarismo durante todo el siglo XIX: el Panóptico de Bentham, utilitarista y clasificatorio, que primaba la inspección total del preso; y el celular de los cuáqueros basado en el control del arrepentimiento del preso a través de

² Para una mirada panorámica de la evolución liberal del derecho penal ver: Cesare Marchese di Beccaria, *De los delitos y las penas*.

un severo aislamiento penitencial (recogiendo la larga experiencia histórica de la celda monacal cristiana, que se usaba no sólo para la oración sino también para el castigo).

El Estado liberal nacerá con el proyecto liberal-burgués de un nuevo orden económico y político. Hacía falta levantar un gran edificio jurídico. La compulsiva producción legislativa en el orden penal y penitenciario a lo largo del siglo XIX es un reflejo del interés burgués de crear un nuevo Estado, frente al modelo absolutista, y frente a los intereses populares y las que prontamente (incluso por los nuevos saberes y técnicas criminológicas) fueron llamadas, clases peligrosas.

Si las constituciones liberales han proclamado que la libertad es un valor supremo, la privación de la misma será el más importante de los castigos.

Ni el panóptico, de tanta celebridad y comentario, ni el higienismo llegarán con fuerza a unas prisiones cada día más hacinadas. La construcción de cárceles modelo responderá más a esas necesidades objetivas de ordenamiento del espacio del castigo que a los fines reformistas que se aireaban. Cada día la población carcelaria es más numerosa en una sociedad que crecía demográficamente y generaba desequilibrios migratorios y de urbanización y proletarización, con conflictividad social evidente.

Entramos en el siglo XX con multitud de proyectos para hacer más económica la función del castigo. El paradigma carcelario será el positivista-correccionalista.

Su última fase está marcada por el moderno pensamiento sobre la re-socialización del penado, heredero del correccionalismo del XIX y consolidado después merced a la actuación internacional de una corriente neo-psicologista. En fin, se dicta una pretensión re-socializadora desde fuera (constituciones, leyes penitenciarias, etc.) y hacia dentro de una institución nacida con vocación disciplinante. En esta contradicción estamos. En la historia de un incumplimiento. En la realidad de unas prisiones que aseguran la seguridad, el orden, la disciplina, los horarios, los cacheos,

las requisas, los controles, los actos y los movimientos de los reclusos. Una institución segregativa que, lógicamente, lejos de humanizar, sólo institucionaliza. Y además, la cárcel sigue cumpliendo una función criminógena y estigmatizadora.

Hoy sabemos que se sigue interpretando la enorme importancia de la pena privativa de libertad y el ordenamiento penitenciario como prueba de humanización. Puede que lo sea respecto de otras prácticas penales, del pasado y del presente. Pero la prisión es hoy pena corporal.

2.2 ¿Cómo debe ser la pena privativa de libertad? Análisis teórico de la prevención especial

La prevención especial de la pena de prisión puede analizarse desde dos enfoques distintos: i) desde una perspectiva jurídica y teórica se estudia cómo debería ser la pena; y ii) desde los diferentes estudios sociológicos y empíricos cómo es en la realidad. Con respecto a la primera de las cuestiones, es necesario abordar la perspectiva jurídica desde las propias exigencias legales, es decir, vamos a analizar el objetivo del legislador siguiendo el propio orden jurídico jerárquico, primero analizando los objetivos del legislador constitucional, y luego los objetivos de los legisladores que redactaron las leyes penales y procesales.

En el art 18 de la Constitución se hace referencia a cómo deben ser las cárceles de la Nación: 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.

Por otro lado, si analizamos el art 1 de la Ley de Ejecución Penal, encontramos que: La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de

la sociedad. La palabra *reinserción* aparece hasta en 20 ocasiones en la mencionada Ley, y el objeto principal de la ejecución no puede ser otro que alcanzar esta.

Si hacemos referencia a las disposiciones recogidas en la Ley del Servicio Penitenciario federal, encontramos que una de las principales funciones de la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal es: *b) Promover la readaptación social de los condenados a sanciones privativas de libertad.*

Siguiendo en el plano jurídico, pero cambiando el enfoque a los estudios teóricos de la dogmática penal, vamos a tomar en consideración la propuesta de Luigi Ferrajoli en su obra *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*.

El objetivo perseguido por Luigi Ferrajoli es construir el fundamento teórico de un sistema de derecho penal mínimo, que dote al ciudadano de una serie de garantías penales y procesales que le protejan frente al arbitrio penal, al mismo tiempo que limite la actividad punitiva con el objeto de crear instituciones carcelarias lo mínimamente aflictivas que sea posible. En la obra se tratan diversos temas que son muy relevantes para el tratamiento penitenciario, entre ellos, el autor sostiene que es necesario que las condiciones de vida dentro de la cárcel sean para todos lo más humanas posible y lo menos aflictivas que se pueda; que en todas las instituciones penitenciarias esté previsto el trabajo -no obligatorio, sino facultativo- junto al mayor número posible de actividades colectivas, de tipo recreativo y cultural. Que en la vida carcelaria se abran y desarrollen espacios de libertad y de sociabilidad mediante la más amplia garantía de todos los derechos fundamentales de la persona, que, en fin, se promueva la apertura de la cárcel (los coloquios, encuentros conyugales, permisos, licencias, etc.) no mediante la distribución de premios y privilegios sino con la previsión de derechos iguales para todos. Ferrajoli se refiere al tratamiento penitenciario como legitimación del mismo Estado, pues “un estado que mata, que

tortura, que humilla a un ciudadano no sólo pierde cualquier legitimidad, sino que contradice su razón de ser, poniéndose al nivel de los mismos delincuentes (Ferrajoli 2011, p. 397)”.

Ferrajoli desarrolla un profundo análisis acerca de los fundamentos del derecho penal de tipo descriptivo y cualitativo (esto resulta evidente porque es un autor de marcada corriente filosófica/analítica). Para ello, se centra en la falta de reciprocidad entre las normas garantistas y su eficacia con relación a las instituciones penales. Su recorrido teórico se basa en los principios del modelo garantista, que se recoge en la tradición ilustrada, y las oposiciones contra ese mismo modelo desde finales del siglo XXI. Por último, hace referencia a las varias formas de injusticia que se ven provocadas gracias a la poca adecuación del modelo garantista o las lesiones que se ven generadas en contra de dichas garantías individuales.

Pasando al plano del análisis sociológico-empírico, tomamos como referencia los estudios desarrollados por Michel Foucault en *Vigilar y Castigar*³. En esta obra, el autor trabaja el concepto del castigo penal con el objetivo de determinar la justificación de estas medidas privativas de libertad, y ver cómo podemos encajar los problemas estructurales de la institución penitenciaria con la necesidad de reinserción que impone el Estado moderno.

Por otro lado, Foucault utiliza una técnica exploratoria y cualitativa, en la que examina los mecanismos sociales y teóricos que se encuentran detrás de los grandes cambios producidos en los sistemas penales, concretamente occidentales, durante la llamada “Edad Moderna”. Para ello, divide el libro en cuatro partes: suplicio, castigo, disciplina y prisión. A través de un análisis bastante detallado de diversas fuentes históricas, este autor realiza este tratado sobre la historia del sistema penitenciario.

³ Michel Foucault lleva a cabo un análisis de la evolución del castigo penal desde mediados de la edad media hasta nuestros días.

Todos los resultados obtenidos en relación con el *deber ser* de la medida de seguridad apuntan a una disminución de la intensidad/aflicción en la ejecución del castigo penal. Los resultados obtenidos de la interpretación legal apuntan a una pena de prisión de orientación resocializadora. Los resultados de Luigi Ferrajoli son, ni más ni menos, que la construcción de un sistema penal teórico de garantías, en el que la pena de prisión debe limitarse lo máximo posible y tener una orientación de corte terapéutica, suprimiendo todos aquellos rasgos punitivos que afectan dicho cumplimiento. Por último, la investigación de Foucault plantea que ha existido una atenuación de la severidad penal en el transcurso de los últimos siglos. Durante mucho tiempo, se ha tomado de una manera global como un fenómeno cuantitativo: menos crueldad, menos sufrimiento, más benignidad, más respeto, más "humanidad". De hecho, estas modificaciones van acompañadas de un desplazamiento en el objeto mismo de la operación punitiva. “¿Disminución de intensidad? Quizá. Cambio de objetivo, indudablemente” (Foucault, 2015, 18).

Este nuevo objetivo al que hace referencia Foucault, es la finalidad de la pena, esta finalidad es el tratamiento terapéutico, incompatible con la esencia punitiva de estas instituciones.

2.3 Principios en juego durante el cumplimiento de la condena

Con el objetivo de alcanzar el fin perseguido para el beneficio individual y colectivo, tratare el principio de progresividad como el hilo conductor y fundamento necesario junto con el de igualdad y legalidad definitivamente aceptado y receptado constitucional y convencionalmente para lograr la reparación del tejido social dañado por el delito a través de la educación y resocialización, con el esfuerzo del propio condenado y el resto de operadores jurídicos a cargo, una vez finalizado el proceso de enjuiciamiento, reeducando moral y espiritualmente al condenado.

Y que mejor manera de restablecer el tejido social dañado que devolver a la sociedad un nuevo hombre, con las enseñanzas recibidas y con la utilidad del uso del tiempo durante el encierro. Resulta de gran significado referirnos en la fase ejecutoria de la condena a los principios que deben regirla y entre ellos hare referencia al que atañe a nuestro trabajo, a saber: legalidad, igualdad y progresividad, entre otros. Tanto a nivel nacional como internacional son señalados para orientar y conducir la forma de la ejecución penal.

El desarrollo del sistema progresivo, dio el lugar a la libertad condicional, como el último de sus periodos y como antesala de la ansiada libertad.

- Sub-Principio de Igualdad ante la Ley: derivado del Art. 16 C.N. y receptado por el Art. 8 L.E.P. 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.

- Sub-Principio de Progresividad del Régimen Penitenciario: receptado en el Art. 6 L.E.P. mediante el cual se establece que en pro de la reinserción social, 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 progresividad, 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 (y en su caso, en el tratamiento voluntariamente asumido) y 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).

- Principio de Resocialización: El Art. 1 L.E.P. en consonancia con los postulados de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (Art. 10 apart. 3 P.I.D.C.P. y Art. 5 apart.6 P.S.J.C.R.) establece que la finalidad de la ejecución penal será *“lograr que el condenado adquiera 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. La palabra “reinserción” representa un proceso de introducción del individuo en la sociedad, es favorecer directamente el contacto activo recluso-comunidad, lo que significa que los operadores penitenciarios deben iniciar 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 y, en la medida de la ubicación del penado dentro del régimen y tratamiento penitenciario, promover y estimular las actividades compatibles con dicha finalidad. Allí cobran especial relevancia aquellos institutos penitenciarios que permiten el egreso excepcional (vg: a fines de cumplir con deberes morales o fomentar las relaciones familiares, Arts. 166 y 168 L.E.P. cc. Art. 493 in fine C.P.P. Ctca., Art. 35 bis Inc. 1º y 6º C.P.P. Cba. Y Art. 496 C.P.P.N.), limitado (vg: salidas transitorias por razones familiares, o de estudio, o para participar en programas de prelibertad -Art. 16 L.E.P.- y semilibertad -Arts. 17 y 23 L.E.P.-) o anticipado (vg.: libertad condicional -Arts. 13, 14 y 15 C.P cc. Art. 28

L.E.P.- y libertad asistida -Arts. 54, 55 y 56 L.E.P.-) del interno al medio libre, ya que dichas previsiones legales a la par de disminuir las tensiones que implica el encarcelamiento, promueven el restablecimiento de vínculos con la misma sociedad, que dispuso separarlos provisoriamente a causa del perjuicio ocasionado a bienes jurídicos protegidos por la legislación penal.

De las normas receptoras del Principio se trasluce que con la ejecución de la pena privativa de la libertad se persigue fines de *prevención especial*, postura asumida por la moderna doctrina penitenciaria que considera que el objetivo fundamental de la resocialización del penado se circunscribe a que este respete la ley penal y que se abstenga de cometer delitos en el futuro.

Es dable mencionar que el “ideal resocializador” se vincula con la finalidad de la ejecución de las penas privativas de la libertad, ya que con la ejecución de las medidas de seguridad se persiguen otros objetivos vinculados con la rehabilitación, mientras que en las penas de multa e inhabilitación prevalecen aspectos retributivos.

Más allá del “ideal resocializador”, no podemos dejar pasar por inadvertido el inacabado debate acerca de si la prisión y el medio carcelario son los instrumentos aptos para alcanzar tal finalidad. Al respecto no hacen falta profundas investigaciones científicas para observar los daños que deja la cárcel en quien la vivió, por ello es que creemos que le corresponde al Estado, en primer lugar, arbitrar los medios para evitar la *desocialización* del condenado y luego ofrecer un sistema de ejecución de la pena privativa de la libertad que contenga medios y oportunidades que permitan su reinserción social dentro de un marco que respete su dignidad humana y el libre desarrollo de su personalidad. A la par de ello, y atento el contenido de una de las últimas reformas a nuestro catálogo punitivo, corresponde que nos interroguemos si con la nueva regulación de los presupuestos de concesión de la libertad condicional (Arts.

13, 14 y 15 C.P. modificados por Ley 25.89249), tal circunstancia no pone en riesgo la operatividad del principio de resocialización, toda vez que de la lectura de la misma podemos observar un plazo sumamente extenso en los supuestos de penas perpetuas para el cumplimiento del presupuesto temporal (35 años), *"puesto que nadie niega que cuanto más prolongada sea la duración de la pena, tanto más dificultosa resultará la reinserción del penado en la sociedad, al momento de su regreso al medio libre"* .

Y más grave resulta aún la exclusión de este derecho penitenciario respecto de personas condenadas por determinados delitos graves (Art. 14 2da. Parte C.P.), ya que aparte de atentar contra la pretendida resocialización, también se vulnera el principio constitucional de igualdad (Art. 16 C.N.), ya que dicho principio *"no debe regir sólo para algunos delitos de menor gravedad, sino para todos los hechos delictivos y respeto de todos los condenados"*, creando una verdadera pena perpetua, incompatible con nuestro sistema constitucional. Con acierto Lascano, señala que frente a esta nueva legislación de emergencia asentada en criterios peligrosistas propios de un Derecho Penal de autor, se está procurando sacar de circulación de por vida a determinados delincuentes, lo que implica un regreso a políticas inocuizadoras, como aquellas que había postulado Von Liszt en su Programa de Marburgo respecto de los delincuentes peligrosos incorregibles: *la pena indeterminada*. Y el profesor mediterráneo profundiza más aún al sostener que con esta sanción eliminatoria o segregatoria también se afecta el principio de culpabilidad en su dimensión limitadora de la duración de la pena. Así, compartimos la postura de que *"Toda consecuencia de una punición debe cesar en algún momento, por largo que sea el tiempo que deba transcurrir..."*, o cual fuere la modalidad de pena privativa de libertad impuesta, ya que *"Es la dignidad del individuo, como límite material primero a respetar por un Estado democrático, lo que va fijando topes a la dureza de las penas y agudizando la sensibilidad"*.

2.4 La libertad condicional como elemento esencial para la reinserción

1. Principios que rigen la ejecución de la pena

Los principios esenciales que rigen la ejecución de la pena son: el de legalidad, judicialización y resocialización

Entendemos por principio de legalidad que las penas deben ejecutarse del modo previsto en las normas vigentes y que estas normas deben haber sido sancionadas antes de la comisión de los delitos que dan lugar a la condena.

El principio de legalidad exige que la duración de la pena esté determinada -en nuestro caso por las escalas penales-, como también deben estar definidas las condiciones de cumplimiento de la condena; esto es, la manera en que se va a desarrollar la ejecución de la pena debe ser conocida por el condenado y valorada por el juez (ver artículo 2 de la Ley 24.660).

El principio de control judicial o judicialización surge de los artículos 3 y 4 de la Ley 24.660, los que expresan 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 no afectados por la condena o la ley”* y que *“Será competencia judicial durante la ejecución de la pena resolver las cuestiones que se susciten cuando se consideren vulnerados algunos de los derechos del condenado y autorizar todo egreso del condenado del ámbito de la administración penitenciaria”*. De esta forma, este principio implica que es el juez de ejecución el encargado de velar por el cumplimiento de los derechos del condenado, como así también, de tomar las decisiones que

signifiquen un cambio al cumplimiento de la pena. Por último, reconoce la vigencia de los derechos y garantías que existen en las etapas procesales anteriores a la ejecución (por ejemplo: derecho a ser oído).

El principio de resocialización es la base de la ejecución penal, dado que se somete al condenado por un delito a una pena privativa de libertad, con el fin de que sea reintegrado a la sociedad. Debe ser entendido como la obligación que tiene el Estado de proporcionar al condenado, dentro del marco del encierro carcelario, las condiciones necesarias para un desarrollo adecuado que favorezca su integración a la vida social al recuperar la libertad. Así, el condenado debe contar con un conjunto de actividades dirigidas a la obtención de la reinserción social. (ver artículo 1º de la Ley 24.660).

2. Control de los distintos avances en el sistema progresivo

Los distintos avances están legislados y contienen cuestiones que se controlan objetivamente, por ejemplo, la conducta o el tiempo transcurrido en prisión y otras que se relacionan con aspectos subjetivos (artículo 11 del Decreto 396/99) dependientes de los dictámenes del Servicio Penitenciario.

“La idea central del sistema progresivo radica en la disminución que la intensidad de la pena va experimentando como consecuencia de la conducta y el comportamiento del interno. En virtud de ella va atravesando distintas etapas, que van desde el aislamiento celular hasta la libertad condicional” (Lobo, 2017, pág. pp 38 y ss).

Puede controlarse el avance progresivo de varias formas:

Con la Historia Criminológica: hay que constatar la Historia Criminológica con lo dictaminado por el Consejo Correccional; la Administración Penitenciaria debe expresar fundadamente cuáles son los impedimentos que hacen que el preso no pueda acceder al período siguiente o solicitado. Estos fundamentos no pueden basarse en fórmulas genéricas, como por ejemplo: “*no logró las pautas fijadas*”; “*no alcanzó el grado de*

reinserción social exigido” o “a esta altura resulta prematura su incorporación o avance en el sistema” pues, de esta forma, no se explica con precisión qué se pretende del preso para avanzar.

3. Medios para controlar el avance

Como primera medida, el defensor deberá solicitar una audiencia con el Consejo Correccional para que revea el informe presentado. Ante respuestas no justificadas por el Servicio Penitenciario, como las expuestas en el parrafo anterior, se solicita una audiencia con el juez de ejecución a fin de explicarle los motivos por los cuales el Consejo Criminológico no ha considerado determinados elementos que podrían generar que el preso avance a la etapa que pretende. Esto último debe realizarse a través de un incidente de ejecución sobre “revisión de avance del sistema progresivo”.

También la procuración penitenciaria puede realizar esta gestión de control. Durante el sistema progresivo, el Servicio Penitenciario tiene la obligación de explicarle al condenado:

1° cuáles son las condiciones para ser promovido en la progresividad del régimen, es decir, para pasar de una fase a otra.

2° cuál es el mecanismo para calificar la conducta y el concepto.

3° que las entrevistas tienen como finalidad la confección o actualización de la Historia Criminológica, la que tendrá incidencia durante todo el cumplimiento de la pena.

4. Característica esencial del régimen penitenciario

El régimen penitenciario se caracteriza por la progresividad. Para lograr sus egresos, el condenado debe atravesar las distintas fases o períodos previstos en la Ley 24.660, artículo 12. Este avance dependerá del cumplimiento de los objetivos fijados en cada uno de las fases o períodos.

5. Principios que rigen el sistema progresivo

En primer lugar, está orientado en el Principio Resocializador. Este principio es la base de la ejecución penal, dado que se somete al condenado por un delito a una pena privativa de libertad, con el fin de que sea reintegrado a la sociedad. Debe ser entendido como la obligación que tiene el Estado de proporcionar al condenado, dentro del marco del encierro carcelario, las condiciones necesarias para un desarrollo adecuado que favorezca su integración a la vida social al recuperar la libertad.

6. fases o períodos contemplados en nuestra legislación

Se trata(n) de “cuatro períodos: el de observación, tratamiento, prueba y libertad condicional” (Paiz, 2006, pág. pp 54 y ss). El período de tratamiento se divide, a su vez, en tres fases: socialización, consolidación y confianza.

El avance de período a período tiene requisitos objetivos, como el tiempo que es necesario transitar, y subjetivos, como el concepto que está basado en pautas de evolución personal, generalmente fijadas por el Servicio Criminológico o el Consejo Correccional. Si bien lo común es el avance de etapa en etapa, no existe impedimento para que el mismo Servicio Penitenciario incorpore desde el inicio a una etapa avanzada (período de prueba o de confianza). Esto puede ser importante en los casos en que el preso haya estado incorporado como penado voluntario, pues la administración ya tendrá elementos para poder valorar. Si el Servicio no lo hace, se puede solicitar judicialmente resultando conveniente que lo haga el defensor.

El Servicio Criminológico es un organismo que reúne profesionales de distintas disciplinas – integrado, por lo menos, por un psiquiatra, un psicólogo, un asistente social, un educador y un abogado-, que tiene la misión esencial de contribuir a la

individualización del tratamiento del condenado, Son funciones del Servicio Criminológico:

- a) Realizar las tareas correspondientes al período de observación;
 - b) Verificar y actualizar el programa de tratamiento indicado a cada preso;
 - c) Informar en las solicitudes de traslado a otro establecimiento, de libertad condicional, de libertad asistida y, cuando se lo solicite, de indulto o de conmutación de penas;
 - d) Proponer:
 - 1) La promoción a salidas transitorias o la incorporación al régimen de semilibertad;
 - 2) La permanencia en instituciones o secciones especiales para jóvenes adultos, de presos que hayan cumplido veintiún (21) años;
 - 3) El retroceso del condenado al período o fase que correspondiere;
 - 4) El otorgamiento de recompensas;
 - e) Producir los informes médicos, psicológicos y sociales previstos en el artículo 33 de la Ley N° 24.660;
- Propiciar la promoción del preso, en casos excepcionales, a cualquier fase del Período de Tratamiento;
- g) Participar en las tareas del Consejo Correccional;
 - h) Coadyuvar con las tareas de investigación y docencia del Instituto de Clasificación mediante la remisión, a ese solo efecto, de los informes producidos;
 - i) Participar en las actividades de investigación o docencia programadas por el Instituto de Clasificación

7. Medios para controlar el avance

Como primera medida, el defensor deberá solicitar una audiencia con el Consejo Correccional para que revea el informe presentado. Ante respuestas no justificadas por el Servicio Penitenciario, como las expuestas en la pregunta anterior, se solicita una

audiencia con el juez de ejecución a fin de explicarle los motivos por los cuales el Consejo Criminológico no ha considerado determinados elementos que podrían generar que el preso avance a la etapa que pretende. Esto último debe realizarse a través de un incidente de ejecución sobre “revisión de avance del sistema progresivo”.

También la procuración penitenciaria puede realizar esta gestión de control.

8. Período de observación

Es el primer período del régimen progresivo, consiste en el estudio médico, psicológico y social del condenado. En esta etapa se formula el diagnóstico y pronóstico para determinar la vida que llevará adelante el preso mientras esté en prisión. Este período dura treinta días desde la recepción del testimonio de sentencia y cómputo remitido por el tribunal que lo juzgó. Lo importante de esta etapa es que va a determinar en qué fase o período del tratamiento se lo va a incorporar al condenado. Es en éste momento, donde el Servicio Penitenciario establecerá todo lo relacionado con el sistema progresivo. Por esta razón, es necesario que se controle el resultado del informe tanto por parte del preso como del defensor. ¿Cómo?: Solicitando que la unidad remita al defensor oficial copia de la Historia Criminológica

9. La Historia Criminológica

Como dijimos, es el resultado de la audiencia realizada durante el período de observación y donde el preso tuvo que haber intervenido activamente.

Deben constar las fechas en que el condenado accederá al período de prueba; salidas transitorias, semilibertad, libertad condicional, libertad asistida, programa de pre-libertad y egreso por agotamiento de la pena. Es necesario aclarar que las fechas de los avances hasta la libertad condicional o asistida son tomadas objetivamente. Sin embargo, su incorporación no es automática, pudiendo variar de acuerdo al

comportamiento que el condenado presente durante su estadía en prisión. De la Historia Criminológica debe surgir el tiempo mínimo para verificar los resultados del tratamiento y todo lo relacionado a la propuesta que haga el Consejo Correccional respecto de la salud, intereses y educación del preso.

El contenido de la Historia Criminológica es importante porque en la práctica suceden tres cuestiones:

1. el preso no sabe qué debe hacer y qué sucede si no lo hace;
2. puede suceder que la administración penitenciaria no realice este informe de la forma interactiva en que demanda la ley; es decir, con la intervención del condenado y no le avise al preso de la importancia y finalidad que tiene esta entrevista. Lo anterior implicará que el Servicio Penitenciario fije, individualmente, todo lo relativo a sus avances puede suceder que esta historia criminológica nunca se confeccione o no se realice en los tiempos que demanda la ley. Si no se controla correctamente, las consecuencias se advertirán una vez que se verifique que el condenado no avanzó de fase en fase.

10. El período de tratamiento

El período de tratamiento es la segunda fase del régimen progresivo previsto en la ley de ejecución. Es el periodo más extenso. Se trata básicamente del conjunto de actividades que realizará el condenado durante su vida carcelaria dirigida a la reeducación y reinserción social. No debe confundirse el período de tratamiento con el tratamiento penitenciario, que explicaremos más adelante. Este periodo es fraccionado en fases, de manera tal que el condenado logre una atenuación a su encierro. El decreto 396/99 divide el periodo en 3 fases:

1. Socialización: esta fase comienza incorporando a la persona al lugar que se le asignó durante el periodo de observación. En este periodo, el Consejo Correccional debe en un

plazo de 15 días, establecer las pautas del tratamiento (salud psicofísica, capacitación, actividad laboral, educacional, cultural y recreativa, relaciones familiares y sociales).

2. Consolidación: implica una disminución del control que se ejerce sobre él, el que consiste en: la posibilidad de cambio de sección o grupo o traslado apropiado según la fase alcanzada.

3. Confianza: le da al condenado una creciente autodeterminación, acompañada de una supervisión moderada.

11. Avances en el sistema progresivo

La idea es que el condenado vaya avanzando de fase en fase según el tiempo transcurrido y teniendo en cuenta la conducta, el concepto y el cumplimiento de las pautas fijadas en la Historia Criminológica.

12. ¿Qué tiene que hacer el condenado para avanzar de fase en fase?

Luego de cumplida la fase de socialización, el condenado podrá acceder a la Fase de Consolidación: para ello debe: poseer conducta y concepto bueno, no registrar sanciones disciplinarias medias o graves en el último período calificado (trimestre), trabajar con regularidad (esto siempre que exista la posibilidad de realizar tareas en la unidad), estar cumpliendo actividades educativas, capacitación y formación laboral (siempre que se haya fijado en la Historia Criminológica), mostrar hábitos de higiene en su persona, alojamiento y uso compartido, mantener una buena convivencia con el resto de los condenados, contar con dictamen favorable del Consejo Correccional y obtener la resolución aprobada del director del establecimiento proponiendo el pase. Estos requisitos se encuentran previstos en el artículo 20 del Decreto 396/99 y, si bien la mayoría de ellos son objetivos, el problema se presenta con el dictamen favorable y la nota de concepto.

Respecto del dictamen favorable, éste debe ser controlado por el condenado y su defensor pues, en la mayoría de los casos, no da fundadas razones del porqué deniega el avance a la fase siguiente. Por ello, al contar con la Historia Criminológica se puede demostrar que el condenado ha cumplido con las pautas que le permiten acceder a la fase siguiente o cuestionar el dictamen del Servicio Penitenciario. Es importante destacar que el avance de fase no es un beneficio que otorga el Servicio Penitenciario, sino un derecho del preso al cumplir con las pautas fijadas.

Fase de Confianza: para alcanzar esta fase es necesario que el condenado posea conducta muy buena y concepto bueno, como mínimo. Además, no debe registrar ninguna sanción en el último trimestre y debe haber cumplido con las mismas exigencias que en la fase anterior (consolidación); es decir, trabajar con regularidad (esto siempre que exista la posibilidad de realizar tareas en la unidad), estar cumpliendo actividades educativas, capacitación y formación laboral, siempre que se haya fijado en la Historia Criminológica y mostrar hábitos de higiene en su persona, alojamiento y uso compartido y mantener una buena convivencia con el resto de los condenados, contar con dictamen favorable del Consejo Correccional y la resolución aprobada del director del establecimiento. Esto se encuentra establecido en el artículo 23 del Decreto 396/99 y vale la misma aclaración con relación al control del dictamen del Consejo Correccional expuesta en la pregunta anterior.

El período de prueba es la última instancia por la que pasa un condenado antes de obtener los egresos transitorios. Es una etapa en donde el condenado se encuentra con una restricción mínima respecto de la seguridad e implica la incorporación del condenado a establecimientos abiertos o en una sección independiente, basada en la autodisciplina. Es esta etapa la que posibilita la incorporación a las salidas laborales y transitorias siempre que reúna los requisitos exigidos para aquellos institutos.

13. ¿En qué consiste la libertad condicional?

Es la posibilidad de recuperar la libertad luego de haber cumplido parte de una condena a pena de encierro, quedando sujeto al cumplimiento de determinadas condiciones.

14. ¿Quién la otorga?

El juez de ejecución. Para ello, el preso tiene que cumplir con los requisitos que están establecidos en la ley. No es automático su otorgamiento, sino que es materia de interpretación del juez de ejecución. Si éste no la concede siempre es posible recurrir dicha decisión ante la Cámara Nacional de Casación Penal.

15. ¿Beneficio o derecho?

Es un derecho, por lo que el juez tiene el deber de otorgarla si se reúnen las exigencias legales.

16. ¿Cuándo conviene pedirla?

Entre dos y tres meses antes de que se cumplan las dos terceras partes de la pena. Por ejemplo: si la condena es a seis años, se deberá solicitar entre dos y tres meses antes de que se cumplan los cuatro años de la condena

* * * * *

Capítulo 3. Marco jurídico

3.1 La Constitución Nacional

En relación a la normativa que acoge el tema en cuestión, considero necesario realizar, en primer lugar, una breve mención de los derechos y garantías consagradas constitucional y convencionalmente involucrados en el tema objeto del presente trabajo.

Constitución Nacional

Son diversos los artículos de la Constitución que conjugados regulan la situación de las personas privadas de la libertad.

En primer lugar, cabe hacer mención al artículo 16, el cual expresa lo siguiente:

*“ARTÍCULO 16: La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: No hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. **Todos sus habitantes son iguales ante la ley**, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”.*

En el mismo, se contempla el principio constitucional de Igualdad ante la ley. Esta igualdad pretende brindar el mismo trato a las personas que se encuentran en idénticas condiciones –igualdad entre iguales-. Se trata así, de la igualdad formal.

“Así, el control de la Suprema Corte debe ser estricto, con una fuerte presunción de inconstitucionalidad –casi irrefutable- si la distinción para reconocer o negar un derecho a un grupo de personas está basada, por ejemplo, en la diferencia racial, o si a algún miembro de la categoría –cualquiera que fuese, aun la no sospechosa- se la priva de un derecho fundamental o de una de las libertades preferidas” (Gelli, 2015)

La última parte del artículo 18 reza: “...*Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas...*”; con ello, se recoge y estipula el fin resocializador y de readaptación de las penas privativas de la libertad.

3.2 Tratados internacionales con jerarquía constitucional

La reforma constitucional del año 1994 trajo consigo la incorporación de nuevos derechos, garantías y principios que se encuentran plasmados dentro de las competencias otorgadas al Congreso de la Nación en el artículo 75 inc. 22.

Mediante este artículo se otorga jerarquía constitucional a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que allí se detallan taxativamente, sobre los que haré mención en el apartado siguiente.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica)

La Convención expresa de manera clara y tajante –y en concordancia con lo estipulado en nuestra Constitución Nacional- en su artículo 5.6 que la finalidad de las penas privativas de la libertad son la reforma y readaptación social de los condenados.

“Derecho a la integridad personal. Artículo 5.6: Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados”

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En su artículo 3 contempla lisa y llanamente la igualdad en el goce de los derechos enunciados en el Pacto.

Por su parte, en el artículo 10 apartados 1 y 3 rezan lo siguiente: “...*Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (...)* El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados...”.

3.3 Ley de ejecución de la pena privativa de libertad Nro 24.660

(Modificada por Ley N° 27.375)

*“**ARTICULO 1º** —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”.

En nuestro derecho penal, la función de la pena tiene una faz preventiva-especial que se hace efectiva durante el período de ejecución de la misma. El plexo normativo hace expresa mención de la importancia de la reinserción social que persigue el cumplimiento de las penas privativas de la libertad. Se trata de un principio constitucional que el Estado no debe dejar de amparar. Se toma a la reinserción social como el fin principal a seguir en la ejecución de las penas y se encuentra estrechamente ligado al principio de progresividad, sobre el que se estipula la Ley 24.660.

Esta conjugación de principios intenta nada más y nada menos que garantizarle a la persona privada de su libertad el trato digno que como sujeto de derechos merece.

Se intentan cumplir dos objetivos. Por un lado, que la persona privada de la libertad sea capaz de comprender la ley y actuar conforme a derecho y, por otro, que durante la ejecución de la pena se le brinden todas las herramientas de formación necesarias para que, al momento de recuperar su libertad, se pueda hablar efectivamente de reinserción social.

*“ARTICULO 6º — 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.”*

El artículo 6to sienta las bases del sistema penitenciario argentino. Pero ¿qué implica esta progresividad a la que hace referencia? Implica que, al interno o interna, con el paso de su condena, se le vayan otorgando cada vez más derechos y beneficios y que así, de a poco, disminuya la restricción a su libertad, sin perder de vista el objetivo de la reinserción social.

Como lo indica la palabra, el propósito es preparar de manera **gradual** a la persona previo a conseguir su libertad, mediante un mecanismo de incentivos para que participe en las actividades que se ofrecen dentro de las cárceles (como estudiar, trabajar, realizar capacitaciones, entre otros), teniendo como fin la comprensión y respeto a la ley para que, una vez que finalice su condena, sea una persona capaz de convivir en sociedad.

“Debido a que las diferentes actividades que conforman el tratamiento penitenciario tienen por finalidad revertir aquellos aspectos que han llevado a la persona condenada a cometer el delito, es claro que al diseñar su contenido y determinar los objetivos que debe cumplir, se debe tener en cuenta su particular situación y también hay que darle participación, de modo que puedan conocerse sus problemas, inquietudes, sus habilidades y sus proyectos personales, pues de lo contrario el tratamiento estará

destinado al fracaso. Es por ese motivo que la ley dispone que ‘Las acciones a adoptar para su desarrollo deben estar dirigidas a lograr el interés, la comprensión y la activa participación del interno’” (de la Fuente & Salduna, 2019).

3.4 El artículo 52 bis de la Ley Nro 24660 modificado por la Ley 27.375

“ARTICULO 56 bis. —No podrán otorgarse los beneficios comprendidos en el período de prueba a los condenados por los siguientes delitos:

- 1) Homicidios agravados previstos en el artículo 80 del Código Penal.*
- 2) Delitos contra la integridad sexual, previstos en los artículos 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 5°, 6° y 7° 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. Los condenados incluidos en las categorías precedentes tampoco podrán obtener los beneficios de la prisión discontinua o semidetención, ni el de la libertad asistida, previstos en los artículos 35, 54 y concordantes de la presente ley.”

En su artículo 12, la Ley N° 24.660 estipula que, independientemente de la pena impuesta, el reo deberá transitar un sistema por etapas o módulos en los que se avanza en función del progreso y la evolución en su comportamiento penitenciario, teniendo en cuenta que, ante el incumplimiento de cualquiera de las normas de convivencia o falta de participación en actividades o capacitaciones dentro de la prisión, el interno se perjudicará a sí mismo, logrando un retroceso en su tratamiento penitenciario y limitaciones en la obtención de beneficios.

Las cuatro etapas a las que hace referencia la ley son las mencionadas con anterioridad: Período de observación, de tratamiento, de prueba y de libertad condicional. Esta división del tratamiento en etapas intenta incentivar a la persona condenada para que participe en todo lo que tenga a su alcance durante el tratamiento penitenciario, para que progresivamente pueda ir adquiriendo mayores derechos y beneficios.

La limitación del artículo 56 bis recae, particularmente, sobre el período de prueba. Este período implica una etapa de flexibilización del contexto de encierro, por medio del cual el o la interna comienza a desempeñar acciones en las que reinan el autogobierno y la autodisciplina.

Se trata de una etapa en la que se pone a prueba la evolución personal del condenado, ya que, por un lado, se reducen las condiciones de extremo encierro y, por otro, se le permite reforzar su vínculo con el exterior a los fines de prepararlo para cumplir con el fin resocializador de las penas y la vuelta a la vida en sociedad libre.

* * * * *

Capítulo 4. Protección de los principios penitenciarios

4.1 Jurisprudencia nacional

Debemos partir de la siguiente premisa: quienes han resuelto la inconstitucionalidad del artículo 52, consideran a la misma una pena, y que la indeterminación en el tiempo colisiona de lleno con su finalidad, esto es, lograr la reinserción social del que ha delinquido, expresamente consagrado en nuestro texto supremo.

“Corresponde declarar la inconstitucionalidad de la pena de reclusión por tiempo indeterminado que le fuera impuesta a un condenado por el delito de homicidio calificado, pues no se vislumbra que el cumplimiento de la finalidad de la pena establecida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Adla, XLIV-B, 1250; XLVI-B, 1107) opere realmente en el régimen de aquel instituto, apareciendo, el alongamiento de su privación de libertad, como una accesoria vacua de contenido y, por tanto, del valor jurídico necesario para justificarla (Del voto del doctor Laborde)”

“La pena de reclusión por tiempo indeterminado es inconstitucional, pues la finalidad de “eliminación” que conlleva dicho instituto no es compatible con la que las normas del bloque constitucional asignan a las penas y ni siquiera lo es con las de orden infraconstitucional que presiden la ejecución de la pena privativa de libertad establecidas en las leyes 24.660...en el orden nacional, y 12.256...en la Provincia de Buenos Aires”. (Del voto del doctor Riquert)⁴

⁴ CGarantías en lo Penal, Mar del Plata, sala III, 2006/03/23 (*). - R., E. O y S., J.E.

En este sentido, la jurisprudencia nos da su anuencia al declarar la inconstitucionalidad de la norma a la que hemos hecho referencia. Y así queda expuesto y debidamente argumentado en la Sentencia “M., P. J. S/ EJECUCIÓN PENAL”, expediente FRO n° 31425/2016/TO1/23, de fecha 16 de enero 2023.- la correspondiente declaración de inconstitucionalidad de los artículos 56 bis, inc. 10) de la ley 24.660 y 14, inciso 10) del Código Penal, ambos textos según redacción de la ley n° 27.375, debido a la manifiesta violación al principio de igualdad en la ejecución de la pena de prisión, pues a distintos autores que se les ha asignado la misma pena, se les depara diverso tratamiento penitenciario. Ello genera una inconstitucionalidad por omisión de observar el principio con jerarquía constitucional de reinserción social.

Por consiguiente, resulta evidente que las restricciones aludidas constituyen una selección discriminatoria porque, a esos efectos restrictivos, se incluye un grupo de delitos graves pero de igual e incluso de menor lesividad por la referencia mencionada, sin que se avizore que responda tampoco a una mayor culpabilidad por acto. Y por ende, la aplicación de esas exclusiones al caso, resulta claramente vulnerante de la garantía de igualdad ante la ley del art. 14 CN, por las razones que se han señalado.

4.2 Entrevista a personal penitenciario

Entrevistador: Buenos días, soy Carmen Elina Carruego y soy estudiante de Abogacía de la Universidad Abierta Interamericana (UAI). Me gustaría hacerte algunas preguntas con respecto a tu experiencia profesional trabajando en instituciones penitenciarias. Tus respuestas me ayudarán a comprender mejor cuál es la situación en la que se encuentra el personal de internos en este centro penitenciario y cuáles son las exigencias y necesidades del personal técnico del centro y el de los profesionales encargados de la

custodia de los internos. En esta entrevista lo más importante es que usted se sienta cómodo/a. Puede elegir no responder a cualquier pregunta, y es libre de interrumpir la conversación cuando así lo desee. Si accede a participar, se le formularán preguntas sobre sus experiencias vividas en torno a esta institución. La entrevista tendrá una duración aproximada de 40 minutos, y con su consentimiento, será grabada (audio) con el objetivo de ser fieles a sus palabras y opiniones sin necesidad de tomar notas durante nuestra conversación.

Nos comprometemos firmemente a guardar confidencialidad sobre su identidad, así como al uso escrupuloso de la información que usted nos comparta para fines exclusivamente académicos. Su nombre y datos identificativos no serán utilizados ni difundidos públicamente, y nos comprometemos a usar el pseudónimo que usted escoja, con el objetivo de preservar su privacidad en el estudio. Si está de acuerdo en participar, le agradecemos de antemano su generosidad, esperando que a través de su ayuda podamos comprender mejor el estado de los centros penitenciarios en España.

Nro	PREGUNTA
1	¿Su nombre? Soy Trinidad Quevedo
2	¿Qué edad tiene? 58 años
3	¿Profesión? Soy trabajadora social y me especializo en el apoyo educativo de internos en Instituciones Penitenciarias
4	¿Cuánto hace que trabaja en Instituciones penitenciarias?

	Desde que inicié mi vida profesional, terminé de estudiar con 25 años y desde entonces siempre me he dedicado a este mundo
5	Hábleme de un día de trabajo dentro de la institución Podríamos decir que todo es bastante rutinario, aunque hay días más movidos que otros. Pero habitualmente mi trabajo consiste en atender las necesidades de los internos, facilitar las comunicaciones con las familias, tratar con ellos e intentar que se interesen por nuestros cursos y actividades, e impartir talleres de diversa índole. Como le digo, todo es bastante rutinario, aunque de vez en cuando surgen ciertas situaciones urgentes que requieren mi atención inmediata, hablo de peleas, situaciones violentas, problemas familiares o de dependencias, etc.
6	¿Se logra la resocialización de los condenados? Yo no me atrevería a dar una respuesta tan tajante, considero que muchos internos realmente se reinseran en la sociedad, porque hay un número de ellos que no vuelven a delinquir (aunque las tasas de reincidencia son bastante altas hoy en día), pero considero que la reinserción no pasa solamente por no volver a la actividad delictiva, sino que es mucho más profunda y abarca a la salud física y mental, a una situación económica estable, a una vida familiar feliz, y otras tantas cuestiones que no se suelen tener en cuenta a la hora de hablar de reinserción.
7	¿Qué herramientas incorporaría según su experiencia? Uno de los mayores problemas que encontramos es la falta de personal y la propia naturaleza de la prisión, que tiene un sentido más de castigo que terapéutico. Yo siempre digo que es un poco difícil reinserter a alguien en la sociedad cuando está alejado de ella, por eso incorporaría un régimen de visitas, salidas terapéuticas, acceso de personal externo al centro, y posibilidad de acceder a los beneficios

	penitenciarios que sea menos rígido. Muchas veces las instituciones penitenciarias (que son las encargadas de reinsertar al interno) se ven muy limitadas por los tribunales y juzgados sentenciadores. Yo creo que las instituciones penitenciarias deberían tener cierta independencia frente a esto, tenemos muchos casos de personas que sabemos que sería mejor para ellos acceder a un régimen de libertad o semi-libertad y esto no se puede llevar a cabo por una simple cuestión de imposibilidad legal.
8	¿Los reclusos son abiertos a realizar tareas y estudios? La mayoría de ellos encuentra la motivación para ello en los beneficios penitenciarios, a fin de cuentas, nosotros preferimos que vengan por los beneficios que ello les otorga a que directamente no vengan. Diría que son abiertos pero que su motivación principal para colaborar no es la simple voluntad sino lo que pueden conseguir con estas actividades
9	Nota una evolución o en las políticas penitenciarias? Sinceramente no, llevo muchos años dedicándome a este trabajo y considero que el sistema penitenciario no va a cambiar. Es urgente una propia reestructuración del sistema en sí mismo, que está pensado para castigar a los internos y no para educarlos o reinsertarlos. Es muy difícil llevar a cabo esta labor cuando desde la propia legislación penal y procesal vemos el constante retroceso en sentido anti-liberal. Las prisiones deberían ser centros de educación, no de castigo, y la sociedad no creo que esté del todo preparada para entender esto último.
10	¿Podría darnos una reflexión/opinión personal sobre todo lo que le hemos preguntado? Me gustaría añadir que una de las políticas que podrían implementarse a corto

plazo para intentar solventar esta situación es la capacitación y formación del personal encargado de la custodia de los internos. A fin de cuentas, los guardias son quienes más tiempo pasan con ellos, sería interesante que reciban formación en temas centrales como: resolución alternativa de conflictos, cuestiones básicas de psicología y habilidades sociales, una enseñanza integral en sociología de la desviación y marginalidad, entre otras cuestiones. En definitiva, dotar al personal de guardias de las herramientas básicas para que su función no sea de simple custodia, sino que también sea educativa.
--

4.3 Alternativas al régimen cerrado de prisión

El encierro en sí mismo es totalmente ineficaz, si no se acompaña con acciones educativas y resocializadoras individualizadas y personalizadas para desfavorecer la conducta reincidente delictiva.

No hay espacio de dudas, de que este es el camino para alcanzar el objetivo trazado, las alternativas deben ser innovadoras y acordes a nuestro tiempo y realidad con propósitos claros y no meras proclamas populistas y vacías de contenido. Debe haber sintonía entre cometido y plan de acción. Las políticas gubernamentales no deben tomarlo como un gasto sino como una verdadera inversión. Este abordaje permite no solo la no comisión de nuevos hechos delictivos, sino mejorar procesos de reinserción y normalización social eficaces. Para ello el modelo se basa en cuatro grandes ejes:

1. Implicación de todos los agentes penitenciarios, en especial los funcionarios de vigilancia interior, en labores de acompañamiento y educativas.
2. Implicación de la comunidad dentro del centro penitenciario, así como en los procesos de salidas al exterior.

3. Creación de espacios de gestión del conflicto y participación en todas las unidades, que mejoren la calidad de vida y los procesos de cohesión social.
4. Mejora del proceso de acogida, intervención educativa competencial bajo criterios de responsabilidad individual, fomento de los vínculos sociales y familiares, y, aprendizaje experiencial en espacios participativos

Una intervención que permite llegar a todos los internos del centro penitenciario bien sea por su acción proactiva de apoyo del modelo, bien sea desde la distancia mediante la observación y experiencia de prácticas sociabilizadoras. Pero, en definitiva, un modelo universal que permite llegar a todos los internos sea cual sea su estadio inicial de motivación al cambio.

* * * * *

Conclusión

He corroborado a lo largo del presente trabajo que los límites al acceso a la libertad condicional para determinado número de delitos atenta deliberadamente a los principios de progresividad e igualdad que hemos tratado previamente no cumpliendo de este modo con el fin resocializador de la pena privativa de libertad, la que se aleja cada vez más con los límites expuestos. Diferentes doctrinarios, Jurisprudencia y excelentes profesionales y operadores jurídicos lo han señalado teórica y prácticamente.

En una de las épocas más ilustradas y científicamente más avanzadas del progreso humano como es la actualidad, somos testigos paradójicamente de una involución de la humanidad al tratar el problema de criminalidad con soluciones que tienden a satisfacer el clamor social, con viejas recetas que ya han demostrado su ineficacia, más que a darle una profunda solución; solución que tiene que venir necesariamente de la mano del estricto respeto por el Estado de Derecho con las garantías constitucionales y sus garantías individuales, con verdaderos programas educativos a mediano plazo y con tratamiento personalizados e individualizados, atendiendo al caso en particular con los recursos necesarios, que deben ser utilizados y destinados con la total convicción de que es la educación el único camino posible para la reinserción.

Por este motivo es necesario hacer mención a las clases sociales más desfavorecidas, y serían necesarios varios análisis para tratarlas correctamente a todas dentro de su complejidad. La sombra principal de análisis de este trabajo y a la que se pretendió dar luz es la que recae sobre nuestro sistema penitenciario actual. Y con esto no se pretende iluminar la realidad y resolver los problemas jurídicos de todos los individuos que se encuentran cumpliendo una pena privativa de la libertad, se tratará particularmente el de aquellos reos que no pueden acceder a los beneficios de la concesión de la libertad

condicional por haber cometido aquellos “delitos recogidos en el art.56Bis de la Ley 24.660”.

Los principios fundamentales que interesan a este análisis: la igualdad y la progresividad, serán la argamasa de la torre que pretendemos construir. Son muchas las teorías sobre estos conceptos, son ideas tan amplias, tan fructíferas, y al mismo tiempo tan vagas, como el concepto de Derecho o Justicia. Utilizamos teorías y escritos de autores que a mí buen entender y al igual que el saber de notables juristas, como el Dr. De Luca y el mismísimo Dr. Zaffaroni presentan una brillantez y una legitimación que resulta imposible refutar, sumados a estas obras, fueron la base de sustentación de este trabajo.

Es innegable la idea siguiente: los reos que no tienen derecho a acceder a los beneficios de la libertad condicional son tratados por el estado y por la sociedad de manera desigualitaria. Pero esto no tiene que ser necesariamente malo, si el fin último es la igualdad real y está enmarcada dentro de los valores constitucionales y el bien común.

Una de las más brillantes teorías sobre la igualdad es la presentada por “Aristóteles en su Ética a Nicómaco”. En el capítulo quinto de la citada obra hace mención a la ley del Talión, y como esta, no es útil para el beneficio colectivo para posteriormente presentar una teoría que incluso se sigue empleando hoy en día con buenos resultados, y esta es la desigualdad en el trato con el fin de alcanzar la igualdad real y por tanto lo justo.

Retomando con nuestro problema jurídico, hemos apreciado como este trato desigual se ejerce en la Ley para la Ejecución de la pena privativa de la libertad con los reos que anteriormente mencionábamos, aquellos que “desgraciadamente” se encuentran encasillados en el 56 Bis. Pero lo relevante de este asunto es ver si esta medida desigualitaria logra obtener una igualdad real y termina alcanzando la justicia.. “Aristóteles plantea”: al que tiene menos hay que darle más, al que tiene más hay que

darle menos. Nada más lejos de la realidad del 56Bis, que no es más que quitarle la escalera al que está en el fondo del abismo. Llegados a este punto hemos podido reflejar con exactitud dos aspectos: que estos reos sufren un trato desigualitario y que, es complicado entender la finalidad social de esta norma. Las teorías jurídicas sobre la pena y su finalidad son inmensas. Pues en materia penal, se han escrito teorías del derecho sobre el castigo tan amplias que nos permiten posicionarnos en muchísimas posturas y muy diversas, desde el planteamiento de protección del reo y crítica al sistema carcelario de Michel Foucault, hasta la legitimación de la pena capital de Rousseau. Teniendo en cuenta el espíritu de este trabajo, el cual pretende seguir un orden de reflexión, pero no de posicionamiento desde un punto de vista lógico deductivo, sino más bien todo lo contrario.

Volviendo la vista hacia nuestro tema de interés principal, “los hombres del 56Bis”, se podría presentar la siguiente pregunta siguiendo con la misma analogía. ¿Se encuentran estos en el Infierno de Dante cumpliendo con el suplicio, o en el Purgatorio reinsertándose en la sociedad? De todos los brillantes pasajes del Infierno, emplee uno que representa a la perfección la ley del Tali3n, este es el bosque de los suicidas.

Pero aún más reflexivo es lo siguiente, aunque Dante imponga brutales castigos a los condenados, les propone una vía de salvación, un camino para alcanzar el paraíso, y este es el purgatorio. Incluso en la Divina Comedia podemos apreciar que se cumple cierto patr3n de progresividad, las sombras tienen un atisbo de esperanza de alcanzar el paraíso. Pues de este análisis surge otra pregunta ¿tienen esa esperanza de reinsertarse los que han cometido los delitos que estamos mencionando? La respuesta es a todas luces, clara.

Bibliografía

Basalo, G. (1975). *El régimen penitenciario argentino*. Buenos Aires: Ediciones Librería del jurista.

Beccaria, C. (1764). *De los delitos y las penas*. Milan: Universale Economica Feltrinelli.

Ferrajoli, L. (2011). *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta, S.A.

Foucault, M. (2015). *Historia de la locura en la poca clásica / History of Madness in the Classical Period*. (J. J. Utrilla, Trad.) Fondo de Cultura Economica USA.

Lobo, R. A. (2017). Reforma de la ley 24.660. El fin del derecho de. *Estudios sobre jurisprudencia*.

Olmo, P. O. (2000). La cárcel y el control del delito en Navarra entre el Antiguo Régimen y el Estado liberal. *Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea*, 22-55.

Paiz, C. C. (2006). *Manual Práctico para defenderse en la cárcel*. Buenos Aires: Centro de Estudios de Ejecución Penal (CEP).