



**TITULO DEL TRABAJO: “VIABILIDAD JURIDICA EN LA LEGISLACION
ARGENTINA DE CARCELES ADMINISTRADAS POR EMPRESAS PRIVADAS.”**

APELLIDO Y NOMBRE DEL ALUMNO: SANTALIZ, TIAGO

TUTOR: DR. HECTOR LUIS VARGAS

TITULO A OBTENER: ABOGADO

CARRERA: ABOGACIA

SEDE: CASTELAR

AÑO: AGOSTO 2020

Resumen

La libertad es un derecho humano reconocido en los diversos instrumentos internacionales en materia fundamental y en los textos legislativos nacionales, es una potestad ínsita a la condición de persona, por lo que los sujetos únicamente pueden ser privados de ella cuando exista una justificación razonable para ello, como la perpetración de un hecho punible.

La privación de libertad configura una situación extraordinaria que demanda de los Estados la creación de un sistema normativo e institucional que asegure la reeducación del reo, y la protección de sus potestades esenciales durante su estadía en el recinto. Por ello dentro del Poder Judicial se ubica el sistema penitenciario, que forma parte de la administración de justicia y que es dirigido por funcionarios públicos. Sin embargo, a la par de este régimen estatal se han creado cárceles privadas, que tienen como objetivo el cumplir de forma óptima con la reinserción del reo en la sociedad. En este sentido se examina la legalidad de estos recintos penitenciarios particulares, su eficacia para el resguardo de los de los derechos esenciales y si logran verdaderamente la inserción del reo en la estructura social.

Palabras Claves: Libertad – Privación de Libertad- Sistema Penitenciario – Prisiones Privadas- Derechos Humanos.

Índice

Introducción	6
Capítulo I: Marco jurídico internacional sobre derechos y garantías de las personas privadas de libertad	10
Introducción	10
1.1. Normas jurídicas supranacionales que regulan la situación de los privados de libertad.....	11
1.2. Instrumentos con carácter vinculante.....	11
1.2.1. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	12
1.2.2. Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño	13
1.2.3. Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes	14
1.3. Instrumentos no vinculantes.....	15
1.3.1. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.....	16
1.3.2. Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.....	16
1.3.3. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad.....	18
1.3.4. Regulaciones de casos especiales	19
1.3.5. Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión	20
Capítulo II: Finalidad y regulación jurídica de la pena.....	22
Introducción	22
2.1 La finalidad de la pena	23
2.1.1 La resocialización del individuo.....	26
2.2 La pena de prisión en la Constitución Nacional.....	28
2.2.1 Las cárceles en la Constitución Nacional	29
2.3 Los derechos de las personas privadas de la libertad	30
2.3.1. La humanización de los presos	30
2.3.2. El trabajo en prisión y la inserción laboral	34

2.3.3. El derecho a la educación de las personas privadas de libertad	37
2.3.4. La higiene de las cárceles	40
Capítulo III: Régimen Penitenciario Argentino	42
Introducción	42
3.1. La Ejecución Penal.....	43
3.1.1. Concepto General	43
3.1.2. Principios rectores en materia de ejecución penal.....	44
3.1.3. Principio de Legalidad Ejecutiva.....	45
3.1.4. Principio de Resocialización	45
3.1.5. Principio de Judicialización de la Ejecución Penal	46
3.1.6. Principio de Inmediación de la Ejecución de la Pena.....	47
3.2. El Sistema Penitenciario Argentino	47
3.3. La Ley 24660 de Ejecución de la Pena.....	48
3.4. Los Reglamentos Carcelarios.....	51
3.5. El Personal Penitenciario	51
3.6. El poder disciplinario en las cárceles	52
3.7. La intervención del juez de ejecución penal	53
3.7.1. Funciones cumple un Juez de Ejecución Penal	55
Capítulo IV: Prisiones privadas en el derecho comparado	57
Introducción	57
4.1. La experiencia de las cárceles privadas en el derecho comparado	57
4.2. Situación en Estados Unidos	58
4.3. Situación de México	63
4.4. Situación de Chile	64
4.5. Situación en la República Oriental del Uruguay	66
4.6. Situación en España	67
Capítulo V: Aspectos positivos y negativos de la privatización de los recintos penitenciarios	70
Introducción	70
5.1. La privatización del régimen penitenciario: antecedentes	71
5.2. Los problemas del sistema penitenciario actual.....	74
5.3. Las ventajas y soluciones propuestas por las corrientes a favor de las cárceles privadas	77
5.4. Los peligros que encierra la privatización de las cárceles	79

5.5. La ley de ejecución penal y la posibilidad de establecer cárceles privadas en Argentina.....	81
5.5.1. Requisitos que debería cumplir una cárcel privada en concordancia con la normativa argentina	89
Conclusiones Finales	93
Bibliografía	102
Agradecimiento.....	106

Introducción

La libertad es un derecho humano que se consagra a toda persona por el simple hecho de ser miembro de la especie humana, por lo que configura un bien jurídico fundamental dentro de la escala axiológica que como sociedad se propugna, en virtud de su relación con la noción de dignidad. Su reconocimiento parte desde la comunidad jurídica internacional con la creación de un cúmulo de instrumentos convencionales que expresamente incluyen a la libertad dentro de la categoría de potestad esencial.

Asimismo, el estamento normativo nacional reconoce la importancia y resguardo preeminente de este derecho no sólo en la Constitución Nacional, sino además los textos legislativos que crean pautas de acción para el efectivo ejercicio de este derecho a todas las personas dentro del territorio. La noción de libertad en su aproximación conceptual es una de las más amplias pues de ella derivan otro grupo de derechos, sin embargo, *lato sensu* se concibe como la capacidad humana para obrar de acuerdo a su voluntad.

A tenor de esta breve aproximación se entiende que la libertad parte de la autonomía del elemento volitivo del sujeto en sus acciones, es decir, que lo que habla, hacia donde se dirige, lo que cree, son producto de su deliberación interna y no está condicionado o impuesto por un tercero. En tal virtud se entiende que de este derecho deriven otras potestades esenciales como la libertad de expresión, de pensamiento, de culto, de tránsito, entre otros.

De este modo, los Estados se comprometen a asegurar en todo momento el efectivo ejercicio de este derecho a toda la Nación, empero los derechos no son absolutos y existen circunstancias excepcionales en las que se puede limitar el ejercicio de estos. Verbigracia en el caso del derecho de la propiedad cuando por razones de utilidad pública y social se justifica su expropiación. En el caso de la libertad cuando en virtud de la comisión de un hecho punible se presume la autoría de un sujeto y que su permanencia en libertad configura un obstáculo a la justicia o se tema su fuga se puede suscitar su privación como medida preventiva.

Posteriormente culminado el proceso judicial y comprobado la responsabilidad penal del sujeto pues el acervo probatorio fehacientemente la acredita, se ejecuta la pena de prisión por el lapso previsto en la tipificación sustantiva penal. La privación de libertad es una de las medidas sancionatorias por excelencia en el ámbito jurídico penal, por lo que su aplicación exige la existencia de textos normativos y órganos especializados que ordenen el régimen penitenciario. Este es parte integrante de la administración de justicia nacional, y quienes laboran en este seno son funcionarios públicos, parte de la estructura organizativa del Estado.

El objetivo que postula este sistema penitenciario del Estado, es la redución del penado para que sea capaz de insertarse dentro de la estructura social, adaptar su conducta al

seguimiento de las reglas de convivencia. Durante la estancia de la persona en un recinto penitenciario el aparato estatal ha de asegurar el efectivo ejercicio de sus potestades esenciales que aun cuando se encuentre limitada una de ellas; la libertad, ello no implica la pérdida del resto. En este sentido, tanto los instrumentos en materia fundamental como el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, así como la Carta Magna exigen la protección de los derechos de quienes se encuentran dentro del sistema penitenciario.

Los sujetos a quienes se les ha penado con la privación de su libertad configuran para el Estado un grupo poblacional vulnerable dado que sus potestades esenciales están ciertamente restringidas al momento de reclamar la materialización de ellas. Los lineamientos rectores que ordenan el obrar de la efigie estatal para abordar el tema penitenciario están teleológicamente orientados a disminuir en su grado mínimo para impedir el abuso de los reos. Este parámetro rige a partir de la aprehensión del sujeto de conformidad con el periplo adjetivo previsto en la legislación y ejecutado por la autoridad competente hasta que culmine el proceso que lo absuelve o que finalice su condena.

Con el propósito de asegurar el resguardo de la integridad física del penado se exige la realización de exámenes médicos desde el momento de la aprehensión para determinar las condiciones de la persona desde que su custodia la asume el Estado. Esta configura una medida para impedir los malos tratos, la implementación de medidas disciplinarias excesivas que limiten gravemente las potestades del sujeto como el aislamiento que impide su contacto con sus familiares, o el uso de la fuerza bajo pretexto de contener la violencia.

Por lo que la configuración del sistema penitenciario como se ha explicado es una obligación del Estado, y por tanto corresponde a la esfera pública, sin embargo, en los últimos años han surgido las prisiones privadas, como herramientas para combatir el hacinamiento en los recintos penitenciarios públicos, por lo que entidades empresariales ofrecen al Estado servicio de velar por el cumplimiento de la pena del sujeto a cambio del dispendio de un importe.

Este tipo de figuras han sido controvertidas desde su creación pues para algunos privatiza el sistema de administración de justicia, en estos casos el Estado contrata a una entidad privada para el confinamiento de un sujeto que en el seno de un proceso penal ha sido encontrado responsable de la comisión de un hecho punible. Las principales dudas en cuanto a la existencia de estas prisiones versan sobre el efectivo resguardo de los derechos de los privados de libertad, máxime cuando quienes han de velar por ellos ya no son funcionarios

públicos capacitados, en segundo lugar, si no resulta un dispendio considerable para el Estado, dinero que puede ahorrarse buscando otras alternativas para optimizar los recintos actuales.

Al respecto la pregunta de investigación apuntará a responder ¿Las prisiones privadas garantizan efectivamente los derechos esenciales reconocidos en el estamento normativo a los sujetos privados de libertad?

Así el objetivo general de la investigación consiste en analizar la eficacia de las prisiones privadas para asegurar el ejercicio de los derechos fundamentales de los sujetos privados de libertad

Mientras que los objetivos específicos consisten en; analizar los derechos reconocidos a los privados de libertad en los instrumentos de la comunidad jurídica internacional en materia fundamental; examinar la finalidad de la pena prevista en el orden jurídico nacional, caracterizar la noción de reducción y reinserción del reo; analizar el origen de la privatización de los centros penitenciario; identificar la ventajas y desventajas que ofrecen las prisiones privadas y analizar el régimen jurídico de los recintos penitenciarios privados.

Respecto del tipo de investigación, el presente trabajo emplea el método deductivo, se hace caracterización de los derechos humanos y especialmente del derecho de libertad que prevé el ámbito jurídico y se cotejan las previsiones de los instrumentos convencionales y la legislación nacional, por otra parte, el nivel de investigación es estrictamente teórico. Se estima como la estrategia metodológica adecuada para el desarrollo del trabajo final la cualitativa, por cuanto se busca, describir, profundizar y captar el sentido de las potestades fundamentales, examinando ambos regímenes normativos para determinar el sentido de la privación de libertad por medio de la comprensión analítica y la interpretación de los significados de las normas jurídicas que la regulan.

La técnica de recolección de datos empleada es la de observación de datos asentados en diversas fuentes doctrinales bibliográficas y hemerográficas y otras clases de documentos, por ejemplo, la legislación nacional e internacional, sobre las prisiones privadas. Igualmente se examinan las previsiones normativas que regulan la libertad, seguidamente se hace énfasis en las competencias atribuidas al Estado para resguardar los derechos de quienes se encuentran confinados. Con respecto a las estrategias de análisis, existen diversas técnicas cualitativas que resultaran útiles para el desarrollo de la investigación. En cuanto a la delimitación temporal del presente trabajo de investigación, inicia su análisis desde la sanción de la Constitución Nacional. En cuanto a los niveles de análisis, la investigación comprende el estudio de legislación, doctrina y jurisprudencia nacional e internacional

El presente trabajo de investigación se divide en cinco capítulos. En el capítulo primero se abordan los instrumentos internacionales que reconocen las potestades fundamentales de los sujetos privados de libertad y que comprometen al Estado a crear planes y programas orientados a su efectivo ejercicio. En el capítulo segundo se examina la finalidad de la pena, la evolución histórica de la pena de privación de libertad y los cambios de paradigma del régimen penitenciario. El capítulo tercero trata sobre el régimen penitenciario argentino abordando la ejecución penal su concepto general y los principios que rigen en la materia para luego explorar los principios de resocialización, judicialización de la ejecución penal y la inmediación de la ejecución de la pena y dentro del sistema penitenciario argentino la ley de ejecución de la pena abarcando los reglamentos carcelarios, el personal penitenciario y el poder disciplinario en las cárceles, por último la intervención del juez de ejecución penal y sus intervenciones.

En el capítulo cuarto se analizan las experiencias del derecho comparado para el funcionamiento y regulación de las prisiones privadas, se hace especial énfasis en la situación de Chile, México, Uruguay y España. En el Capítulo quinto se presentan las ventajas que traen consigo las prisiones privadas y los riesgos de este sistema para el resguardo de los derechos fundamentales. Finalmente se exponen las conclusiones finales.

Capítulo I: Marco jurídico internacional sobre derechos y garantías de las personas privadas de libertad

Introducción

La privación de la libertad implica la restricción del derecho a la libertad de una persona, con frecuencia se asocia al mero cumplimiento de una pena por la comisión de un delito, sin embargo, desde el punto de vista jurídico y de los derechos humanos, esta situación acarrea para el Estado obligaciones relativas al respeto a la vida y la integridad física y mental de los reclusos. Esto deriva de la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los reclusos frente a las instituciones penitenciarias y la facilidad con la cual los funcionarios públicos pueden extralimitarse en su acción y afectar a los privados de libertad.

Ha de aclarar que esta medida sancionatoria conlleva a la limitación de una libertad fundamental, pero, el sujeto en su condición de persona precisa del resguardo del resto de potestades esenciales ínsitas a la personalidad. En ese sentido, en el marco del Derecho Internacional se ha acordado una serie de normas dirigidas a proteger ciertas garantías y derechos de quienes que se encuentren privados de libertad. Por esta razón, instrumentos internacionales como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos establecen que “el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados”.¹

Atendiendo a estas consideraciones, la asistencia psicológica es un aspecto importante, pues una vez que la persona recupere su libertad debe sobrellevar su experiencia en presidio y el estigma de ser un ex presidiario, es por eso que:

Uno de los principales desafíos de las políticas de habilitación es el estigma que acompaña a quienes egresan del sistema penitenciario. La posibilidad de reinserción, tanto social como laboral, exige que la comunidad provea a los ofensores de las oportunidades necesarias. Ante esta situación, muchos países han optado por programas reparadores de daños en los que las personas involucradas (víctimas y victimarios) resuelven de qué manera sobreponerse a las consecuencias, tanto presentes como futuras, de los actos delictivos.²

En este contexto, el papel de los programas de reinserción de los reclusos también juega un importante papel, el crear conciencia sobre cómo generar oportunidades para estas personas, y ayudarles a encontrar un lugar en la sociedad es fundamental para el éxito de los programas.

¹ Artículo 10. 3 del Pacto Internacional de Derechos Civil y Políticos. Asamblea General de las Naciones Unidas, 16 de diciembre de 1966.

² Garcés G., Casal L. y Díaz C. Privación de libertad y reinserción social en Uruguay. Uruguay: CERES-CAF; 2017, p.9.

De este modo, el objetivo de la normativa internacional busca lograr una visión diferente sobre el sistema penitenciario.

1.1. Normas jurídicas supranacionales que regulan la situación de los privados de libertad.

Cuando se hace referencia al marco del derecho internacional aplicable a los privados de libertad, se alude a las normas de derechos humanos, por cuanto lo que se busca, es garantizar el respeto a la dignidad y valor como personas. La protección de las potestades esenciales se encuentra fundamentada en instrumentos internacionales reconocidos y ratificado por los distintos Estados que asumen el compromiso de crear pautas de acción en su derecho interno orientadas a lograr su efectividad.³

Sin embargo, dentro de derecho internacional existen normas que tienen carácter vinculante, y otras normas que por su naturaleza meramente orientadora, como son las reglas mínimas, declaraciones y principios. Por ello, cuando se quiere analizar el marco jurídico internacional sobre derechos y garantías de las personas privadas de su libertad, es conveniente dividir las normas según el carácter vinculante o no, que tengan esos instrumentos tal y como se presenta a continuación⁴.

1.2. Instrumentos con carácter vinculante

El término vinculante en el marco del derecho, refiere a que su cumplimiento es obligatorio y están referidos “desde un punto de vista estrictamente jurídico, los tratados formales que han sido ratificados por los Estados o a los que éstos se han adherido, así como el derecho internacional consuetudinario, tienen carácter vinculante”.⁵ Asimismo, tal como ha señalado la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, los principios del derecho internacional resultantes de prácticas consuetudinarias por parte de los Estados se han considerado obligatorias, independientemente de que no estén escritas⁶. En este grupo de instrumentos tenemos: los pactos y las diferentes convenciones firmadas en el seno de la Organización de las Naciones Unidas u otras organizaciones del bloque continental como la Organización de Estados Americanos, entre otros.

³ Galindo J. Contenido del derecho a la integridad personal. Revista Derecho del Estado. 2009; 22 (8): p. 36.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Los Derechos Humanos y las Prisiones. Manual de capacitación en Derechos Humanos para funcionarios de prisiones. Nueva York: Naciones Unidas. 2004; p.17.

⁶ Amnistía Internacional. Guía del Conjunto de principios de las Naciones Unidas para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. Gran Bretaña: Amnistía Internacional; 1989, p. 52.

1.2.1. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

En el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), la regulación de la medida de privación de libertad se encuentran en la tercera parte del instrumento, puntualmente en los artículo 6 al 27⁷, en los que se consagran el derecho a la vida como derecho fundamental y, en consecuencia, la limitación a las penas de muerte la cual sólo resulta procedente en los casos que las leyes formales así lo establezcan. Seguidamente, se garantiza la integridad física y la prohibición del trabajo forzoso, que debe entenderse según Galindo como la obligación que tiene el Estado de velar porque el privado de libertad no sea sometido a ninguna situación o acción que le ocasione daños físicos⁸.

En cuanto al trabajo forzoso es importante tener claro el concepto de esa figura, en ese sentido, y que es definido en el artículo 2.1 del Convenio 29 de la OIT que lo concibe como “todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente”.⁹ Partiendo de esta definición, es necesario evaluar entonces los casos en que los sistemas penitenciarios tengan previsto la realización de trabajo por parte de los reclusos, toda vez que hay que analizar si éstos requieren la anuencia o no del recluso.

Si se atiende a lo señalado por la Organización Internacional del Trabajo en su Conferencia de 1930 sobre el trabajo forzoso, expone que un aspecto determinante para calificarlo como tal es que deba realizarse aun en contra de la voluntad de la persona. Sin embargo, entendiendo que el trabajo es un aspecto fundamental para lograr mantener la sanidad mental y facilitar la reinserción efectiva a la sociedad, el Convenio Número 29 de la OIT del año 1930¹⁰, no incluye como trabajo forzado el realizado por los reclusos siempre que se realice bajo control y fines públicos.

Esta norma concuerda con lo establecido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹¹, en el que se excluye la voluntad del recluso, siempre que los trabajos sean establecidos mediante sentencia judicial como condición *sine qua non*. Por lo que respecto a las detenciones, el PIDCP establece que “sólo debe proceder por causas que la ley establezca

⁷ Artículos del 6 al 27 del Pacto Internacional de Derechos Civil y Políticos. Asamblea General de las Naciones Unidas, 16 de diciembre de 1966.

⁸ Amnistía Internacional, *op. cit.* p. 54

⁹ Organización Internacional del Trabajo. Trabajo forzoso, Manual para los inspectores del trabajo. Perú: OIT; 2014, p.16.

¹⁰ Convenio Número 29. Organización Internacional del Trabajo, 1930.

¹¹ Pacto Internacional de Derechos Civil y Políticos. Asamblea General de las Naciones Unidas, 16 de diciembre de 1966.

expresamente”¹², en sintonía con uno de los principios del derecho penal sobre la prohibición de normas en blanco, para evitar extralimitaciones por parte de los funcionarios del Estado.

Asimismo, el instrumento reitera como garantía fundamental cuando cualquier persona es detenida que la autoridad está obligada a informarle de forma inmediata sobre la acusación que pesa sobre ella. Adicionalmente, los detenidos deben ser presentados de forma perentoria en los tribunales, tener un proceso expedito y si ello no fuere posible, otorgarle libertad, aunque sea bajo la figura de libertad condicionada.

Por otra parte, y dependiendo de las circunstancias, el proceso de juzgamiento debe llevarse en libertad, siempre que se asegure la comparecencia del presunto responsable. En sintonía con el debido proceso, el PIDCP establece que todo detenido y sentenciado como culpable debe gozar de la garantía de la doble instancia, es decir, de interponer los recursos que establezca la ley cuando considere que se ha vulnerado alguna formalidad del proceso¹³.

Por otra parte, se establece que los detenidos en proceso de juzgamiento y aquellos que ya han sido condenados deben ubicarse en instalaciones separadas, estableciéndose la misma previsión entre los menores de edad y los adultos. El instrumento también establece la finalidad de readaptación que debe cumplir el régimen penitenciario, para preparar a los reclusos para su regreso a la sociedad¹⁴. Se establece de forma expresa derechos a los privados de libertad relativos a la protección de su dignidad humana y normas que tienen como finalidad la rehabilitación de los reclusos para lograr una efectiva reinserción en la sociedad¹⁵.

1.2.2. Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño

La Convención sobre los Derechos del Niño fue aprobada en Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, se trata del primer instrumento internacional que reconoce al niño como titular de derechos y obligaciones, es decir, y marca un hito pues lo reconoce como sujeto de derecho. Según la Convención “se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”¹⁶.

Este instrumento prohíbe que todas las personas menores de 18 años, que se encuentren en condición de detenidos, sean condenadas a la pena de muerte o a permanecer toda su vida

¹² *Ibidem*.

¹³ Garcés G., Casal L. y Díaz C. *op. cit.* p. 14.

¹⁴ Pacto Internacional de Derechos Civil y Políticos. Asamblea General de las Naciones Unidas, 16 de diciembre de 1966.

¹⁵ Garcés G., Casal L. y Díaz C. *op. cit.* p. 17.

¹⁶ Artículo 1 de la Convención de los Derechos del niño. Asamblea General de Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1989.

en prisión, y en los casos que se establezcan medidas de reclusión el sistema penitenciario debe garantizar que se encuentren separados de los adultos¹⁷. Adicional a ello, se le deben garantizar los demás derechos consagrados a todos los reclusos, relativos a ser informados de forma inmediata del hecho que se le imputa, a informar a sus familiares, recibir asistencia de abogados y ser presentado ante un Juez con competencia y que en el periplo procesal se respete su dignidad.

Por tratarse de casos especiales, el sistema penitenciario debe proveer de programas de orientación para los menores reclusos, por lo que el instrumento se insiste en la necesidad de sustituir las medidas de reclusión por otras menos gravosas como:

La libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.¹⁸

1.2.3. Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes

La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes es “un tratado internacional de derechos humanos el cual prohíbe tratos y conductas ignominiosas, que cercenen la dignidad humana, por lo que procura monitorear y responsabilizar a los gobiernos”.¹⁹ Cada uno de los países que ratificaron este instrumento internacional, asumieron el compromiso de crear mecanismos para monitorear, detectar y minimizar la ocurrencia de cualquier acción que atente contra la dignidad del ser humano.

Cabe señalar, que según el artículo 1 de la Convención, la tortura debe entenderse como “cualquier acción ejercida sobre el cuerpo o mente de la persona para generar dolor o sufrimiento, como medida de presión para lograr una determinada conducta y que sea ejercida por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones”²⁰. No obstante, este artículo no es totalmente claro, ya que en su parte *in fine* excluye de los tratos crueles a aquellos casos que

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Artículo 3 de la Convención de los Derechos del niño. Asamblea General de Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1989.

¹⁹ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, inhumanos o Degradantes. Asamblea General de Naciones Unidas, Ginebra, 1984.

²⁰ Artículo 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, inhumanos o Degradantes. Asamblea General de Naciones Unidas, Ginebra, 1984.

“los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”.²¹

Si la idea es limitar el accionar de los funcionarios públicos en su trato frente a los reclusos, es necesario crear una lista taxativa de las acciones que nunca podrían ser ejercidas sobre los privados de libertad, que deben acogerse en la legislación de cada país para resguardar las potestades fundamentales. Cada Estado debe tener presente que los reclusos se encuentran en una posición de vulnerabilidad frente a quienes ejercen la custodia sobre ellos, por lo que es necesario que las competencias de los funcionarios y acciones que pueden emprender sean bastante específicas.

En cuanto a los derechos de los privados de libertad de acuerdo al artículo 13 de la Convención²², los reclusos tienen el derecho de presentar quejas cuando hayan sido sometidos a cualquier forma de trato cruel y las instancias penitenciarias y de administración de justicia tienen la obligación de investigar los hechos denunciados. Por otra parte, se establece el derecho de la víctima de torturas a recibir una indemnización por parte del Estado. Finalmente, la prohibición de estas conductas crueles por parte del instrumento impide que desde el punto de vista procesal se considere válida la información que la víctima haya ofrecido durante los actos de tortura.

1.3. Instrumentos no vinculantes

En materia de derechos humanos no todos los instrumentos internacionales nacen bajo la forma de un tratado internacional, siendo ello un obstáculo para que sus normas sean de obligatorio acatamiento, entre estos instrumentos están las declaraciones, conjuntos de principios y las reglas mínimas que se han dictado para establecer marcos regulatorios en materia de derechos de los reclusos.

En todo caso, tal como ha señalado la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos según los principios morales y compromisos con el respeto a los derechos humanos que tengan, cada Estado decide su acatamiento de forma voluntaria. Entre los instrumentos internacionales que regulan los derechos de los privados de libertad se encuentra a Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, las Reglas Mínimas para el tratamiento de los Reclusos y sobre las medidas no privativas de la libertad,

²¹ *Ibidem*.

²² Artículo 13 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, inhumanos o Degradantes. Asamblea General de Naciones Unidas, Ginebra, 1984.

Reglas en casos especiales y el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.

1.3.1. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre²³ es el primer instrumento internacional creado en materia de derechos humanos en el bloque regional y fue aprobado en Bogotá en 1948, durante la IX Conferencia Internacional Americana. Aun cuando en este instrumento no se establece normas específicas de resguardo para los privados de libertad, pero sus preceptos son aplicables en virtud que han sido concebidos para todo ser humano, y por tanto los reclusos se encuentran dentro de su ámbito de protección²⁴.

En ese sentido, hay que señalar al derecho a la vida y a la integridad física, como derechos fundamentales y, por tanto, inherentes a esas personas por el hecho de su condición de seres humanos²⁵. Estos derechos implican la prohibición aplicar penas de muerte y de dar tratos crueles o cualquier otra acción que atente contra su dignidad. Igualmente, en esta esfera normativa se infiere que a los reclusos deben garantizársele el derecho a la salud, mediante la toma de acciones por parte del Estado y de las instituciones penitenciarias que los incluyan dentro de programas de salud efectivos.

Por otra parte, se consagra el derecho a obtener una alimentación con los requerimientos mínimos nutricionales. El derecho a la educación, siendo ésta el medio que tienen los reclusos para lograr una óptima reinserción a la sociedad. Como se observa, la declaración busca proteger tanto el aspecto físico como el emocional de los reclusos, para así garantizar que puedan mantener durante su reclusión una vida digna, al tiempo que se preparan para formar parte activa dentro de la estructura social²⁶.

1.3.2. Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos

Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos²⁷ son principios de carácter internacional que buscan establecer las mejores prácticas en el manejo de las instituciones de reclusión y de los privados de libertad para garantizar los derechos del recluso respecto su

²³ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Organización de los Estados Americanos, Bogotá, Colombia, 1948.

²⁴ Nikken P. La Declaración Universal y la Declaración Americana. La formación del moderno derecho internacional de los Derechos Humanos. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos; 1989, p. 63.

²⁵ *Ibídem*

²⁶ *Ibídem*.

²⁷ Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, Asamblea General de Naciones Unidas, 2015.

dignidad e integridad. Estas reglas, conocidas también como las Reglas Nelson Mandela fueron aprobadas en el año 2015 por la Asamblea General de las Naciones Unidas; no obstante, en criterio de Flores, Mayor y Rolón²⁸, sus antecedentes datan desde la Sociedad de las Naciones.

Según relatan los precitados autores, la Sociedad de las Naciones asumió unas reglas propuestas por la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria, la cual las presentó en el “Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, de 1955”.²⁹ Esta Reglas Mínimas reúnen una serie de principios para proteger los derechos humanos de toda persona que se encuentre sometida a alguna forma de privación de libertad. Su contenido se encuentra diseminado en 122 reglas que deben ser atendidas por cada país al momento de estructurar su sistema penitenciario.

Para entender mejor la estructura de estas Reglas Nelson Mandela se pueden organizar en grupos, un primero grupo que reúne a las pautas relativas al respeto a la dignidad humana y en consecuencia, la prohibición de la tortura y a la reinserción en la sociedad como finalidad primordial del proceso de reclusión³⁰. Con respecto a la reinserción a la sociedad, la Oficina de las Naciones contra la Droga y el Delito ha sido enfática al señalar que una de las estrategias para evitar que los reclusos reincidan una vez que se encuentren en libertad, es brindarle programas educativos y de formación para el trabajo.

En otras palabras, estas normas pretenden que se desarrollen programas de rehabilitación que persuadan y capaciten a los reclusos a una reinserción social respetuosa de las leyes, para ello se señala que:

La educación es la base de la que depende prácticamente todo cambio y desarrollo personal, la formación profesional y el trabajo son formas muy sencillas de lograr la participación de un gran número de reclusos en actividades constructivas, fomentar sus posibilidades de empleo tras su puesta en libertad y su capacidad para reintegrarse satisfactoriamente en la sociedad.³¹

Por otra parte, los sistemas penitenciarios son creados para hacer efectiva la medida de privación como pena por la comisión de un delito, sin embargo, deben mantener la normalidad de la vida en sociedad dentro de sus recintos, asegurando la eficacia del resto de los derechos

²⁸ Flores E., Mayor H., Rolón L. La crisis del sistema penitenciario paraguayo no es nueva. Paraguay: Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales; 2003, p. 38.

²⁹ Flores E., Mayor H., Rolón L. *op. cit.* p. 39.

³⁰ Flores E., Mayor H., Rolón L. *op. cit.* p. 45.

³¹ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Hoja de ruta para la elaboración de programas de rehabilitación en las cárceles. Viena: ONU; 2017: p 4.

fundamentales³². Esto es a lo que se refiere el principio de normalización que se señalan en las Reglas Mandela, el de llevar una vida laboral y educativa lo más parecida a la que se lleva cuando se está en libertad, pues ello coadyuvará a que el recluso mantenga su sanidad mental, autoconfianza e independencia.

El incumplimiento de esta premisa por parte de los sistemas penitenciarios, ha dado lugar que el proceso de rehabilitación no funcione y que la reclusión no alcance su finalidad fundamental. Por el contrario, los reclusos al terminar sus penas, siguen delinquiendo por no encontrar un lugar en la sociedad, tal como explica la Oficina de las Naciones contra la Droga y el Delito, el establecimiento de estos programas de capacitación tiende a dar respuesta a los diferentes estudios que dan cuenta de la relación que tienen la baja preparación de las personas para el trabajo con su incursión en el mundo de la delincuencia³³. Teniendo clara esta variable, los esfuerzos normativos se han enfocado en crear programas que se centren en dotar a los reclusos de competencias y herramientas para ser personas útiles dentro de la sociedad.

En el segundo grupo de reglas se reúnen todas aquellas que tienen relación con el sistema de salud en los centros de reclusión, dichas normas establecen que el sistema de salud debe cumplir con los mismos estándares del sistema público que se le brinda al resto de la población del país. En ese sentido, se entiende que el Estado es responsable de garantizar una asistencia con diferentes especialistas, llevar la historia médica de los reclusos la cual debe ser confidencial y garantizar la autonomía que los reclusos deben tener respecto al médico tratante.

Un tercer grupo de reglas, está relacionado con un sistema disciplinario que excluya expresamente sanciones referidas a la limitación al suministro de alimentos y agua, y que al mismo tiempo le brinde al recluso la posibilidad de presentar quejas o solicitudes a la administración penitenciaria³⁴. Finalmente, un cuarto grupo, tiene relación con que las instituciones penitenciarias garanticen que los reclusos puedan mantener contacto con el mundo exterior, incluyendo las visitas de amigos y familiares, por lo que se prevé que los sitios de reclusión deberían ser lo más cercano a su hogar.

1.3.3. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad

³² *Ibídem*

³³ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. *op. cit.* p. 7

³⁴ *Ibídem*

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad³⁵ conocidas también como las Reglas de Tokio, fueron aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1990, contienen una serie de normas que buscan minimizar la aplicación de las penas de privación de la libertad sustituyéndolas por otras menos gravosas, pero condicionadas al cumplimiento de ciertas obligaciones³⁶.

Estas normas buscan impulsar, un papel activo de las sociedades en lo relativo a la aplicación de la justicia penal, al tiempo que le dan importancia a la concientización de los reclusos a ser responsables en su relación con la sociedad. La forma como han de ser aplicadas estas reglas se encuentra expresadas dentro de los objetivos fundamentales en los siguientes términos:

1.3 Las Reglas se aplicarán teniendo en cuenta las condiciones políticas, económicas, sociales y culturales de cada país, así como los propósitos y objetivos de su sistema de justicia penal.

1.4 Al aplicar las Reglas, los Estados Miembros se esforzarán por alcanzar un equilibrio adecuado entre los derechos de los delincuentes, los derechos de las víctimas y el interés de la sociedad en la seguridad pública y la prevención del delito.³⁷

En este grupo de reglas se incluye la libertad condicional, beneficios procesales como el indulto, la suspensión de la sentencia, el régimen de presentación, el arresto domiciliario, la realización de actividades a favor de las comunidades también llamados servicio comunitario y el pago de multas. En suma, se trata de optar más por medidas sustitutivas que por la privación de la libertad, lo que requiere evidentemente del estudio y evaluación de cada caso particular³⁸.

1.3.4. Regulaciones de casos especiales

Paralelamente a las Reglas Mínimas aprobadas por la Organización de las Naciones Unidas, existen otros instrumentos dictados con la misma finalidad de brindar protección; es el caso de las regulaciones sobre casos especiales como el de los niños y jóvenes menores de 18 años sometidos a una pena de reclusión. Entre estas reglas se encuentran las Directrices de Beijing³⁹ y las relativas a los jóvenes que se encuentran reclusos en el sistema penitenciario,

³⁵ Reglas Mínimas de las Naciones Unidas Sobre las Medidas No Privativas de la Libertad. Asamblea General de Naciones Unidas, 1990.

³⁶ Amnistía Internacional. *op. cit.* p. 56

³⁷ Reglas Mínimas de las Naciones Unidas Sobre las Medidas No Privativas de la Libertad. Asamblea General de Naciones Unidas, 1990.

³⁸ Galindo, J. *op. cit.* p. 27.

³⁹ Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, 29 de noviembre de 1985.

que buscan insistir en el Interés Superior del Niño y resaltar la especial condición de vulnerabilidad que este grupo de personas tiene frente a la privación de su libertad.

Estas reglas buscan proteger el desarrollo del niño y jóvenes, en cuanto a su desarrollo emocional, por ello los Estados deben tomar medidas para que la reclusión sea la última opción y en lo posible se apliquen medidas sustitutivas. Tal como señala la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en los casos que los niños y jóvenes sean reclusos, deben estar en espacios separados de personas adultas, recibiendo programas educativos de acuerdo a su edad, así como orientación psicológica.

En otras palabras, se consideran que tienen un grado de responsabilidad más bajo que los adultos, dando a diferentes razones, es por ello que:

Las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) y las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad dejan bien claro que el elemento punitivo en la privación de libertad de los menores debe reducirse al mínimo posible, se aprovechará la oportunidad para dar a los menores las herramientas que necesitan para prosperar en la vida fuera de la institución y para remediar las deficiencias de su educación y su formación profesional.⁴⁰

Resulta necesario llevar estadísticas en el caso de jóvenes sometidos a medidas de privación de libertad, por cuanto esos datos podrían sugerir qué tan efectivo son los procesos de rehabilitación durante el tiempo de reclusión. Hay que tener presente que el sistema de reclusión debe tener una finalidad, y es la de rehabilitar a las personas para que puedan reinsertarse en la sociedad, si el régimen judicial reiteradamente falla y las personas vuelven a delinquir, se precisa de la reflexión y la acción por parte de los Estados para cumplir verdaderamente con sus fines⁴¹. Finalmente, además de preparar a los reclusos para su próxima inserción en la sociedad, se deben minimizar los problemas en los centros penitenciarios, al mantenerlos ocupados, además de ofrecer la posibilidad que generen sus propios ingresos.

1.3.5. Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión

Las personas privadas de libertad por el Estado constituyen, en cualquier sociedad, un grupo especialmente vulnerable puesto que están muy limitadas a la hora de ejercer y exigir el respeto de sus derechos. Esta premisa produjo que la Organización de las Naciones Unidas

⁴⁰ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *op. cit.* p. 186.

⁴¹ Galindo J., *op. cit.* p. 35.

reuniera en un solo documento, el contenido de diferentes instrumentos creados para proteger a los reclusos de abusos y malos tratos, además de buscar garantizar el derecho a la notificación pronta a sus familiares y a lograr asistencia de abogados⁴².

Los principios que se señalan en este conjunto, están pensados para todos los países, momentos y para que todos los gobiernos minimicen la posibilidad de abusos contra los reclusos. Estos principios abarcan desde el momento mismo de la detención de la persona, disponiendo qué debe hacerse según el procedimiento establecido por ley formal y por la autoridad facultada para ello, el deber de informar al detenido de sus derechos y de ser presentado prontamente ante un Juez.

Con el fin de garantizar su integridad física, los principios imponen la realización de un examen médico de forma inmediata a su detención para dejar constancia de su estado al momento de la detención, así como la elaboración de registros que los identifique completa y correctamente⁴³. Procesalmente se establece el derecho a recurrir cuando los procesos de detención hayan sido arbitrarios o cuando reciban malos tratos, igualmente ratifica el derecho a presentar pruebas en los procesos. Como forma de evitar malos tratos, se incluye la obligación de inspección a los centros de reclusión, así como la limitación a las medidas de aislamiento que puedan vulnerar el derecho a mantener contacto con sus familiares y amigos.

⁴² Garcés G., Casal L. y Díaz C. *op. cit.* p. 21.

⁴³ *Ibídem.*

Capítulo II: Finalidad y regulación jurídica de la pena

Introducción

En la historia del derecho penal han existido diversos pensamientos para aplicar las penas por incumplimientos de la ley, que determinan el tipo de centros de reclusión que se crearan en un Estado. En primer lugar, las teorías absolutas, las cuales exponen que la existencia de la cárcel es simplemente por castigo para hacer valer la justicia, y terminan creando reclusos que se sienten resentidos con la sociedad. En segundo lugar, las teorías relativas de la pena, las cuales tienen un objetivo más humanista, por el cual ven la cárcel como un lugar de reformatión para los individuos.

Cabe destacar, que las teorías relativas de la pena son las que más han triunfado en la legislación internacional acerca de las cárceles, debido a la humanización en la historia de los individuos infractores de la ley. Por consiguiente, la cárcel deja de considerarse un simple lugar de castigo, para pasar a ser un lugar con un potencial reformador, que busca ofrecerles todas las herramientas que necesitan los individuos privados de libertad para una completa reintegración social. Considerando que, para poder lograr este ideal resocializador, se deberá contar con la infraestructura e inversión necesaria, ya que de lo contrario puede terminar siendo incompleto.

En cuanto al ideal resocializador, se dice que este se fundamenta en los derechos humanos de las personas, por esto se espera que realizando diversas actividades los sujetos dentro del sistema penitenciario logren reformarse. En primer lugar, se encuentra el trabajo en prisión, el cual se considera importante para que dediquen su tiempo en actividades productivas, para luego poder integrarse a un empleo al salir de la cárcel, pero este trabajo debe ser debidamente remunerado y no debe centrarse en el beneficio económico. En segundo lugar, se destaca el derecho a la educación en prisión, el cual es importante ya que una buena cantidad de individuos privados de libertad les hace falta completar algún nivel académico, se procura que logren ingresar al mercado laboral. Finalmente, los centros penitenciarios deben cumplir con algunas medidas sanitarias, para así evitar una proliferación de enfermedades.

Sin embargo, este ideal resocializador con actividades destinadas a la reformatión, aunque se encuentre plasmado en la legislación de la República Argentina, en la práctica no se llega a cumplir para la totalidad de los individuos privados de libertad, lo que lleva a que puedan sentirse resentidos. En vista de que, se ha experimentado un aumento de la cantidad de personas en prisión y no se han realizado las inversiones necesarias en infraestructura, por esto el ideal resocializador sólo se cumple en algunos casos. Además, los individuos privados de libertad

cuentan con otros problemas al salir de la cárcel como la discriminación laboral, la cual puede llevarlos a aumentar sus posibilidades de volver a cometer crímenes.

2.1 La finalidad de la pena

Uno de los primeros y fundamentales objetos de estudio del derecho penal son los objetivos de la aplicación de la pena sobre un individuo, puesto que, las sanciones penales son la gran representación del poder correccional, con el cual cuentan todos los países del mundo para imponer un orden social.⁴⁴ De la misma manera, existen diferentes interpretaciones sobre las finalidades que esperan una sanción penal, por estas diferencias se han desarrollado diferentes teorías sobre la pena.

En cuanto a, las teorías que buscan conceptualizar la finalidad de la pena, se dice que esta finalidad dependiendo de la interpretación se divide en dos teorías fundamentales; en primer lugar, se encuentran las teorías absolutas de la pena, esta teoría define que la pena es una finalidad en sí misma. En segundo lugar, se encuentran las teorías relativas de la pena, definen que la pena es una necesidad social, ya que sin esta se pierde el orden del Estado.

Las teorías absolutas de la pena sostienen que la pena tiene la misión trascendental de realizar el valor Justicia. Por lo tanto, no se encuentran informadas por criterios de utilidad social. Este punto de partida es asumido por las llamadas teorías retributivas de la pena que la definen como retribución por una lesión culpable. En su versión subjetivo-idealista, Kant sostiene que la ley penal es un imperativo categórico que impone la razón del sujeto individual sin atender a consideraciones de carácter utilitarista.⁴⁵

En síntesis, se puede decir que las teorías absolutas de la pena, explican que la pena tiene un objetivo principal de impartir justicia. Por esta razón, estas teorías solo se centran en el individuo y los actos realizados, por ello no se suele tomar en cuenta algunos factores sociales, que podrían estar influyendo en el caso. Además, puede decirse que, bajo este concepto, la pena se define como una forma de retribución por el acto realizado, de esta forma se considera que el sujeto culpable puede redimirse. De la misma manera, Kant explica que la ley penal se centra en los individuos sin tomar en cuenta factores utilitaristas.

Cabe destacar, que uno de los ejemplos más utilizados, para describir cómo se emplea este principio de la pena, es el descrito por el profesor Königsberg, si una persona fue penada por asesinar a una persona, sería justo que muriese de la misma manera, pero este criterio no

⁴⁴ Cordini, N. La finalidad de la pena según Kant, ¿puramente retributiva? Argentina: Universidad Nacional del Litoral; 2014, p. 672

⁴⁵ García Caverro, P. Acerca de la función de la pena. Lima: Universidad de Piura; 2012, p. 22.

parece armónico con los compromisos internacionales de resguardo a las potestades fundamentales.

Por lo que se refiere al concepto de retribución, estas teorías explican que esto se basa en cuatro principios fundamentales que delimitan este concepto.⁴⁶ En primer lugar, se define que solo los responsables de un delito deben recibir una pena. En segundo lugar, se habla de que la pena aplicada debe servir como una retribución por el crimen que haya cometido. En tercer lugar, se explica que la gravedad de la pena irá en función de la gravedad del delito, ya que se considera lo justo que un crimen grave reciba una pena grave y un delito leve reciba una pena leve. Finalmente, se habla de que los grados de las penas deben ser equivalentes al grado del crimen, de manera que, si se realizan dos crímenes graves distintos, deberán recibir de manera similar penas graves para cada uno.

Sin embargo, en el derecho penal de la actualidad, existen muchas opiniones comunes en rechazar algunos principios de la pena absolutista, tan solo se toman en cuenta un par de conceptos, en vista de que, la pena pierde su funcionalidad, al no tomar en cuenta los factores sociales en los que se haya cometido el delito. Puesto que, no se podría imaginar un Estado de derecho ideal, sin el factor de la sociedad, ya que las necesidades sociales fueron las que originaron las bases del derecho. No obstante, estas teorías si suelen utilizarse para la determinación de culpabilidad y la necesidad de la pena, más no es de gran utilidad explicando el modo de aplicarlas o cuando es el momento indicado.

La comprensión del Derecho penal como fenómeno social nos lleva necesariamente a las teorías relativas de la pena, es decir, a aquellas teorías que entienden que la pena debe cumplir necesariamente una función social. El consenso doctrinal llega, sin embargo, sólo hasta este punto, comenzando a romperse cuando se tiene que determinar cuál es esta función social. Si bien se suele reducir las teorías relativas a las que procuran fines de prevención, lo cierto es que cabe también otra orientación: las teorías de la reparación o reestabilización.⁴⁷

En resumen, se entiende que las teorías relativas de la pena, nacen a partir de tomar en cuenta los factores sociales que influyen en el derecho penal, de este modo, estas teorías en su finalidad buscan que la aplicación de alguna pena contribuya en la sociedad. Igualmente, las finalidades sociales de la pena pueden variar por eso pueden dividirse entre fines de prevención y fines de reparación o reestabilización.

⁴⁶ Cordini, N. *op. cit.* p. 672.

⁴⁷ García Caverro, P. *op. cit.* p. 23

En relación con las teorías de prevención, estas buscan que la pena logre evitar ciertas conductas en los individuos, por esta razón, se explica que la pena es una motivación para los ciudadanos de una Nación, para no lesionar o destruir bienes jurídicos protegidos por la ley. De este modo, la pena logra influir de manera social sobre todos los individuos, motivándolos a no cometer estos delitos. Por otra parte, se puede decir que esta influencia puede recaer sobre los ciudadanos en general o sólo sobre los que han perpetrado un delito, tomando en cuenta estas dos posibilidades se destacan dos formas de prevención, la prevención general y la prevención especial.

En relación con la prevención general, esta se define como la motivación que ejerce el derecho sobre todos los ciudadanos, esta se divide en dos formas de prevención general. En primer lugar, se encuentra la prevención general negativa, la cual sucede cuando se toma un papel intimidatorio sobre los individuos, para que de esta manera cumplan con las leyes, ya que de lo contrario tendrá consecuencias. En segundo lugar, se encuentra la prevención general positiva, en este el papel motivador sobre los ciudadanos se ejerce de manera diferente, al promover la protección de bienes jurídicos junto con la protección de valores éticos y morales en la sociedad.

La llamada teoría de la prevención especial parte también de la idea del efecto motivatorio de la pena, pero entiende que este efecto no se dirige a la colectividad, sino al delincuente. En este sentido, no sería una teoría de la norma penal, sino una teoría de la ejecución de la pena. La comprensión de la pena como prevención especial estuvo contenida en el proyecto político-criminal de von Liszt, contando con un amplio desarrollo por parte del positivismo italiano. Según esta teoría, la pena debe intimidar al delincuente para que no vuelva a cometer hechos delictivos.⁴⁸

En pocas palabras, la teoría de la prevención especial, está especializada en generar efectos sobre las personas que ya hayan cometido delitos, por esta razón, no es una teoría de la normativa penal, sino que es un concepto que ocurre mientras se está ejecutando la pena. Asimismo, se dice que la finalidad de esta teoría es lograr intimidar o persuadir al delincuente, para que este sujeto evite realizar las mismas conductas indeseadas en la sociedad. Del mismo modo, se recalca que la pena debe lograr esa intimidación sobre el delincuente, para asegurarse que en su regreso a la sociedad no vuelva a reincidir en su conducta típica.

No obstante, existe la posibilidad de que la pena aplicada, no haya sido lo suficientemente intimidante sobre el individuo que cometió el delito. De modo que, se establece

⁴⁸ García Caverro, P. *op. cit.* p. 26

que la pena debe ser el instrumento correctivo para este individuo al que no es posible intimidarlo, para asegurarse que no vulnere el derecho de otros al cumplir su pena. Incluso es posible que la pena no logre realizar esta función correctiva, en tal caso se recomienda tomar medidas para asegurar su eliminación como un peligro a futuro.

Habría que decir también, que las críticas realizadas a ambas teorías sobre la prevención, han desembocado en una teoría de la unión que tiene una perspectiva más amplia para emplear la pena, ya que toma en cuenta ambas posturas lo que disminuye los riesgos de excesos al tomar solo una de ellas. De este modo, logra emplear la teoría de la retribución y los conceptos preventivos, alcanzando mejores resultados.

2.1.1 la resocialización del individuo

En el principio del nacimiento de las naciones y sus leyes, las cárceles sólo representaban un espacio de castigo para los crímenes, entendiéndose solo la función retributiva de la pena. Sin embargo, con el avance de las sociedades en diferentes aspectos, se cambió la idea que se tenía del derecho penal, adoptando una forma más humanizada del mismo. Por esta razón, las naciones democráticas velan por los derechos humanos de los individuos que se encuentran privados de libertad. De este modo, se logra un gran cambio ya que la cárcel deja de ser el simple espacio de castigo, a ser un lugar de rehabilitación, que ayude a estos individuos a reintegrarse a la sociedad cuando cumplan con su condena.

Habría que decir también, que esta humanización de los individuos privados de libertad, nació en parte por los pactos internacionales alcanzados después de la segunda guerra mundial. Por lo cual, se considera que, si el individuo privado de libertad conserva sus derechos humanos, las actividades que ayuden a su formación o socialización, son muy necesarias para contribuir a su desarrollo personal.⁴⁹ Tomando en cuenta que, se considera necesaria esta resocialización, para asegurarse de que el individuo al cumplir su condena no siga dañando a la sociedad con esos actos indeseados, que terminan causando daños.

En cuanto a la importancia del trabajo, se puede decir que “El trabajo corrige la moral del preso, el trabajo lo prepara para su vida en libertad, le da un sentido a su existencia y principalmente lo disciplina para incorporarse a un mercado de trabajo”.⁵⁰ De ahí que, el trabajo se considera uno de los pilares fundamentales de la resocialización del individuo privado de

⁴⁹ Viñas, E. Resocialización de condenados: política de Estado y participación de la sociedad. Buenos Aires: Thomson Reuters; 2015, p. 16

⁵⁰ Mouzo, K. Actualidad del discurso resocializador en Argentina. Argentina: Universidad de Buenos Aires; 2014, p. 181.

libertad, ayudándole a mejorar su moral como persona y obteniendo un sentido. Igualmente, esto le otorga al detenido conocimientos para realizar trabajos y así, pueda desempeñarse en algún área de trabajo, obteniendo una vida normal libre de vagancia y ocio.

En este orden de ideas, al humanizar el derecho penal se cambia el concepto que se tenía en el pasado, acerca del individuo privado de libertad. Puesto que, estos individuos pasan de ser simples enemigos del orden social, a posibles víctimas del sistema a las cuales las circunstancias pudieron influirlos en cometer esos actos. Por esta razón, la educación y enseñanza de oficios son tan importantes, porque buscan nutrir al individuo de algunos valores morales que quizás le hicieron falta cuando rompió con el orden social.

Habría que decir también, que la resocialización puede dividirse en dos formas, dependiendo del enfoque que se tome a la hora de realizarla. En primer lugar, se encuentra la resocialización para la moralidad, la cual busca insertar los valores que dominan a la sociedad a la cual se busca resocializar al individuo. En segundo lugar, se encuentra la resocialización para la legalidad, en el cual se busca reformar al individuo, informándolo del valor que tiene la ley en la sociedad, para que ejecute sus comportamientos dentro de la ley.⁵¹

Sin embargo, los esfuerzos de resocialización no son efectivos en todos los individuos privados de libertad, ya que algunos sencillamente no tomaran en cuenta este apoyo. Por esta razón, el Servicio Penitenciario Federal de Argentina, suele enfocarse en la población privada de libertad, que se encuentre entre los 18 y 21 años de edad. Puesto que, son la población más joven y son los que más pueden estar pensando en su futuro, ya que los individuos privados de libertad de mayor edad, pueden no ser sujetos corregibles.

A partir de un conjunto de terapias de matriz conductista se busca modelar la conducta de los jóvenes a partir de la internalización de ciertas pautas de convivencia que se supone colaboran en mejorar la “calidad de vida” de quienes las aceptan. Pero insistimos en el punto en que no se trata de una imposición, el sujeto debe desear y comprometer su voluntad en esa transformación. Asimismo, se enfatiza la búsqueda de responsabilidad del paciente por sus actos, éste es un elemento central de estas técnicas, así como también, sobre todo en el caso del *counseling*, se pretende entre el profesional a cargo de la terapia y el paciente una relación de supuesta simetría.⁵²

En pocas palabras, esta resocialización se busca a través de teorías conductistas, para que a través de ciertos estímulos, los jóvenes privados de libertad comprendan la importancia

⁵¹ Viñas, E. *op. cit.* p. 19

⁵² Mouzo, K. *op. cit.* p. 184

de las normas de la sociedad. Por otro lado, esto no es una simple imposición, ya que los individuos privados de libertad cuentan con su propio pensamiento y deben llegar a la conclusión que todas estas modificaciones de conducta les resultarán positivas. Puesto que, los individuos tienen toda la responsabilidad por sus actos y si estos no tienen el deseo de hacer este cambio personal, por más esfuerzos que se hagan no se logrará mucho.

Todavía cabe señalar que, las posturas a favor de las políticas de resocialización de los individuos privados de libertad, suelen contraponerse a las ideologías liberales. Puesto que, las personas a favor de las políticas de resocialización, consideran que las políticas neoliberales son las que llevan a que sucedan ciertos crímenes. Por otro lado, las personas con ideologías liberales, consideran que las políticas de resocialización, son un mecanismo del Estado, con el cual se puede influir en la forma de pensar de esos individuos, atentando de esa forma al derecho del libre pensamiento. Por consiguiente, se puede denotar que estas son 2 posturas con diferencias irreconciliables.

2.2 La pena de prisión en la Constitución Nacional

El derecho penal es una de las ramas jurídicas que, se encuentran más íntimamente relacionadas con la Constitución Nacional, puesto que, el derecho penal busca fomentar e inculcar los valores constitucionales que mantienen un orden en la sociedad. Por consiguiente, la Constitución siempre juega un papel importante al momento de imponer y ejecutar penas, sobre los individuos que hayan incumplido con sus deberes con la Nación.

De este modo, se puede decir que el derecho constitucional, es la mayor expresión del Estado de derecho, asimismo, se puede destacar que, en los Estados el Poder Legislativo es el que se encarga de la creación normativa, sin embargo, son los jueces los verdaderos protagonistas del Estado de derecho, ya que ellos son los que deciden cómo interpretarlos en cada caso y tomar la decisión que consideren más acertada.⁵³

Habría que decir también, que para que se cumpla este Estado de derecho, se deberán respetar los derechos que conservan los individuos, por un lado, en el caso de los privados de libertad, es necesario que, el tiempo que se le haya penado se cumpla en su totalidad y no se exceda del sentenciado. Puesto que, el incumplir con el tiempo estipulado, puede considerarse como un irrespeto a sus derechos humanos.

Cabe destacar, que en las constituciones actuales, se toman algunos conceptos de corrientes distintas en primer lugar, la tradición norteamericana que considera que la

⁵³ Crespo, E. Constitución y sanción penal. Buenos Aires: Thomson Reuters; 2015. p. 12.

Constitución, es el árbitro que se encargará de dirigir el ámbito político y social. En segundo lugar, se encuentra la tradición proveniente de la Revolución Francesa, que considera que la Constitución es el resultado de un programa político. Se debe destacar que, de este debate, los Estados no deben decantarse por alguna teoría en específico, ya que la teoría del derecho debe conservar cierta ambigüedad.

Por otro lado, la finalidad del derecho penal dentro del marco constitucional, debe buscar no solo la prevención de delitos futuros, sino proteger a los individuos privados de libertad del mismo derecho penal. De modo que, deben limitarse la posibilidad de acciones que puede tomar el Estado sobre el infractor de la ley, para evitar posibles abusos que pueden afectar los intentos de resocialización. Asimismo, se ha considerado que "el Derecho penal es la rama del ordenamiento más irracional, violenta y autoritaria".⁵⁴ En vista de que, el derecho penal puede resultar en un arma de doble filo, si no se logra limitar sus capacidades.

2.2.1 Las cárceles en la Constitución Nacional

La transición del modelo de producción feudal al modelo de producción capitalista, trajo consigo unas reformas muy grandes en la sociedad, existían personas a las cuales les era difícil adaptarse al nuevo sistema, principalmente esto sucedía en los individuos de clases más bajas que eran más propensas a terminar siendo inadaptados sociales. Por esta razón, fue necesaria la creación de la cárcel, para reformar a la clase trabajadora, lo cual fue un avance en la humanización de las penas ya que dejaron de ser castigos físicos a la privación de la libertad. Es nuestra responsabilidad construir los cimientos de un paradigma penitenciario que convierta a los establecimientos carcelarios en lo que establece la Constitución Nacional en el sentido de que no pueden ser lugares de castigo, si no de recuperación y de resocialización.⁵⁵

En síntesis, la Constitución Nacional establece como objetivo principal que las cárceles no deben ser lugares de simple castigo. Al contrario, se busca que sean centros de recuperación, para que los individuos con estas conductas que van en contra de la sociedad, sean corregidos para su posterior reincorporación a la sociedad bajo el ideal resocializador. Por esta razón, las cárceles deben cumplir con algunas condiciones arquitectónicas, para poder ser un lugar ideal para llevar a cabo las actividades reformadoras.

⁵⁴ Donini, M. Principios constitucionales y sistema penal. Modelo y programa. Chile: Universidad de Talca; 2010. p. 37.

⁵⁵ Carnevale, C. Reinserción laboral y antecedentes penales en la Argentina: una reforma pendiente. Buenos Aires: Thomson Reuters; 2017. p. 14.

En cuanto a la importancia de las condiciones arquitectónicas, esta se debe a que el centro penitenciario es el lugar donde el individuo privado de libertad pasará gran parte del tiempo de la condena. Contar con unas instalaciones adecuadas y que den abasto a la cantidad de reclusos, les ayuda a ejercer sus derechos dentro de la cárcel. En relación con el tamaño de las cárceles, se recomienda construir cárceles pequeñas, con capacidad para albergar un mínimo de 250 reclusos y un máximo de 1000 reclusos.⁵⁶ Igualmente, se menciona que el número de reclusos en una cárcel de este estilo, debería rondar los 500 reclusos, lo cual representa la mitad de su capacidad máxima, dado que es necesario contar con espacio extra para recibir a más reclusos si fuese necesario.

Habría que decir también, que factores como la caída de la economía, que disminuyen las posibilidades de acceso al empleo puede aumentar el número de delitos que ocurran. Por consiguiente, se considera necesario que las estructuras que se vayan a realizar, para utilizar como centros penitenciarios sean extensas, para que pueda cubrir la creciente demanda de centros penitenciarios en los próximos 15 a 25 años. Asimismo, una buena organización para la creación de centros penitenciarios que buscarán cubrir la demanda, disminuye los riesgos físicos y psicológicos de los individuos privados de libertad.

Al mismo tiempo, es importante determinar cuál es el lugar más adecuado para la creación de un centro penitenciario, ya que algunas zonas hacen más fácil su construcción y mantenimiento. Del mismo modo, se tomarán en cuenta los factores físicos, químicos y naturales que afecten a la zona donde se encuentre. Por otra parte, es recomendable que el sitio escogido debe ser a campo abierto y estando lo más distante posible de las comunidades.

2.3 Los derechos de las personas privadas de la libertad

2.3.1. La humanización de los presos

En la antigüedad antes de la creación de las cárceles, los individuos que tenían ciertas conductas que iban en contra de la vida en sociedad, no eran encerrados, los castigos que eran utilizados eran solo castigos físicos, los más conocidos son la lapidación, crucifixión, mutilación, trabajos forzados, entre otro, castigos de los cuales aún son utilizados en algunos países del mundo. Posteriormente, las penas sobre estos individuos fueron cambiadas a las penas de privación de libertad, por lo cual, se considera que la creación de la cárcel es en sí una humanización de las penas.

⁵⁶ Martínez, M. La Arquitectura Carcelaria. Buenos Aires: Doctrina. 2016; 48(12): p. 334.

En un principio la prisión solo se consideraba un lugar para encerrar a los criminales, todo bajo la teoría de la pena absoluta, sin embargo, con las teorías de la pena relativa, consideraban al sujeto privado de libertad como otro ser humano. Por lo cual, este individuo privado de libertad debería seguir gozando de los derechos humanos básicos. Por esta razón, en la actualidad se tiene la imagen de que la prisión debe ser un lugar de corrección.

En la Edad Media, el encierro se caracterizaba como una medida preventiva, hasta tanto se ejecutaran los castigos aberrantes e inhumanos a los que se sometían a enfermos mentales, delincuentes de todo tipo, prostitutas, mendigos, ancianos y hasta niños.- Así, aguardaban su pena amontonados en calabozos subterráneos y muchas veces en lugares que no estaban previstos para tal fin.⁵⁷

En resumen, se observa que las primeras prisiones de la Edad Media, sólo eran estructuras usadas como medidas preventivas del delito, buscando solo tener un lugar donde encerrar a los antisociales por un tiempo, en lo que se le asignaba algún castigo. Estos castigos eran completamente inhumanos, en la actualidad son impensables para aplicar, pues se cometía una amplia violación a derechos humanos y las instalaciones no cumplían con ningún tipo de medidas sanitarias mínimas, lo que podía proliferar en distintas enfermedades sobre los reclusos.

Por otro lado, el primer centro penitenciario que implementó la medida de trabajo para los individuos privados en libertad, se encontraba en Londres denominando a los espacios destinados para estos como “casas de trabajo”. Posteriormente, otras ciudades europeas fueron siguiendo el ejemplo, aunque este trabajo no tenía una finalidad reformadora de la conducta, por esta razón, aunque el trabajo ayuda a la reformación del individuo, era inútil si esto no era planteado con una estrategia de reformación de la conducta.

Los Estados con mayor poder económico y social, empezaron a implementar más abiertamente las medidas del trabajo para los presos, no obstante, tomaron estas medidas viendo que los individuos privados de libertad, les servirían como mano de obra gratuita, esto dirigió a conductas de explotación en todo tipo de trabajos forzados. El único Estado europeo avanzado a su tiempo en esta materia fue Suiza, que en el siglo XVII estableció el trabajo para los presos como una medida que les resultara útil, no pensaban en explotarlos ni en conseguir mano de obra barata.⁵⁸

⁵⁷ Miquelarena, M. Las cárceles y sus orígenes. Buenos Aires: Thomson Reuters; 2012, p. 7

⁵⁸ García Valdés, C. Estudios de Derecho penitenciario. España: Ed. Tecnos S.A.; 1982. p. 36

En cuanto a América, la figura de William Penn defendía una renovación del sistema de castigo por haber cometido delitos, el sistema de Penn se llamó sistema celular el cual era totalmente distinto al sistema europeo. De este modo, Penn no creía que el castigo corporal fuese la solución para la eliminación de conductas negativas dentro de la sociedad y defendió que la pena de muerte solo debería ser aplicada a asesinos premeditados. Igualmente, estableció la creación de correccionales e instituyó penas de privación de libertad para ciertos delitos.

Dicho lo anterior, se considera que este tipo de encarcelamiento fue un gran avance en los derechos de los individuos que habían cometido algún delito, considerando que, el individuo culpable de un delito deja de ser un simple problema a erradicar, para pasar a ser personas como siempre lo han sido. Cabe destacar, que este sistema penitenciario tenía dos objetivos a conseguir; en primer lugar, se buscaba evitar que los individuos privados de libertad se corrompieran entre ellos, por ello decidieron evitar el contacto entre reclusos. En segundo lugar, se buscaba que alcanzaran a través de la meditación, el arrepentimiento de sus actos, sin embargo, eliminar el contacto social terminó haciendo individuos más resentidos que no sabían relacionarse, por esto el sistema no fue el éxito que se esperaba.⁵⁹

Posteriormente, surgió el sistema mixto de Auburn para tratar de resolver los problemas del sistema penitenciario de Penn, este sistema intentaba mantener el ideal de la incomunicación de las cárceles, pero con una organización del trabajo y enseñanza más adecuados. Por esta razón, se establecía que las tareas resocializadoras se efectuarían en el día para todos los reclusos, con la condición de mantener un silencio en las salas. Sin embargo, intentar frenar la conversación entre presos es una tarea bastante complicada, por ello en la mayoría de los casos no funcionó.

En relación con el surgimiento del derecho penitenciario, se dice que este nació en 1777 gracias a John Howard, el cual criticó la situación de las prisiones europeas, defendiendo que los centros penitenciarios deben cumplir con algunos requisitos mínimos. En primer lugar, se destaca que se necesita una adecuada higiene dentro de las cárceles, para así poder evitar el desarrollo de enfermedades dentro del centro penitenciario. En segundo lugar, defendía que los individuos privados de libertad con delitos mayores deberían estar separados de los que tenían delitos menores, por temas de seguridad. En tercer lugar, se debe fomentar el trabajo dentro de los reclusos como medida resocializadora. Finalmente, considera rescatable del sistema celular, el aislamiento de una celda del condenado, para evitar promiscuidad y corrupción moral.

⁵⁹ Miquelarena, M. *op. cit.* p. 4

Cabe destacar, que García Valdés⁶⁰ expresa que la finalidad de Howard, era crear un derecho penal que fuese más humanizado, defendiendo los derechos básicos de los individuos privados de libertad. Por esta razón, de buscar centros penitenciarios más humanizados considera al trabajo como de vital importancia, ya que este otorga a los individuos un propósito y los mantiene ocupados. Además, se busca que el centro penitenciario utilice todas las herramientas que tenga a la mano, para poder realizar actividades resocializadoras.

Acerca de los avances estadounidenses, en el siglo XVIII se desarrolló un nuevo modelo penitenciario, que se basaba en el sistema celular, en el cual el recluso debía pasar día y noche en completo aislamiento excluyendo el trabajo. De este modo, los individuos privados de libertad, debían pasar todo el día encerrados en una celda, evitando además todo tipo de actividades que les impidiera meditar. Por otro lado, el avance de Estados Unidos en materia penitenciaria, llamó mucho la atención en Europa, por esta razón, países como Francia enviaron individuos para evaluar el régimen penitenciario, adoptando las medidas que terminaron utilizando en el resto de Europa.

El sistema progresivo inglés de 1853 se basaba en la idea de restablecer gradualmente el equilibrio moral del interno, con la finalidad de reinsertarlo a la sociedad civil. Para ello establecía un programa con los siguientes períodos: 1º.- prisión celular rigurosa durante nueve meses; 2º.- trabajo en común en cuatro secciones progresivas (sistema de marcas); 3º.- libertad condicional con posibilidad de revocación.⁶¹

En síntesis, el sistema progresivo era un nuevo régimen penitenciario que buscaba restaurar la moral de los individuos privados de libertad, para que posteriormente tuvieran una excelente reintegración a la sociedad, este sistema se dividía en tres períodos. En primer lugar, la sentencia de prisión celular de manera rigurosa por nueve meses en los cuales el preso tendría tiempo suficiente para arrepentirse de sus culpas, a través de la meditación. En segundo lugar, el establecimiento del trabajo común, que irá dividido en cuatro secciones en las que va avanzando el recluso. Finalmente, la posibilidad de salir del centro penitenciario y tener un estatus de libertad condicional, si al salir del centro penitenciario el individuo vuelve a tener conductas inapropiadas en sociedad, terminará volviendo a la cárcel.

Luego, llegado el siglo XX se hicieron grandes avances en la humanización de las cárceles, estos avances fueron realizados después de las dos guerras mundiales, a través de las organizaciones internacionales creadas. De este modo, luego de distintas reuniones

⁶⁰ García Valdés, C. *op. cit.* p. 28.

⁶¹ Miquelarena, M. *op. cit.* p. 11.

internacionales, se terminaron obteniendo acuerdos que fomentan los principios de resocialización. Por consiguiente, estos acuerdos internacionales mejoraron la situación penitenciaria en muchos países.

Sin embargo, a finales del siglo XX muchos de los avances que se habían conseguido sobre los centros penitenciarios se han ido perdiendo. En vista de que, muchos países han experimentado distintas crisis económicas, las cuales han llevado a estos países a buscar disminuir su gasto público y lamentablemente con esto la inversión en centros penitenciarios. Por esta razón, países como Estados Unidos y Francia, crearon las cárceles privadas, las cuales están centradas en la producción económica por encima del valor reformador del trabajo.

En relación con Argentina, el Estado ha buscado reformas en la constitución que fomenten la resocialización en las cárceles como describen los acuerdos internacionales firmados. Sin embargo, el cumplimiento de los derechos humanos se ha visto disminuidos en distintos centros carcelarios de la Nación. A causa de, distintos factores que han hecho que los presos se encuentren en condiciones inhumanas, uno de los más lamentables casos es el robo de sus pertenencias realizado por miembros del centro penitenciario.

2.3.2. El trabajo en prisión y la inserción laboral

El trabajo en prisión es el resultado de reformas penitenciarias, dentro del marco del ideal resocializador, que ayuda a los privados de libertad a gastar su tiempo en actividades productivas y crearles hábitos de trabajo. Asimismo, este considera de vital importancia dentro de la vida de los privados de libertad, ya que les ayuda a desarrollarse en un oficio y trabajar en su desarrollo personal. Además, les ayuda a relacionarse en una comunidad, lo cual será muy importante cuando salgan en libertad y deban buscar empleo.

Desde el ámbito legislativo el artículo 108 de la Ley de Ejecución penal Nacional N° 24660 establece en forma expresa que el trabajo de los internos no se organizará exclusivamente en función del rendimiento económico individual o del conjunto de la actividad, sino que debe tener como finalidad primordial la generación de hábitos laborales, capacitación, creatividad.⁶²

En resumen, el artículo especifica que el trabajo en prisión en la República Argentina, no debe centrarse en el rendimiento económico individual o colectivo en la actividad laboral que se lleve a cabo. Por el contrario, se deberá centrar en otras cosas más importantes como el generar interés laboral, capacitarlos para la reintegración laboral y fomentar su creatividad. En

⁶² Ventresca, M. El trabajo carcelario. Su análisis sociológico. La cárcel fábrica. Revista Lustitia. 2020; 8(2): p. 7

vista de que, el objetivo principal de esta tarea es el ideal resocializador, no el beneficio económico, ya que generar una competencia entre internos puede generarles estrés y un posible aumento de agresividad contra los individuos más productivos.

Por otra parte, se considera que el trabajo en prisión, tiene algunas tensiones dentro del mismo que resultan irremediables. Por un lado, se dice que no es completamente disciplinario, porque no cuenta con los incentivos normales del trabajo en libertad. Igualmente, cuando es lucrativo pierde su valor rehabilitador, concentrándose solo en el beneficio económico, cuando se acentúan sus fines de tratamiento, puede volverse poco productivo e ineficiente. Por esta razón, deben buscarse estrategias que entiendan estas dificultades y logren vencerlas.

Igualmente, dentro de la legislación se describe al trabajo como un derecho y un deber del individuo que se encuentre privado de libertad. Asimismo, este deberá ser remunerado dependiendo de las condiciones, puede variar si es para alguna empresa pública o entidad del Estado, pero si el trabajo se efectúa para alguna empresa mixta o privada, el salario deberá ser igual al que recibiría en libertad. Además, se deberá respetar la legislación laboral y la seguridad social, ya que son derechos que poseen que todos los individuos.⁶³

El trabajo de los individuos privados de libertad, deberá estar basado en criterios pedagógicos y psicotécnicos, del mismo modo, se le otorga la libertad de elegir a los reclusos, el trabajo que más les guste y esté dentro de las posibilidades laborales. Por otro lado, los individuos privados de libertad, que se desempeñen muy bien en actividades artísticas o intelectuales, podrían convertirlas en su único trabajo dentro de la prisión, mientras sea productiva y concuerde con su tratamiento.

En cuanto a su remuneración, esta deberá dividirse en varias partes, para atender ciertos gastos de su tiempo en la cárcel. En primer lugar, se manejará un 10% como pago en retribución al daño ocasionado con el delito; en segundo lugar, se utilizarán un 35% de los ingresos para ayudar con los gastos asociados a la comida; en tercer lugar, se destinará un 25% para lidiar con los gastos que causa en el establecimiento. Finalmente, el 30% de los ingresos restantes, se guardarán como los ahorros del individuo privado de libertad, el cual podrá hacer uso de estos al momento de ser puesto en libertad.⁶⁴

Sin embargo, todos los beneficios que se buscan obtener del trabajo en la cárcel, no será eficaz si el individuo al alcanzar la libertad, no es capaz de obtener un empleo. El tener antecedentes penales cumpliendo una pena que buscaba su resocialización y reintegración

⁶³Altamira Gigena, R. El trabajo del interno en las cárceles. Revista Argentina de Derecho Laboral y de la Seguridad Social. Argentina. 2015; 42 (12): p. 4

⁶⁴ Altamira Gigena, R. *op. cit.* p. 5

laboral, puede condicionarle en gran medida a tener pocas posibilidades de empleo. Por esta razón, es necesario para una correcta reintegración laboral y la disminución de la reincidencia, que la legislación sobre antecedentes penales, no fomente una discriminación laboral, ya que esto puede aumentar los índices de reincidencia.

Al mismo tiempo, existe un extenso debate sobre hasta qué punto, se considera que debe ser accesible y pública la información sobre los antecedentes penales, puesto que, la divulgación de esta información de manera abierta, puede condicionar en el acceso a empleos de las personas que buscan reintegrarse en la sociedad. Además, se debe tener en cuenta que, en el contexto actual con todas las tecnologías y telecomunicaciones existentes, es difícil controlar la difusión de información sobre las condenas.

De este modo, los países suelen enfocarse en algún modo de gestionar esta problemática, sobre la difusión de información de los antecedentes penales y existen dos países totalmente distintos a la hora de tratar con esta información. En primer lugar, se encuentra Estados Unidos, que considera que la difusión de la información de los antecedentes penales, ayuda a la protección social y por ello se difunde abiertamente y es de fácil acceso, lo cual puede dificultar la reintegración laboral. En segundo lugar, se encuentra España, el cual prioriza el ideal resocializador y promueve la privacidad de los antecedentes penales, por ello esta información es privada y solo se podrá tener acceso si alguna ley lo autoriza.⁶⁵

En este orden de ideas, se puede observar como la difusión de antecedentes penales, es altamente estigmatizante y le impide acceder a una gran cantidad de empleos. Asimismo, se puede observar cómo las consecuencias del delito van más allá de la privación de libertad, ya que esto deja una marca permanente en su vida, que le lleva a la discriminación laboral. Por esta razón, se considera que la difusión de los antecedentes penales, puede ir en contra del ideal resocializador.

En relación con Argentina, la legislación en principio no permitía a los registros difundir esta información, a menos que algún juez en un proceso penal lo solicite o en casos excepcionales de la ley.⁶⁶ Sin embargo, tras una reforma se permite la expedición para órganos judiciales y para el propio interesado. Por esta razón, en la actualidad para acceder a gran cantidad de empleos se necesita presentar los antecedentes penales, tanto en empresas privadas como en organismos estatales. No obstante, solo en los organismos estatales, los antecedentes

⁶⁵ Carnevale, C. *op. cit.* 17.

⁶⁶ Carnevale, C. *op. cit.* 19.

penales pueden ser un requisito obligatorio para poder acceder al empleo, mientras que, en las empresas privadas, no existe ninguna regulación específica.

Para finalizar, en la República Argentina los efectos de las sentencias condenatorias tienen un tiempo de caducidad, estimado en 10 años después de haberse cumplido la pena. No obstante, en la práctica es común que sigan emitiéndose certificados de antecedentes penales, que contienen información que tiene más de 10 años de haber transcurrido, lo cual se juzga desacertado. Del mismo modo, no existe ninguna ley que describa que el registro deba rectificar o suprimir contenidos. Por otro lado, la única opción viable para el interesado, es pedir una actualización de sus datos a través del Registro Nacional de Reincidencia.

2.3.3. El derecho a la educación de las personas privadas de libertad

La educación es considerada uno de los derechos más importantes, que poseen todos los individuos de una Nación, siendo uno de los pilares fundamentales de una sociedad, sirve como un instrumento de integración a la sociedad, en el cual las personas educadas reciben todos los conocimientos necesarios para su futuro, y también crea un sentimiento de pertenencia al país. Por consiguiente, una persona que no haya recibido una buena educación, no podrá integrarse de manera efectiva a la sociedad y probablemente no cumpla sus deberes, ni pueda hacer uso efectivo de sus derechos.

En cuanto a la educación de los privados de libertad, en teoría su condición solo le quita temporalmente el derecho a la libertad por la infracción cometida, sin embargo, en muchos casos la privación de libertad, también significa una disminución de sus derechos humanos básicos entre estos el derecho a la educación. En tal virtud, la educación de las personas privadas de libertad, debe ser más profunda que una simple capacitación laboral, y debería abastecer en su totalidad a los presos que desean ejercer este derecho.

Los presos, son quienes se han visto excluidos de manera consciente e intencionada de la sociedad, por haber cometido delitos contra las personas, la propiedad y los valores socialmente aceptados. Sin embargo, esto no significa que su encarcelamiento temporal sea una respuesta suficiente al fenómeno de la delincuencia. Eventualmente, casi todos los presos dejan de ser delincuentes y son puestos en libertad en la sociedad en que han delinquido. En consecuencia, hay motivos reconocidos para tratar de proteger a la sociedad contra nuevos

delitos, mejorando a tal efecto las oportunidades de una reintegración con éxito de los ex-presos a la sociedad.⁶⁷

En pocas palabras, se ha visto que los presos son marginados de manera intencionada en la sociedad por los delitos que hayan cometido, los cuales pudieron haber dañado a otro ser humano o bien jurídico. Sin embargo, es necesario recordar que la simple privación de libertad, no es suficiente para evitar que vuelvan a delinquir en el futuro, estos individuos tarde o temprano saldrán en libertad, volviendo a ser ciudadanos comunes y su reintegración a la sociedad, resultará más exitosa si se les ha preparado para ello, como por ejemplo ofreciéndoles la educación que les hacía falta.

Para que el derecho a la educación, se efectúe de manera real y completa sobre los individuos, es necesario que se cumplan tres aspectos, en primer lugar, que no sean discriminados por su condición social. En segundo lugar, se deberá concretar de manera efectiva el derecho a la educación, la cual debe ser sistemática, amplia y gratuita sobre todos los individuos. Finalmente, se les debe preparar para su reintegración en la sociedad, de acuerdo a lo establecido en los convenios de derechos humanos.

Con respecto a los acuerdos internacionales, sobre educación de los privados de libertad, muchos han sido firmados y ratificados por una gran cantidad de países, como por ejemplo la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)⁶⁸. De este modo, estos acuerdos suelen destacar que se debe mejorar la educación de todos los reclusos capaces de aprovecharla, también esta educación debe estar coordinada con el sistema de educación pública nacional. Aunque, esto no suele efectuarse en todos los casos, por esto existen algunas ONG dedicadas a estudiar si se efectúa de manera correcta o no⁶⁹.

En relación con la República Argentina, se ha adherido a diferentes acuerdos internacionales que se han plasmado en la Constitución Nacional⁷⁰, que tratan el tema de la educación de los privados de libertad. De este modo, se concretan algunos artículos que describen las modalidades de educación, así como esta educación debe adaptarse al entorno carcelario. Asimismo, el organismo responsable de llevar a cabo la enseñanza en las cárceles, es la Dirección de Cultura y Educación.

Acerca de la educación en el entorno carcelario, como se ha observado por la experiencia este es un entorno bastante difícil para realizar una correcta enseñanza en adultos.

⁶⁷ Scarfó, F. El derecho a la educación en las cárceles como garantía de la educación en derechos humanos. Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos; 2018, p. 294.

⁶⁸ Declaración Universal de los Derechos Humanos, Asamblea de Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948.

⁶⁹ Scarfó, F. *op. cit.* p. 297

⁷⁰ Constitución Nacional. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

En relación con su finalidad, se busca que los privados de libertad, logren el control de sus vidas y modifiquen sus conductas, para tener reintegración social exitosa. Igualmente, se les imparten los temas que ofrece el sistema educativo convencional, para que cuenten con los conocimientos necesarios para el aprendizaje de un oficio.

La educación en establecimientos penitenciarios tiene tres objetivos inmediatos, que reflejan las distintas opiniones sobre la finalidad del sistema de justicia penal: en primer lugar, mantener a los presos o internos ocupados provechosamente; en segundo lugar, mejorar la calidad de la vida en la cárcel; y en tercer lugar, conseguir un resultado útil (oficio, conocimientos, comprensión, actitudes sociales y comportamiento) que perdure más allá de la cárcel y permita el acceso al empleo o a una capacitación superior.⁷¹

En síntesis, la educación en centros penitenciarios busca cumplir con tres objetivos, que se buscan cumplir de inmediato. En primer lugar, mantener a los privados de libertad ocupados en una actividad productiva, lo cual puede disminuir las conductas agresivas dentro de la cárcel. En segundo lugar, se busca mejorar la convivencia dentro de la cárcel con esto, ya que puede mejorar la convivencia entre internos. Finalmente, la educación que hayan recibido dentro de los centros penitenciarios, puede servirles en el futuro cuando estén en libertad, ya que cuentan con los conocimientos para acceder a mejores empleos o acceder a la educación superior.

Cabe destacar, que también es importante conocer la voz de los privados de libertad, para ver el impacto que ha tenido en sus vidas el acceso a la educación desde la prisión, y así formular posibles mejoras al sistema educativo penitenciario. Por lo que se refiere a Argentina, se han realizado entrevistas a cárceles de La Plata muestran que los privados de libertad en su mayoría, consideran que ha sido una experiencia positiva en sus vidas.⁷² Del mismo modo, consideran que todos saben la importancia de contar con la educación básica en la vida cotidiana, y que es decisión de ellos aprovechar esta oportunidad para mejorar su calidad de vida.

Por otro lado, aunque se hayan conseguido ciertos logros en la educación penitenciaria de la República Argentina, se considera que aún faltan cosas por hacer. Por un lado, hay una falta de maestros por ejemplo “se observa en la Unidad Penal N° I, L. Olmos, que tiene una población de 2500 personas; 1000 tendrían que ser atendidas con por lo menos 50 maestros. En la actualidad, sólo hay 24 maestros, quedando 500 internos sin recibir educación”.⁷³ Por esta razón, se le recomienda al gobierno aumentar la inversión en educación penitenciaria, para

⁷¹ Scarfó, F. *op. cit.* p. 301

⁷² Scarfó, F. *op. cit.* p. 304-305

⁷³ Scarfó, F. *op. cit.* p. 318

poder ofrecer este servicio a todos los que lo necesitan. Por otro lado, se dice que se debería aumentar la oferta académica con diversos cursos de capacitación con su debido certificado, y posibilidades de continuar con el estudio fuera de la cárcel.

2.3.4. La higiene de las cárceles

Dentro de la normativa de la República Argentina, se establece la creación del Programa de Inspección Carcelaria, el cual tiene la misión de inspeccionar periódicamente los centros penitenciarios. Igualmente, se autoriza a las Organizaciones No Gubernamentales, a inspeccionar los centros penitenciarios, para verificar que se cumplan con las normas exigidas. No obstante, aunque estas medidas han buscado mejorías en la situación de los centros de reclusión, y por esto se puede dar imagen jurídica de que el Estado mantiene en las mejores condiciones a los centros de reclusión, la realidad que se experimenta es otra muy distinta.

Por ejemplo, las reformas realizadas en el Código Penal⁷⁴ en el año 2004, tuvo consecuencias sobre el número de individuos privados de libertad, esta reforma estableció tres puntos. En primer lugar, un aumento en los requisitos para otorgar la libertad condicional, haciendo más difícil acceder a ella. En segundo lugar, se aumentó el límite temporal máximo aplicable como penas de detención. En tercer lugar, el agravamiento de la pena en los delitos que dañan a la integridad sexual y terminaran con la muerte de la víctima. Por consiguiente, se aumentó exponencialmente el número de personas detenidas, cuando las instituciones no contaban con el espacio suficiente para tener a todos los privados de libertad⁷⁵.

En consecuencia, este creciente aumento del número de personas privadas de libertad, trae consigo situaciones de sobrepoblación en centros penitenciarios. Por otro lado, esta sobrepoblación de individuos privados de libertad, tiende a ocurrir en una minoría de centros penitenciarios del país, dependiendo de la provincia en la que se encuentren. No obstante, en los centros penitenciarios donde ocurre esta sobrepoblación de personas recluidas, la situación que se observa es altamente preocupante.

Habría que decir también, que esta sobrepoblación tiene graves consecuencias, en las cuales se ven disminuidos los derechos humanos ganados a través del tiempo. Asimismo, en algunos centros penitenciarios donde la situación de sobrepoblación alcanza el 200%, se ha perdido el derecho a la privacidad al tener que compartir celdas individuales entre 2 y más personas. Por otro lado, el Gobierno Nacional ha prometido invertir en más infraestructuras,

⁷⁴ Código Penal de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 03 de noviembre de 1921.

⁷⁵ García Valdés, C. *op. cit.* p. 41

para poder aliviar esta terrible situación. Sin embargo, estas obras se han demorado demasiado tiempo y aun así no contemplan aliviar otras cuestiones como la situación penal femenina.

En cuanto a la Provincia de Buenos Aires, a mediados de los años 90 el gobierno provincial, declaró la emergencia carcelaria por sobrepoblación en los centros penitenciarios, en vista de que, la cantidad de personas privadas de libertad, llegaban a duplicar las capacidades de los centros penitenciarios. Aunque, lamentablemente la declaración de emergencia no mejoró la situación de los centros penitenciarios, por lo cual para 2004 la situación de sobrepoblación era todavía peor, estimándose que triplicaba a la situación que llevó a la emergencia penitenciaria.

El déficit de plazas carcelarias hace años que intenta cubrirse ilegalmente mediante el encierro de personas en comisarías. Las 5441 personas alojadas en dependencias policiales en julio de 2001-de las cuales 312 eran menores de edad- ocupaban recintos con capacidad para albergar, según estimaciones de la propia policía, a 3267 personas. Ello implica una ocupación del 166%.⁷⁶

En pocas palabras, el Estado ha recurrido a prácticas poco éticas para cubrir de manera ilegal, con la demanda de instalaciones de centros penitenciarios, en donde vivirán temporalmente los individuos privados de libertad. Por esta razón, se ha recurrido a usar las comisarías como si fuesen una cárcel, lugares los cuales no estaban preparados para albergar a esta población. Además, el número de personas privadas de libertad, que terminan cumpliendo su pena en estos centros ha ido creciendo, por lo cual la situación de sobrepoblación ha llegado hasta estos centros penitenciarios improvisados.

La situación de hacinamiento en centros penitenciarios, no es un fenómeno exclusivo de la Provincia de Buenos Aires, al contrario, es una problemática que puede observarse en todas las provincias de la República Argentina, aunque con distintos niveles de gravedad dependiendo de la zona. Por esta razón, diversas organizaciones de derechos humanos y familiares de los individuos privados de libertad, exigen la intervención de la justicia, para que se detengan las crecientes violaciones a los derechos humanos fundamentales, que se pierden por la situación de sobrepoblación.⁷⁷

. Por otro lado, una de los factores que fomenta el creciente número de nuevos reclusos, es el abuso de las medidas de prisión preventiva por parte de los órganos judiciales. Puesto que, el individuo debe ser tratado como inocente hasta que se demuestre lo contrario, en teoría

⁷⁶ García Valdés, C. *op. cit.* p. 42

⁷⁷ García Valdés, C. *op. cit.* p. 45

solamente se le podrán aplicar las medidas de prisión preventiva, cuando se sospeche de una posible fuga o la posibilidad de obstrucción de la justicia por parte del sujeto. Sin embargo, como se ha dicho en la Nación, se aplican muchas veces esta medida de manera injustificada a personas inocentes, recibiendo una pena anticipada.

Igualmente, se dice que en 1994 el CELS ya decía que “los presos de las cárceles argentinas viven hoy en un contexto caracterizado por la superpoblación y el hacinamiento, serias deficiencias edilicias, sanitarias y alimenticias y el padecimiento habitual de castigos y malos tratos”.⁷⁸ Por consiguiente, se observa que esta problemática tiene tiempo existiendo en la realidad social argentina, pero con el paso de los años no ha hecho más que empeorar. Por esta razón, se considera que las políticas realizadas desde el gobierno, no han sido suficientes para enfrentar de manera correcta esta situación. Por lo cual, hace falta aumentar las inversiones en infraestructura carcelaria, buscando crear nuevos centros que puedan cumplir con la demanda a largo plazo.

Igualmente, la situación de hacinamiento hace que se les salga de las manos a las autoridades, el llevar un control en las actividades dentro de los centros penitenciarios y muchas veces, aunque no fomenten la violencia, terminan tolerándola dentro de estos centros penitenciarios. Puesto que, es común que en diferentes centros penitenciarios se observen algunos problemas entre reclusos, que terminen con la muerte de alguno con armas de fuego y armas punzantes, a las cuales no deberían tener acceso desde el lugar donde se encuentra. Del mismo modo, los suicidios dentro de las cárceles también son una realidad, pero algunos de estos suicidios están rodeados de misterios y dan la sospecha de ser ajustes de cuentas.

Por otro lado, las enfermedades también juegan un papel importante dentro de las estadísticas de muertes que ocurren dentro de las instalaciones de los centros penitenciarios. De manera que, hasta el momento en la mayoría de los casos, los individuos privados de libertad que mueren lo hacen por complicaciones relacionadas al VIH/SIDA. Por lo cual, se puede observar una diseminación del VIH/SIDA dentro de los centros de reclusión, por ello se deben tomar medidas adecuadas para disminuir este riesgo.

Capítulo III: Régimen Penitenciario Argentino

Introducción

La prisión puede considerarse como la última fase del proceso de justicia penal, la misma, inicia señalando el delito, prosigue con el estudio del caso, el arresto de los

⁷⁸ García Valdés, C. *op. cit.* p. 46

sospechosos, su detención, el juicio y, por último, finaliza con la sentencia. La dimensión de la población carcelaria viene establecida por la forma en que el sistema judicial encara a los reos, lo que a su vez repercute de manera significativa en los centros penitenciarios, tal vez porque se ve influenciado por las políticas gubernamentales del momento.

En tal sentido, al evaluar el sistema penitenciario será conveniente tener en cuenta que las condiciones satisfactorias de las cárceles y la gestión eficaz estén esencialmente relacionadas con el sistema judicial en su totalidad y con las presiones que éste reciba por parte de los políticos y los ciudadanos en general. Por ello, cualquier intento en la reforma del sistema penitenciario deberá formar parte de un amplio programa que esté dirigido a hacer frente a los retos que proponga el sistema de justicia penal en su totalidad, un ejemplo sería la adopción de una política estratégica por parte de los poderes públicos sobre el sistema penitenciario, ya que facilitaría el trabajo de las personas encargadas de la gestión.

Por tal razón, para asegurar una gestión eficaz dentro de los sistemas penitenciarios es preciso que las políticas y la legislación nacional, respeten las diferentes normas internacionales establecidas, a fin de garantizar la integridad de los reclusos en su reinserción social. Hablar del régimen penitenciario argentino, implica sumergirnos en un universo amplio y complejo, por lo que las generalizaciones pueden resultar panoramas inexactos e incompletos, es por ello, que describiremos en el presente capítulo todo lo concerniente al sistema penitenciario para entender las modificaciones que ha sufrido el mismo en el transcurrir de los años.

3.1. La Ejecución Penal

3.1.1. Concepto General

Podemos decir que la ejecución penal es una de las fases del proceso penal en la que se busca dar cumplimiento a las decisiones de las sentencias que condena a pena privativa de libertad, sin dejar de tomar en cuenta el respeto a los derechos humanos de los individuos sentenciados.

La ejecución penal en Argentina data del año 1933 donde apareció la primera manifestación orgánica mediante la Ley 11.833⁷⁹, la cual regía sólo para los establecimientos federales, lo que motivó a que cada provincia del país siguiera su propio régimen a fin de hacer cumplir todos y cada uno de los pronunciamientos contenidos en un fallo de sentencia penal.

⁷⁹ Ley 11.833. Boletín Oficial de la República Argentina. 1933

No obstante, la Ley 11.833 fue modificada con el fin de que la persona sentenciada lograra adquirir la capacidad de comprender y respetar la Ley, procurando su reinserción social.

En definitiva, la nueva manifestación orgánica promulga el fin resocializador y a su vez se inclina por un régimen penitenciario progresivo donde el sentenciado pasa por una serie de etapas dependiendo de su conducta dentro del sistema penitenciario.

3.1.2. Principios rectores en materia de ejecución penal

En el contexto de la época contemporánea rememoramos las palabras del representante catamarqueño en el año de 1914 en el Congreso Penitenciario, palabras que continúan presentes y establecen la importancia que debe existir en una sociedad democrática la comprensión en cuanto a la ejecución de la pena privativa de libertad. Herrera, expresa lo siguiente, “dicha máxima representa un parámetro para evaluar constantemente el modo en que se cumplen las penas en nuestras prisiones”⁸⁰. Dicha expresión nos incentiva a valorar si las modalidades aplicadas en la ejecución guardan relación con los objetivos humanistas del Estado de Derecho.

En este sentido, resulta relevante explicar brevemente los principios rectores en materia de ejecución penal, los cuales tienen como finalidad establecer las directrices que el legislador debe respetar al momento de redactar alguna norma penal bien sea programática u operativa según sus consecuencias, tomando en consideración las garantías de los presos. En correspondencia con lo planteado, De Santo expresa de manera general que los principios son axiomas que no necesitan demostración alguna por lo clara y evidente que es:

Bajo la perspectiva establecida, es de resaltar que los principios de ejecución penal aluden a los postulados generales que sirven de base y orientan la actividad del Estado en la regulación de una sanción penal impuesta por algún órgano jurídico en beneficio de un correcto desenvolvimiento administrativo y judicial, así cumplir la función de servir como guía en la aplicación e interpretación de las leyes penales en cuestiones penitenciarias.⁸¹

Con base en lo planteado anteriormente, podemos afirmar que los Principios Rectores de la Ejecución Penal, ofrecen como bases estructurales cuatro postulados que son considerados relevantes y de los que se derivan una serie de sub-principios o consecuencias de aquellos, tomando como guía de orientación los expuestos en los preceptos del Capítulo I de

⁸⁰ Herrera, Julio. Redención y prevención. Ley orgánica de aplicación de la pena y el amparo social. Código del niño. Buenos Aires, Congreso Penitenciario Nacional. 1949, p. 209.

⁸¹ De Santo, Víctor. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía. Buenos Aires: Editorial Universidad; 1996, p. 704.

la Ley 24.660⁸² y su relación con los contenidos en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, incorporados con la reforma de la Carta Magna de 1994⁸³.

Por lo tanto, los Principios Rectores que se propondrán hacen referencia a la ejecución de las penas privativas de la libertad y en este sentido podrá utilizarse el término ejecución penal. De acuerdo a lo señalado, podemos hablar brevemente de cuatro principios o normas rectoras de ejecución penal, los cuales son: El Principio de Legalidad Ejecutiva, el Principio de Resocialización, el Principio de Judicialización de la Ejecución Penal, y el Principio de Inmediación de la Ejecución Penal, de ellos se desglosan sub principios o consecuencias de los mismos.

3.1.3. Principio de Legalidad Ejecutiva

Este principio establece conjuntamente con los sub-principios de reserva, de humanidad, de igualdad ante la Ley y de Progresividad del Régimen Penitenciario que las personas sentenciadas deben ser tratadas sin violencia, respetando su integridad a fin de garantizar que la ejecución de pena esté exenta de maltratos y estableciendo como responsable penal al funcionario público o particular que sea partícipe de dichas violaciones contra el sentenciado.

3.1.4. Principio de Resocialización

Este principio de ejecución penal ofrece a los sentenciados que se encuentran pagando algún delito un sistema que le ofrezca a los presos que se respete su dignidad humana, así como el libre desarrollo diversas oportunidades que el día de mañana le permita su reinserción de su personalidad.

A este respecto, conviene puntualizar que el giro lingüístico "readaptación social" es singularmente polisémico y que la formulación misma de la finalidad de la ejecución de la pena de encierro que él designa, ha sufrido múltiples configuraciones tales como: reeducación, rehabilitación, reinserción y resocialización, entre otros, lo cual es sintomático de la diversidad de interpretaciones que ella ha suscitado⁸⁴.

⁸² Ley 24.660. Boletín Oficial de la República Argentina, 1996.

⁸³ Constitución Nacional. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

⁸⁴ Maneiro, Juan Cruz, Maneiro, Fernando y Ranuschio, Daniel. Ámbito de aplicación de la Ley 24660. La Ley. 2010. (3969): 6.

Por consiguiente, estas concepciones han merecido fundadas críticas, basadas en el convencimiento de que la imposición de creencias y convicciones, orientada hacia la aceptación acrítica del sistema vigente, es intolerable en regímenes políticos democráticos, pluralistas y respetuosos de la libertad de pensamiento del ser humano. Por el contrario, en los paradigmas de resocialización para la legalidad o paradigmas resocializadores mínimos, la ejecución de la pena privativa de la libertad en un Estado de derecho, debe orientarse sólo a lograr que el delincuente adecúe su comportamiento externo al marco de la ley⁸⁵.

De igual manera, estas posiciones han sido objeto de críticas, por reputarse que la mera adecuación del comportamiento externo a la legalidad formal no implica verdadera resocialización. Finalmente, a pesar de las críticas, parece innegable que en un Estado democrático de derecho y basado en el principio de la autonomía individual, como el nuestro, la única alternativa posible es la resocialización para la legalidad.

3.1.5. Principio de Judicialización de la Ejecución Penal

El principio señalado se refiere a que todas las decisiones que son tomadas durante la etapa de ejecución penal que implique alguna modificación de las condiciones cualitativas del cumplimiento de la pena impuesta son tomadas por un juez dentro de un proceso donde se respetan las garantías propias del procedimiento penal. Para que este principio sea cumplido a cabalidad es de gran relevancia que el Juez de ejecución penal esté especializado con las funciones de vigilancia y de las medidas de seguridad de acuerdo al principio de legalidad y control de la actividad penitenciaria, garantizando los derechos de los sentenciados y corrigiendo los abusos que puedan ser cometidos por la parte administrativa dentro de la penitenciaría.

En efecto, 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 imperativo.

En torno a esto, conviene decir incluso que la mayoría de las veces los riesgos para los derechos fundamentales de los reclusos provienen de la sobreevaluada centralidad que el recinto penitenciario atribuye a lo relacionado con la seguridad, la disciplina y el orden interno en el ambiente carcelario. Es por ello, que en función de tales prioridades es poco frecuente que el personal penitenciario adapte toda su actividad o función al logro de un control estricto

⁸⁵ *Ibídem.*

que evite posibles desviaciones del condenado, sin reparar en las eventuales afectaciones a los derechos del recluso que ello acarrea⁸⁶.

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 mediante 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.

3.1.6. Principio de Inmediación de la Ejecución de la Pena.

Con la puesta en práctica de este principio dentro de la penitenciaría se puede llegar a una fructífera resolución sin que factores ajenos sean partícipes en tales resoluciones. Es decir, es un principio que resulta extremadamente provechoso para el recluso ya que dicho proceso permitirá al Juez estar en mayor y mejor contacto con los presos, así como con los agentes penitenciarios a través de visitas al penal y la revisión exhaustiva de todo el expediente del sentenciado donde este reflejado su comportamiento dentro del recinto penitenciario al igual que todas las actividades que le permitan conocer a fondo a la persona⁸⁷.

3.2. El Sistema Penitenciario Argentino

Las cárceles a nivel Latinoamericano, se caracterizan por el hacinamiento en el ámbito del sistema penitenciario y no es un secreto para nadie el escuchar sobre las constantes revueltas en los recintos, así como la deplorable situación que presentan las mismas.

Por consiguiente, la deficiencia en los servicios públicos asistenciales, la violencia, la extorsión, la corrupción y una carencia de medios que le permitan a los internos de penales resocializarse como lo plantea el Derecho Penal, la vulneración constante a los derechos de los condenados donde la sociedad y el Estado se han quedado paralizados e indiferentes ante esta situación, exige rescatar las funciones y obligaciones de los Jueces de Ejecución Penal, siendo primordial recordar que el individuo privado de la libertad no deja sus derechos fundamentales en la puerta del recinto carcelario, sino que por el contrario, se encuentran presentes en todo momento, lo que exige al Estado darles garantías y buenas condiciones de vida pues se encuentran bajo su cuidado y responsabilidad⁸⁸.

⁸⁶ Kalinsky, Beatriz. El agente penitenciario: la cárcel como ámbito laboral. Runa. 2008; (28): p. 43.

⁸⁷ *Ibídem*

⁸⁸ Kalinsky, Beatriz. op. cit. p. 46.

Argentina cuenta con un sistema penitenciario, el mismo, es la organización estatal que tiene a su cargo la ejecución de la pena privativa de libertad regulada por la Ley 24.660⁸⁹ respondiendo a las recomendaciones pautadas por las Naciones Unidas sobre el trato a las personas detenidas. Dicho sistema comprende un nivel Federal que cuenta con unidades en todo el país y un nivel Provincial distribuido en las diferentes provincias del país. Dichas instituciones se encuentran ubicadas bajo competencias jurídicas y políticas diferentes.

Al analizar el Sistema Penitenciario Argentino, se puede vislumbrar que el mismo carece de una articulación que aún no se concreta entre el Estado nacional y el y los estados provinciales en la que convergen los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial para generar satisfactoriamente una política de Estado que sea respetuosa de los Derechos Humanos de los ciudadanos que están privados de libertad, hecho de gran significación para prestar una mayor atención al Código Procesal Penal de la Nación⁹⁰ que ha sido abandonado por falta de compromiso social y político por parte de la dirigencia de los legisladores de turno.

De acuerdo a lo señalado se percibe que en Argentina como país miembro de las Naciones Unidas, se debe legislar bajo los preceptos establecidos en los Pactos Internacionales que han sido elaborados por las máximas autoridades nacionales para una mejor política de encarcelamiento que dé cumplimiento a las normativas plasmadas en los mismos.

Ante tal situación, el Estado está tratando de buscar soluciones como una alternativa para evitar el síndrome del encierro ya que la población penal argentina ha aumentado provocando políticas de emergencia en materia penitenciaria en específico en la construcción de cárceles a fin de respetar los lineamientos previstos por las Naciones Unidas en materia de recintos carcelarios para evitar así que los mismos, sean espacios tomados como depósitos de seres humanos⁹¹.

En definitiva, la crisis del sistema penitenciario argentino no es un problema reciente y dada su complejidad amerita un análisis exhaustivo e interdisciplinario, puesto que existen problemas de diversas índoles, sean estos, arquitectónicos, administrativos y sanitarios que profundizan el cuestionamiento de su legitimidad lo que exige que se realicen permanentemente un control sobre las insuficientes condiciones del sistema penitenciario.

3.3. La Ley 24.660 de Ejecución de la Pena

⁸⁹Ley 24.660. Boletín Oficial de la República Argentina, 1996

⁹⁰ Código Procesal Penal de la Nación Argentina. Boletín Oficial de la República Argentina, 09 de septiembre de 1991.

⁹¹ Delgado, Sergio. Las calificaciones de la conducta y del concepto. Revista de Derecho Procesal Penal. 2014; 4: p.12.

En nuestro sentir, las justificaciones históricas de la pena privativa de la libertad no pueden ser tan solo estudiadas con los elementos que ofrecen la historia norteamericana y la historia francesa, porque si de lo que se trata es de despejar interrogantes sobre esta forma punitiva, entonces, lo primero que por lógica elemental debe hacerse, y por ser ella la que permite la aplicación de esta forma penal, es buscar los orígenes de la libertad misma, que se extienden más allá de los sucesos acontecidos en Francia y en Norteamérica.

Es por eso que hablar de la Ley 24.660⁹² de Ejecución de la Pena, es hablar de las modificaciones que la Cámara de Diputados de la Nación realizó sobre las penas privativas de la libertad específicamente sobre la reinserción social del condenado. Dicha reforma legal, es fruto del trabajo realizado por todos los diputados en relación al servicio penitenciario existente en el país. La misma busca no solo la reinserción social del preso sino la seguridad de su integridad dentro del recinto penitenciario.

Esto denota que en la modificación de dicha Ley la prioridad está enmarcada con la ejecución de la pena privativa de libertad no solo con la finalidad de la reinserción social de los sentenciados, sino a la vez resaltando la seguridad que los mismos deben tener dentro del recinto penitenciario, es decir, esta ley obliga a que los presos sean clasificados y recluidos de acuerdo al delito cometido a fin de evitar el ingreso indiscriminado de personas con diferentes caracteres que actualmente dificultan el trabajo de reinserción social generando el aumento de la población penitenciaria y provocando en la mayoría de los casos situaciones de tensión que se intensifica en motines y revueltas⁹³.

De igual manera agrega la posibilidad de que el organismo técnico de criminología sea integrado por personas designadas por la Cámara de Casación Penal a propuesta de los Jueces de Ejecución Penal, dicha propuesta la hacen puesto que consideran que el organismo técnico cumple una función muy importante en el tratamiento de las personas que son privadas de libertad, ya que ellos tienen contacto directo con los jueces y son su representación dentro de las penitenciarías para lograr una interacción entre funcionarios del recinto penitenciario así como fuera de éste.

Bajo la perspectiva establecida, es de resaltar que en la Ley lo que se pretende abordar es que la persona condenada adquiera la capacidad de comprender y de respetar la ley, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad, es decir, se busca fortalecer y perfeccionar el tratamiento que se les da a las personas privadas de libertad utilizando

⁹² Ley 24.660. Boletín Oficial de la República Argentina, 1996

⁹³ Kalinsky, Beatriz. *op. cit.* p. 48.

diferentes tipos de abordaje que se adapten a las necesidades específicas de cada individuo. En correspondencia con lo planteado Bidart, sostiene que se comprende fácilmente que el cumplimiento de la condena no provoca solamente una cuestión penitenciaria que, como tal, se recluya en el derecho administrativo; el tribunal cuya sentencia aplica la pena u otro competente debe retener o asumir en plenitud el control judicial necesario, tanto a los fines de eficaz defensa social y de la seguridad de la dignidad y los derechos del condenado, y a los de vigilancia de las condiciones de vida en los recintos penitenciarios, del trato a los reclusos y de su reeducación para la reinserción social, entre otros.⁹⁴

En este sentido, la Ley establece que se realicen supervisiones con frecuencia por parte del Juez encargado de la progresión de la pena y el hacer penitenciario en general. Es por ello, que en función de lo señalado, se puede afirmar que los diputados encargados de la reforma de Ley buscan transformar el tratamiento penitenciario a través del cumplimiento de actividades terapéuticas a fin contribuir con el proceso de reinserción social del reo ya que la ley tiene por finalidad lograr que el condenado adquiriera la capacidad de comprender y respetar la ley, buscando su reinserción social en un acercamiento a la comprensión de la comunidad.

De igual manera, la ley pretende reproducir una serie de derechos en forma superflua, como eufemísticamente lo hace a través del art. 2, especificando que el condenado puede ejercer todos los derechos no afectados por la condena, la ley o las reglamentaciones, cuando aquel principio constitucional, al igual que los derechos personalísimos, no podrán ser cercenados por la condición de interno. De allí que repetir la fórmula del control jurisdiccional sobre la ejecución penal no haga más que tratar de solucionar el problema que de hecho existía con la antigua legislación, que aun consagrándolo lo tornaba ineficaz⁹⁵.

Por consiguiente, el autorizar que el régimen penitenciario utilice todos los medios de tratamiento interdisciplinario para cumplir su especialidad, no hace más que crear un ámbito de discrecionalidad administrativa-penitenciaria que afectará indudablemente los derechos de los inmersos en el sistema de ejecución penal.

En otras palabras, hay que reconocer que la reforma de Ley posee una única virtud y es que ha solucionado el grave defecto que poseía la ley 24.660⁹⁶ en cuanto a que efectuaba una, excesiva e ilegítima, remisión tácita a los reglamentos para regular sobre el sistema de avances y retrocesos por las distintas etapas del régimen progresivo. Ello se manifestaba, con particular

⁹⁴ Bidart Campos, Germán. Manual de la Constitución reformada. Buenos Aires: Ed. Ediar; 1998, p.317

⁹⁵ *Ibidem*

⁹⁶ Ley 24.660. Boletín Oficial de la República Argentina, 1996

intensidad, en la determinación de las fases del período de tratamiento y las condiciones para acceder a ellas y al período de prueba.

3.4. Los Reglamentos Carcelarios

Los reglamentos carcelarios pueden ser entendidos como el conjunto de normas de disciplina, de trabajo y educación que el penado debe observar en el recinto penitenciario donde cumple su condena, los mismos se convierten en la fase ejecutiva dentro del proceso penal, considerando que al poner en práctica este conjunto de normas la actuación en concreto del Derecho Penal busca el restablecimiento del orden jurídico.

Por consiguiente, son los órganos del Estado los encargados del orden y de hacer cumplir todos y cada uno de los pronunciamientos contenidos en el fallo de una sentencia penal. El artículo 1º de la ley 24.660 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"⁹⁷. De este modo dicha normativa, consagra el ideal resocializador como fin de ejecución de la pena privativa de la libertad, principio de rango constitucional a partir de la reforma de 1994 (artículo 75 inciso 22)⁹⁸.

Así, el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece: El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados, y el artículo 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos humanos establece: las penas⁹⁹.

Por consiguiente, estas normas carcelarias exigen que los entes judiciales observen al sentenciado desde el inicio de la faz ejecutiva para la reinserción social del sentenciado, es decir, exige que se cumplan dichas normas a fin de respetar los derechos humanos de la persona sentenciada a fin de que cuando logre su reinserción en la sociedad el mismo sienta que tiene la posibilidad de vivir de otra manera.

3.5. El Personal Penitenciario

En las prisiones, existen dos grupos que son de gran importancia como lo son los reos y el personal que trabaja en dichas instalaciones. Es por ello que siempre se ha pensado que

⁹⁷ Artículo 1 de la Ley 24.660. Boletín Oficial de la República Argentina, 1996

⁹⁸ Artículo 75 de la Constitución Nacional. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

⁹⁹ Artículo 10 Pacto Internacional de Derechos Civil y Políticos. Asamblea General de las Naciones Unidas, 16 de diciembre de 1966.

para que una cárcel tenga éxito, es necesario que esté bien administrada y que se apliquen dentro de ellas, normas de decencia y de humanidad para todos.

En consecuencia, la clave para tener un recinto penitenciario bien administrado, es que exista una interrelación entre ambas poblaciones. Por ello, para que los empleados penitenciarios puedan llevar a cabo su trabajo de manera profesional, deben ser cuidadosamente seleccionados y deben recibir la formación adecuada. Sumado a lo anterior, las condiciones y requisitos vigentes para acceder a ser parte del personal penitenciario son: tener estudios secundarios completos, haber conformado los requisitos de ingreso, y tener un perfil acorde a sus obligaciones de trabajo diario.

Además, la remuneración debe ser suficiente como para conservar un personal competente en esa responsabilidad de trabajo, como así también que sus horarios sean acordes a lo que establece la OIT. Nuestro marco legal que regula los contratos de trabajo, contempla que en determinados lugares considerados insalubres o determinantes de deterioro psicofísico o de vejez prematura, deben cumplirse con 6 horas de trabajo, lo que en estos casos no ocurre ya que sabemos que los turnos de trabajo son de 9, 12, 24 horas, y otras excepciones donde el recargo horario viola la norma¹⁰⁰.

Esto denota, que en Argentina se han habilitado escuelas penitenciarias no solo federales sino también provinciales, con el objeto de capacitar a este personal en temas específicos como derechos humanos, de tratamiento de internos, y normas penitenciarias, entre otros. Por tal razón, debe existir tanto interna como externamente una revisión del programa de manera que el personal penitenciario mejore sus conocimientos mediante cursos de formación permanente para que de esta manera se logre la eficiencia, efectividad, productividad y eficacia en sus actividades.

3.6. El poder disciplinario en las cárceles

En este orden, se establece que la disciplina es una técnica específica del poder y que se da en los individuos a la vez como instrumentos y como objetos de su ejercicio. En otras palabras, puede decirse que es un poder modesto y suspicaz que debe su éxito a la inspección jerárquica y a la sanción normalizadora para permitir un control interno articulado y detallado sobre aquellos a quienes abriga. Sobre este tema del poder disciplinario en las cárceles, “el

¹⁰⁰ Figari, Rubén y Herrera, Hernán. Análisis crítico sobre las reformas a La Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad introducidas por la Ley N° 27.375. Revista Jurídica Región Cuyo. 2018; (4): p. 45

poder penitenciario es una variable multidimensional que incluye todos los controles formales e informales, como los castigos”¹⁰¹.

Respecto al uso de la potestad disciplinaria, es necesario dejar claro que a través de los estudios realizados, se pudo constatar que en la República de Argentina, la implementación de estas disciplinas deben adecuarse a la finalidad que tiene la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad, de ello se infiere, que la disciplina dentro de un recinto carcelario debe tener un fin estrictamente correctivo.

En este sentido, la Ley es clara en cuanto al objetivo de acatar normas, esto con el fin de lograr un beneficio del propio interno y de promover su reinserción social. En atención a lo anterior, se infiere que el poder disciplinario lleva aparejada una manera específica de castigar, es decir, le concierne la desviación y todo aquello que no se ajusta a la regla corrigiendo mediante el sistema gratificación-sanción. Asimismo, califica las conductas y las cualidades y hacen de la descripción de los presos un medio de control y un método de dominación ya que la prisión es el resultado del desarrollo del poder disciplinario y resume a ese poder disciplinario¹⁰².

Finalmente, la ley dispone que sus normas sean complementarias del Código Penal¹⁰³, y en tal sentido de aplicación nacional, por lo que reproducen en todos sus aspectos la disquisición que venía dándose normativamente respecto de la antigua Ley Penitenciaria Nacional. Si bien la propia ley dispone del plazo de un año para que las legislaciones provinciales sean adecuadas a este nuevo régimen nacional, se entiende que esta disposición será violentada por los entes provinciales que tienen no sólo una inadecuada estructura penitenciaria, sino por delante un arduo camino de reforma jurídico-legal.

3.7. La intervención del juez de ejecución penal

Haciendo referencia a la intervención del juez de ejecución penal, se puede sustentar que la etapa de la ejecución de la pena privativa de libertad, no está desarticulada ni es independiente de las anteriores etapas del proceso penal, razón por la cual, todas las garantías y derechos de las que goza el sentenciado, deben hacerse extensivas al momento de cumplir la condena. Precisamente es en esta fase cuando se deciden las condiciones en el cumplimiento de la pena y sus posibles modificaciones.

¹⁰¹ Reisig, Michael. Administrative Control and Inmate Homicide. Homicide Studies. Oxford Press. 2008, p. 27.

¹⁰² Cejas Meliari, Ariel y Lauro, Mariana Cecilia. Arbitrariedades del Reglamento de Modalidades Básicas de la Ejecución a la luz de la ley 24660. La Ley. 2012; 14 (3498): 1.

¹⁰³ Código Penal de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 03 de noviembre de 1921.

Por consiguiente, las decisiones que allí se tomen exigen la garantía de jurisdicción, que consiste en asegurar que todo lo que se determine en esta etapa sea dispuesto por un juez como órgano judicial independiente de la administración en un proceso en el que se respeten las garantías del procedimiento penal. En tal sentido, para dar cumplimiento a lo anteriormente expuesto se crea la figura del juez de ejecución penal, el cual constituye un instrumento tendiente a cumplir con las tareas propias de la etapa de ejecución.

Para reafirmar lo antes expuesto, se precisa que una de las garantías más descuidada en la práctica de los sistemas de administración de justicia penal es el acceso a la justicia de las personas privadas de libertad. Los Jueces delegan la ejecución del encierro (ya sean condenados o procesados) y la determinación de sus condiciones cualitativas de cumplimiento en la administración penitenciaria. En el caso de los procesados, la administración queda a cargo de importantes decisiones sin que exista en los hechos un adecuado control judicial¹⁰⁴.

Ahora bien, aun cuando el procesado está a disposición del tribunal que ordenó la medida privativa de la libertad y el servicio penitenciario actúa como órgano de ejecución que debe responder como auxiliar del órgano judicial, en la práctica los magistrados se despreocupan de las cuestiones que se acontecen en el ámbito carcelario, lo que genera una sensación de desprotección de los internos frente a la administración.

En este contexto, la mayoría de las personas privadas de libertad proviene de los sectores de más bajos recursos económicos y es atendida por la defensa oficial que no se preocupa, como debería, de los conflictos de sus asistidos en el ámbito carcelario, prueba de ello, es la escasa cantidad de recursos presentados por los internos ante los tribunales, en cuestiones de conflicto con la administración tales como el régimen disciplinario o las decisiones relativas al lugar de alojamiento.

Por todo lo anteriormente expuesto en los párrafos anteriores, es que se creó en el ámbito federal, un órgano judicial o juez de ejecución con competencia exclusiva para encargarse exclusivamente de las distintas etapas del proceso de ejecución, así como para ejercer el control judicial en las garantías de las personas privadas de libertad en el ámbito carcelario.

Por consiguiente, la creación de la figura del juez de ejecución como mecanismo procesal para garantizar la vigencia del principio de juicio de la ejecución no significa, por supuesto, prescindir de la actividad de la administración en la ejecución de las medidas de encierro; sino que significa un nuevo acomodamiento de las funciones judiciales y

¹⁰⁴ Cejas Meliáre *et al.*, *op. cit.* p. 7.

administrativas en la etapa de la ejecución. Sin embargo, la delimitación de las actividades administrativas y judiciales en esta etapa no es una tarea sencilla ya que la participación de dos Poderes del Estado en un mismo ámbito genera innumerables problemas¹⁰⁵.

Por otra parte, el servicio penitenciario ha funcionado durante mucho tiempo como un organismo aislado de los demás que componen el sistema penal y en ocasiones ha sido reacio a aceptar el control judicial y cualquier otro tipo de control externo, razón por la cual es necesario delimitar claramente el ámbito de actuación de los jueces de ejecución, tanto en la resolución de los incidentes de la etapa procesal de ejecución de las penas privativas de la libertad a fin de garantizar el éxito del proceso de afianzamiento, así como en las funciones de control de la vigencia de las garantías de las personas privadas de libertad¹⁰⁶.

3.7.1. Funciones cumple un Juez de Ejecución Penal

La función que cumplen los jueces en la ejecución penal es la de garantizar el derecho de defensa de todos los ciudadanos involucrados en la relación jurídica conflictiva originada por el actuar delictivo, resguardando la igualdad procesal para hacer posible la efectiva tutela de todos los derechos. Por tal razón, es de suma importancia reconocer la loable labor ejercida por los legisladores al incorporar la figura del Juez de Ejecución Penal al momento de reformar el Código Procesal Penal¹⁰⁷, ya que con dicha figura se podrá minimizar los abusos y arbitrariedades que se cometen en contra del condenado, garantizándole de esta forma sus derechos y facultades.

De igual manera, el reo tendrá en la figura del Juez de la Ejecución Penal una apelación ante cualquier arbitrariedad que se cometa en contra de su integridad. En pocas palabras, el Juez de Ejecución Penal de las sanciones penales, como autoridad judicial competente para hacer seguimiento al cumplimiento de la sanción penal, deberá realizar visitas periódicas a las cárceles que le sean asignadas, es decir, la primordial función del Juez de Ejecución Penal es humanizar la ejecución penal del sentenciado, puesto que se le obliga a un estrecho contacto con la realidad penitenciaria, es decir, cumplir la función de moderar el desenvolvimiento político de los otros poderes, impidiendo que éstos excedan el ámbito de competencia que la Constitución les otorga y protegiendo los derechos humanos. Si bien es un

¹⁰⁵ Correa, Natalia. Las sanciones disciplinarias y el derecho al debido. Análisis jurisprudencial. Ley de Ejecución Penal Federal y de la Provincia de Buenos Aires. Infojus; 2014

¹⁰⁶ *Ibidem*

¹⁰⁷ Código Procesal Penal de la Nación Argentina. Boletín Oficial de la República Argentina, 09 de septiembre de 1991.

poder independiente como los otros poderes del Estado, muchas veces se ha reclamado una mayor libertad económica en el manejo de su presupuesto.

Capítulo IV: Prisiones privadas en el derecho comparado

Introducción

Diversos países han optado por privatizar el sistema penitenciario, descongestionando de esta manera la labor del Estado quien tradicionalmente presta dicho servicio, confiriendo a empresas privadas tal competencia, basándose ello en la expectativa de generar competitividad entre empresarios y así lograr reducir costos sin desmejorar la calidad del servicio e incluso mejorar el mismo. La privatización de las cárceles se basó en la necesidad de disminuir los índices delictivos, en el hacinamiento en las prisiones, en la ausencia de autoridad por parte de los funcionarios públicos, en la insuficiencia de los centros penitenciarios y en la aspiración de mejorar los existentes, en los habituales atrasos en los trámites y en la concesión de los beneficios a los prisioneros, entre otros motivos.

Una corriente considera que la gestión llevada a cabo por el sector privado es más efectiva que la desempeñada por el sector público en materia carcelaria, sin embargo, otra corriente estima que no existen ventajas o mayores beneficios en la privatización del sistema penitenciario, motivo por el cual, es importante analizar los valores e intereses que predominan en el proceso de privatización de las cárceles y la eficacia obtenida con la función desempeñada por las empresas privadas, las garantías ofrecidas a los reos y la inversión realizada a los centros penitenciarios.

En consecuencia, a los efectos de determinar cómo funcionan las cárceles administradas por privados, se estudiará la situación en Estados Unidos, Chile, México, Uruguay y España, para así conocer el fundamento legal en estos países, cómo ha sido la experiencia en general y si han solucionado o no, los problemas de los centros penitenciarios tradicionales en manos del Estado.

4.1. La experiencia de las cárceles privadas en el derecho comparado

Muchos países ante la crisis del sistema penitenciario han implementado diferentes medidas y política para resolver tal situación entre ellas la privatización de las cárceles, es decir, el Estado ha conferido a empresas privadas la función de crear, financiar, administrar, dirigir y custodiar los centros penitenciarios, incluso aplicar los correctivos a los reclusos. En este contexto expresa Mayta Zamora, Un bien o servicio es público cuando es estatal, es decir; su administración y manejo provienen del Estado-gobierno y es privado; cuando no es estatal, el manejo, dirección y control provienen de una empresa concesionaria; aunque, puede estar

supervisada por el Estado con el fin de velar que su ejecución cumpla con las reglas mínimas, garantizando bienes y servicios prestados igual o mejor que el Estado.¹⁰⁸

Por consiguiente, no siempre se otorgan todas las funciones mencionadas al sector privado, sino algunas de ellas, es decir, la cesión de la privatización de las cárceles puede ser conferida de manera total o parcial. Asegura Arriagada que las cárceles privadas incrementan la posibilidad de cometer fraude debido a que no hay una relación directa entre el Estado como proveedor de los recursos económicos y los reclusos que son los custodiados¹⁰⁹.

Manifiesta la autora que generalmente no se ejerce sobre los centros penitenciarios privados una continua labor de control dado que los recursos se invierten en la edificación de nuevas estructuras y no en fiscalizar y conservar las instalaciones ya existentes, máxime que en las funciones de fiscalización los funcionarios pueden incurrir en actos de corrupción mediante la recepción de pagos por parte del sector privado¹¹⁰. Si bien es cierto que lo pretendido con la privatización es la minimización de gastos y el incremento de los beneficios, existen ventajas y desventajas que se derivan de dicho sistema, las cuales varían en los diferentes países, puesto que en algunos se han obtenido mejores resultados y en otros no ha sido tan beneficiosa dicha práctica.

4.2. Situación en Estados Unidos

Expresa Mayta Zamora que en los Estados Unidos de Norteamérica la privatización del sistema penitenciario fue adoptada por los gobiernos locales, estatales y federales, quienes otorgaron concesiones a empresas privadas para la prestación de tal servicio. Fue el mencionado país el pionero y referencia para que otros procedieran a conferir la administración de las cárceles a entes privados¹¹¹. Tal iniciativa surgió en virtud de no desempeñar las agencias del estado de manera adecuada ni eficiente sus funciones en el sistema penitenciario, ante lo cual las empresas privadas de manera competitiva ofrecían la construcción de las cárceles de manera rápida y a bajo costos, a lo que se adiciona la prestación del servicio de mejor manera, es decir, estuvo fundamentado en la ineficiencia del sector público.

Uno de los primeros estados en otorgar de manera absoluta la administración y dirección del sistema penitenciario a una empresa privada fue Kentucky, en principio tal actuación recayó sobre centros que albergaban menores de edad, pero con posterioridad se

¹⁰⁸Mayta Zamora, J. *op. cit.* p. 3.

¹⁰⁹Arriagada, I. *op. cit.* p. 3.

¹¹⁰*Ibídem*

¹¹¹ Mayta Zamora, J. *op. cit.* p. 4.

extendió a las correccionales, no obstante, esto fue objeto de crítica por parte de los ciudadanos y de entes intergubernamentales.

En el referido país la privatización del sistema penitenciario comprende la construcción de las cárceles, pero además el mantenimiento y conservación de las mismas, la seguridad en sus instalaciones, la administración y dirección de los recursos, la realización de las labores de transporte, resguardo de los reclusos y el cuidado de la salud, alimentación y vestimenta de éstos. Aduce Mayta Zamora que en Estados Unidos la privatización de las cárceles se ha convertido en un negocio para determinadas empresas que se dedican de manera exclusiva a dicha actividad. En este país, las empresas privadas han generado progresos desde el punto de vista de las infraestructuras de las cárceles y del empleo de tecnología avanzada. Según, la empresa de investigación IBISWorld USA, las correccionales privadas son un sector de US \$ 22,700 millones de dólares con una tasa de crecimiento anual de 4.7% en los últimos cinco años. Mientras que, el crecimiento disminuyó de 2009 a 2010, las proyecciones para el mercado siguen siendo optimistas.

Sin embargo; la población de internos en las prisiones de los Estados Unidos de Norteamérica, sigue aumentando, a pesar de las condiciones económicas²⁴. Estados Unidos de Norteamérica, fue el país en privatización de correccionales, sin embargo; el índice de criminalidad aumentó en los últimos años²⁵. Empero, la ventaja que otorgan las compañías privadas (pueden construir prisiones entre uno y dos años, en menor tiempo a la que podría realizar el estado).¹¹²

Se evidencia así, que la privatización de las cárceles en Estados Unidos ha disminuido en los últimos años, sin embargo, se sigue empleando dicho sistema por representar una gran ayuda para el Estado, dado que las empresas privadas pueden construir de manera más rápida centros penitenciarios. A pesar de haber aumentado los índices delictivos en este país, ello no deviene en absoluto en la privatización de las cárceles, por el contrario, al producirse tal hecho pasa a constituir el manejo de las cárceles por parte de empresas privadas una herramienta forzosa en aras de responder a la realidad social que atraviesa.

Así, la Universidad de Cincinnati realizó en el año 1999 una investigación en torno a los centros penitenciarios que son administrados por el sector privado, concluyéndose en el mismo que no representan una disminución en los gastos o presupuestos del Estado. No

¹¹² Mayta Zamora, J. *op. cit.* p. 8

obstante, los salarios de los trabajadores de las cárceles privadas se encuentran por debajo de los sueldos de los empleados y funcionarios de las cárceles públicas¹¹³.

En Estados Unidos algunos centros penitenciarios privados requieren contar con un mínimo de reclusos y establecen ciertas limitaciones en la prestación del servicio de salud y en la cobertura de las pólizas de los presos, ejemplo de ello es lo sucedido en Tennessee, Florida o Nevada, donde existen restricciones para el suministro del servicio médico, lo cual constituye una desventaja en la privatización de las cárceles, por cuanto en los centros penitenciarios es usual la propagación de enfermedades entre los reos. Dentro de este marco asegura Mayta Zamora lo siguiente: La amplia difusión y auge de enfermedades contagiosas entre los presos, así como las largas condenas y los problemas mentales, suponen un mayor coste y un sensible incremento en las previsiones originarias. En este sentido, cárceles como las del condado de Monroe (Florida), en concreto la de Wacknhut, en febrero de 1990 asume el control una empresa privada, pero rápidamente pidieron ayudas adicionales para la contratación de más personal recurriendo a la financiación pública lo que hizo que el contrato se rompiera.¹¹⁴

Diversas organizaciones no gubernamentales y de tipo religiosas solicitaron se cesara en la privatización de los centros penitenciarios por considerar que los únicos beneficiados eran los empresarios privados, y en tal sentido, expusieron que tanto el Estado como los reclusos deben obtener provecho y beneficios. De la misma manera se criticó que solo el Estado se encuentra en la potestad de aplicar las sanciones a los reclusos y no así las empresas privadas, quienes no pueden decidir sobre privar la comunicación de los reos ni internar a los mismos.

Adicionalmente, señala Mayta Zamora que la privatización de las cárceles no produce la disminución de los gastos del Estado, debido a que la rehabilitación de los internos es más efectiva dentro del centro penitenciario y que la cantidad de reos aumenta con el devenir del tiempo lo que implica el incremento del hacinamiento en las cárceles y la necesidad de acudir a empresas privadas realizando grandes erogaciones dinerarias, producto de lo cual sugiere el autor, centrarse en una política criminal caracterizada por el empleo de quipos multidisciplinarios con el propósito de disminuir los índices delictivos¹¹⁵.

En el mismo orden, se ha precisado que solo los órganos jurisdiccionales poseen competencia para revisar las decisiones de las autoridades de los centros penitenciarios, en lo que respecta a los requerimientos de libertades vigiladas, indulgencias total o parcial de las

¹¹³ Mayta Zamora, J. *op. cit.* p. 18

¹¹⁴ Mayta Zamora, J. *op. cit.* p. 19

¹¹⁵ *Ibidem*

condenas por buen comportamiento, y de la mayor parte de los derechos amparados constitucionalmente y en el Código Penal.

Derivado de lo anterior, cierto sector considera que encomendar tales funciones a las empresas privadas afectaría la soberanía y autoridad del Estado, y por el contrario, requerir que los trabajadores de los centros penitenciarios privatizados sean funcionarios públicos que gestionen la administración de las cárceles sería conducente y necesario, en otras palabras, se colige que debería producirse la privatización parcial de las cárceles.

En las cárceles privadas de Estados Unidos es común que los recursos adjudicados por el Estado para los servicios dentales y médicos de los reos, otorgamiento de licencias, gastos de transporte, compensaciones por daños, entre otros, sean utilizados en fines distintos, es decir, puede producirse desvío de fondos. En tal sentido añade Arriagada:

Estos costos ocultos dificultan la tarea estatal de establecer un precio de contratación adecuado. De ello deriva a su vez la dificultad de determinar si la privatización efectivamente permite el ahorro de fondos públicos, ya que de no existir certeza sobre el monto total de inversión, la comparación es meramente especulativa. Por cierto, este problema no afecta a la contraparte privada de la convención, toda vez que su oportunidad para generar ganancias descansa en su capacidad de operar la instalación a un menor costo que el precio que el Estado ha establecido en el contrato, y no en una predicción global de costos asociados.¹¹⁶

En Estados Unidos se implementó la privatización de las cárceles en gran medida por la capacidad de las empresas privadas de innovar en materia de infraestructura, no obstante, la baja calidad en la prestación del servicio a los reos es una realidad imperante, ello basado en el interés de los empresarios de ahorrar gatos en éste ámbito para obtener mayores ganancias. En esta perspectiva asegura Arriagada lo siguiente:

En Estados Unidos, los críticos de las prisiones privadas encuentran continuamente abrumadores ejemplos de una avaricia descontrolada. En Houston, en una cárcel operada por la CCA, los enfrentado dormitorios han sido habilitados para alojar a grupos de 50 a 60 individuos, sin privacidad en duchas e inodoros;⁹¹ en Carolina del Sur se debió clausurar una cárcel privada debido a que se alojaban 18 internos en una celda individual, sin inodoros, sino con tazas;⁹² en Youngstown, una cárcel de mediana seguridad operada por la CCA en Ohio, se permitió el ingreso de presos violentos de máxima seguridad, dándose lugar a numerosos atentados dentro de la población reclusa.¹¹⁷

¹¹⁶ Arriagada, I. De cárceles y Concesiones: Privatización carcelaria y penalidad neoliberal. Santiago Chile: Universidad de Chile; 2011. p.15.

¹¹⁷ *Ibidem*.

Otros aspectos negativos de algunas prisiones privadas en Estados Unidos es que suelen racionar los alimentos de los reos y el papel higiénico, produciendo el uso de sabanas u otros implementos para tales efectos. En otros centros penitenciarios se criticó el uso de violencia y crueldad desmedida sobre los reclusos, sin controlarse dichos hechos por parte de las autoridades.

Aunadamente, se ha objetado la ausencia de personal en muchos centros penitenciarios privados, la poca preparación de los mismos y los grandes hacinamientos existentes, los cuales fueron unos de los motivos que propiciaron la administración de éstos por parte del sector privado, es decir, no se combatió en ellos, los problemas que se perseguían resolver.

Dentro de este marco aduce Arriagada que en un informe realizado por Human Rights Watch respecto del reclusión de niños en el estado de Louisiana, que data del año 1995, se concluyó que no se estaban poniendo en práctica las recomendaciones internacionales en la materia, por cuanto no se adjudicaba una habitación por recluso sino que se disponía de un dormitorio para aproximadamente cuarenta reos, violándose de este modo el derecho a la intimidad de los mismos, quienes además recibían abusos físicos y no eran bien alimentados¹¹⁸.

Se reprochó que en las cárceles privatizadas de manera total, se escapaba de las manos del Estado aspectos de gran importancia como la alimentación y salud de los reclusos, por ende, todos los ámbitos de la vida de los prisioneros pasan a ser conducidos por las autoridades de tales centros penitenciarios, desde el tiempo de esparcimiento, de alimentación, de higiene, hasta el diseño de las habitaciones, lo que puede aumentar las arbitrariedades.

También fue objeto de crítica, el hecho de lucrarse de manera exorbitante las empresas privadas dedicadas a esta actividad, así, aseguran los expertos que sacan provecho de cada aspecto controlado en las cárceles, alimentos, salud, transporte, vestimenta, infraestructura, e incluso cobran altos montos a los reos por las llamadas telefónicas. A lo anterior debe adicionarse que son asignados a los reclusos trabajos bajo el pretexto de lograr con ello su reinserción social, cuando lo cierto es que se busca obtener beneficios económicos por parte de los administradores de los centros penitenciarios, no obstante, esto también es observado en las cárceles públicas. Al respecto, asegura Arriagada lo siguiente: Pese a que en Estados Unidos solo una minoría de los presos accede a actividad laboral, existiendo un índice de ociosidad cercano al 70%, nada impediría explotar esta nueva mina de oro en manos del sector privado; al punto que hasta las prisiones públicas en Estados Unidos han externalizado la mano de obra

¹¹⁸ Arriagada, L. *op. cit.* p. 23

penitenciaria a compañías privadas, destinándola a actividades tales como telemarketing o manufactura.¹¹⁹

En criterio de Arriagada, las cárceles privadas no reflejan mayores ventajas o beneficios para el Estado, los reclusos o la ciudadanía, puesto que no es significativo el ahorro en los gastos de mantenimiento de los establecimientos penitenciarios privados, y en algunos casos superan los gastos de las cárceles públicas, motivo por el cual concluye que la privatización de los centros penitenciarios es altamente perjudicial y desfavorable¹²⁰.

En relación a las condiciones de las instalaciones, en algunos casos son más óptimos los centros penitenciarios manejados por el sector privado, pero ello no constituye la regla. En lo concerniente a la seguridad de los reos y de la colectividad, a los servicios médicos y alimenticios, al control del orden, capacitación de los reclusos y beneficios obtenidos por éstos y reinserción laboral, se produce conforme lo ha sostenido la doctrina, una situación similar a la prestada en las cárceles públicas.

4.3. Situación de México

En México el gobierno delegó la construcción de los centros penitenciarios a ciertas empresas privadas, las cuales se encargan de la alimentación de los reos, de preservar la salud de éstos, de asignar trabajos y fomentar la educación de los mismos. México se caracteriza por asociaciones público privadas, la aplicación de las sanciones correctivas y disciplinarias, así como también la vigilancia y resguardo de las cárceles siguen siendo efectuadas por el Estado.

No obstante, ha sido objeto de crítica en dicho país que la concesión de la administración de los centros penitenciarios a empresas privadas no ha sido llevada a cabo de manera proba y transparente. Del mismo modo, indica Mayta Zamora que La Comisión Estatal de los Derechos Humanos sigue revisando en la actualidad, el suministro de los alimentos en los centros penitenciarios privados caracterizados por la tercerización, con el objeto de asegurar sea prestado de manera correcta. Y añade el autor: Cada centro penitenciario concesionado, está diseñado para 2.500 internos, mas (sic) una dotación de 800 personas en el área de apoyo administrativo, mantenimiento y seguridad, estando los referidos centros, ubicados en diferentes áreas del país. Las dimensiones de cada centro no tienen precedentes en Latinoamérica, teniendo cada uno una superficie promedio de 80 hectáreas.¹²¹

¹¹⁹ Arriagada, L. *op. cit.* p. 24

¹²⁰ *Ibidem.*

¹²¹ Mayta Zamora, J. *op. cit.* p. 11.

Por su parte, Espejel y Díaz aseguran que en México es evidente la ineficacia de las empresas privadas para manejar los centros penitenciarios y para construir las instalaciones necesarias, las cuales debieron ser innovadoras y superar las cárceles públicas. Tampoco poseen conocimiento suficiente en materia de transporte y comunicación, presentando por tanto deficiencias en este aspecto¹²².

Con ocasión de la crisis en materia penitenciaria el Gobierno delegó en el sector privado la construcción de los centros penitenciarios, por considerar que al aumentar el número de éstos se resolvería los problemas de hacinamiento y sobrepoblación, pero la adjudicación de competencias a las empresas privada ha sido objeto de ataque por organizaciones intergubernamentales que afirman que se vulneran derechos humanos en las mismas y que el gobierno evade su responsabilidad.

En México se ha conferido competencia en materia penitenciaria a empresas que carecen de experiencia y conocimientos al respecto, lo cual conlleva a la violación de derechos humanos. En este país rige la Ley de Asociaciones Público-Privadas en la cual se estableció que en caso de verificarse irregularidades en la edificación y manejo de las cárceles, los empresarios privados quedarían excusados de toda responsabilidad, lo que demuestra que ello puede causar corrupción y malversación de fondos.

4.4. Situación de Chile

En Chile se emplea un sistema mixto, es decir, la privatización de las cárceles en un sistema público-privado, en este país se han incrementado los gastos que el Estado sufraga por cada reo, en consecuencia, no constituye desde esta perspectiva una herramienta positiva. Al igual que en los otros países, empresas específicas se dedican a la realización de esta actividad, encargándose del diseño, construcción, habilitación y administración de los centros penitenciarios, albergues y establecimientos de detención. Dentro de este marco, asegura el autor Mayta Zamora que: El Programa de Concesiones en Infraestructura Penitenciaria se ejecuta a través de dos etapas: Primera, cuyo objeto es la construcción de los recintos; Segunda, dirigida a la explotación de la concesión. Los empresarios privados participarían en el equipamiento, financiamiento, diseño, administración, construcción, operación y mantenimiento de los establecimientos penitenciarios; durante un período de 20 años.¹²³

¹²² Espejel, A. y Díaz Sandoval, M. De Violencia y Privatizaciones en México: el caso de las asociaciones público-privadas en el sector penitenciario. *Revista Mexicana de Análisis Político y Administración Pública* Departamento de Gestión Pública y Departamento de Estudios Políticos y de Gobierno. 2015; 4 (1):129-158.

¹²³ Mayta Zamora, J. *op. cit.* p. 9.

Otros factores que constituyen desventajas o perjuicios de la privatización del sistema penitenciario en Chile son la demora en la entrega de las cárceles y los gastos imprevistos que suelen surgir luego de otorgada la concesión por parte del Estado. En otras palabras, luego de emitido un presupuesto inicial las empresas privadas tienden a solicitar más dinero para la culminación de los centros penitenciarios y su equipamiento, haciéndose una práctica reiterada el aumento de los costos establecidos en principio. De acuerdo a cifras expedidas por el Ministerio de Justicia, al 31 de marzo de 2009, las seis cárceles concesionadas que se encuentra en operaciones albergaban a 10.556 internos (18.8% de la población reclusa en Chile, que a la misma fecha alcanzaba en total a 55.957 internos). Otra dificultad, que se observa, el costo por penado no expresa el monto recibido directamente por los reclusos en términos de mejor calidad de servicio, infraestructura y programas de rehabilitación y reinserción (finalidad de rehabilitación).¹²⁴

En Chile la reducción de la delincuencia no representa necesariamente una disminución en los gastos del Estado en las cárceles privatizadas, por el contrario, los costos en estos centros penitenciarios se han incrementado. En este país, sectores de la industria e incluso del gobierno han impedido se lleven a cabo las reformas legislativas necesarias para perfeccionar y conferir mayor seguridad y transparencia en los procesos de concesión de la actividad penitenciaria a empresas privadas, poniéndose en relieve un choque de intereses que desemboca en corrupción y mala utilización de fondos.

Sin embargo, otro sector estima que la privatización de las cárceles en Chile es necesaria ya que en los centros penitenciarios públicos no se ejerce una correcta planificación, no se prevén asertivamente los costos y el mantenimiento de los servicios básicos. No obstante, esto ocurre igualmente en las cárceles privadas como refiere Arriagada: En lo que respecta a la estimación global del sistema de concesiones, de acuerdo al informe elaborado por la empresa Pricewaterhouse Coopers Chile, el monto final de inversión estimado para el período de explotación de penales concesionados alcanza un promedio de US\$ 130.020 por cada interno, considerando lo destinado a construcción, operación y costo variable en la mantención de cada recluso.⁶⁸ Y las cifras, según el ex Ministro de Justicia Felipe Bulnes, llegarían a sobrepasar en un 214% la proyección inicial.¹²⁵

En Chile la concesión de las cárceles a empresas privadas estuvo motivada por la necesidad de solventar el problema de sobrepoblación, mejorar las condiciones de los

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ Arriagada, L. *op. cit.* p. 26.

establecimientos, aumentar la reinserción social y laboral de los reos y disminuir los índices delictivos, pero en la práctica las edificaciones realizadas por el sector privado presentan irregularidades como filtraciones y son objeto de inundaciones, y a pesar de ser la mayoría más aptas que las públicas se observan hacinamiento.

Se ha constatado que la alimentación de los reos no es la mejor, produciéndose en algunos casos descomposición de alimentos lo cual genera pérdidas. La salubridad de estas cárceles tampoco destaca respecto de las instalaciones públicas, pues se ha verificado falta de higiene y aseo. No existe en Chile un registro para comprobar la efectividad en la prestación del servicio médico en las cárceles privadas.

4.5. Situación en la República Oriental del Uruguay

En Uruguay fue autorizada por el órgano competente el Ministerio del Interior la construcción y mantenimiento de una cárcel por una empresa privada por el lapso de veinte años. Del mismo modo se aprobó el suministro de los alimentos de los reos por otra empresa privada, pero el resguardo y vigilancia de las cárceles, la prestación de los servicios de salud y de rehabilitación de los reos sigue en manos del Estado.

En Uruguay se emplea una privatización parcial o pública-privada, así se planteó la creación de un establecimiento carcelario modelo que permitirá albergar 1960 presos. En este país ha aumentado la tercerización de los servicios, no obstante, este aspecto ha sido objeto de múltiples objeciones¹²⁶. Señala Mayta Zamora que la Contraloría General de la República realizó una investigación a la empresa encargada de prestar el servicio de salud a los reos en todo el país, en virtud del incumplimiento del contrato suscrito con el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC). De lo que se infiere que la privatización no siempre produce el efecto deseado, a saber, la mejora en el suministro de los servicios¹²⁷.

El sistema penitenciario en Uruguay presenta dificultades producto del hacinamiento de los reclusos, la sobrepoblación y altos índices de violencia, a lo que se suma, que muchos reos no han sido condenados, pernotando hasta tanto en las cárceles. Expuso Zubillaga que el incremento desmedido de los reos adicionado a las condiciones inhumanas de las prisiones conllevó a la aprobación de la ley 18.667 de Emergencia Carcelaria cuyo propósito era lograr mejoras en el sector penitenciario mediante la aprobación de gastos y costos de tipo

¹²⁶ Mayta Zamora, J. *op. cit.* p. 11

¹²⁷ *Ibidem*.

extraordinarios. Propone dicha ley la creación de nuevas infraestructuras, la finalización de las inconclusas y la mejora de las existentes.

La ley 18.719 de Presupuesto duplicó los recursos asignados al Ministerio del Interior y dispuso la creación del Instituto Nacional de Rehabilitación. Estas intervenciones legislativas evidencian que la política penitenciaria nacional se direcciona hacia la expansión del aparato carcelario. El 9 de junio del 2015 se firmó el Contrato para el Diseño, Construcción, Conservación y Operación de la Unidad de Personas Privadas de Libertad N° 1 entre el Ministerio del Interior y el grupo de empresas nucleadas en el consorcio “Unidad Punta de Rieles S.A.”.¹²⁸

Indica Zubillaga que en el referido contrato se precisaron los deberes de cada una de las partes, y los dispositivos para garantizar su cumplimiento. En tal sentido, se instituyó que es obligación de las empresas privadas suministrar los servicios alimentarios, lavandería, mantener las instalaciones, entre otros, y correspondiendo al Ministerio del Interior efectuar los desembolsos de manera trimestral¹²⁹. Explica el mencionado autor que la seguridad, educación y aspectos sanitarios fueron excluidos de este contrato, afirma que el pago por parte del Estado se encuentra condicionado a la probabilidad de sobrepoblación lo cual ha sido objeto de debate. Se critica además que se dificulta en este país la reinserción social y laboral dado la exclusión de tal aspecto del contrato, lo que se considera una falla en el sistema.

4.6. Situación en España

En España la mayor parte de las cárceles son manejadas por el Estado, solo la comunidad de Cataluña delegó tal labor a las empresas privadas. Sin embargo, es ampliamente posible la construcción de nuevos centros penitenciarios por el sector privado en Cambrians y Barcelona, en la mayor parte de los Centros de Internamiento de Menores se ha privatizado el servicio, salvo en Cataluña, Extremadura y Ceuta, donde el gobierno continua siendo el único competente a tales efectos para así conservar el resguardo y protección de los menores de edad¹³⁰.

Aseguró Mayta Zamora que “El 68,1% de los centros en 2008 están gestionados por entidades privadas o colaboradoras, según datos del Boletín de estadística básica de medidas impuestas a los menores infractores del Ministerio de Sanidad y Política Social”¹³¹. En España

¹²⁸ Zubillaga, D. Privatización Carcelaria y Economía Política de la Pena en torno a la Experiencia Uruguaya de Cárcel PPP Unidad N° 1 Punta de Rieles. Universidad de Castilla-La Mancha; 2018. p. 18

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ Mayta Zamora, J. *op. cit.* p. 7

¹³¹ *Ibidem*.

la privatización de las cárceles ha sido arduamente objetada por diversas asociaciones que refutan que el resguardo y seguridad de los centros penitenciarios sea efectuado por empresas privadas y no por sus empleados o por la guardia, comprometiendo con ello la seguridad y la paz de los ciudadanos.

Se viene realizando un estudio para determinar la viabilidad o no de la privatización de establecimientos penitenciarios. No obstante; la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria en su artículo 3º numeral 4) señala: “La administración penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos”. Del mismo modo; el artículo 2º señala: “La actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Ley, los reglamentos y las sentencias judiciales”.¹³²

Se obtiene de lo *ut supra* expuesto que se garantiza en el ordenamiento jurídico español los derechos ineludibles de los reos. Por otra parte, la aplicación o ejecución de las condenas y sanciones son efectuadas por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio de Justicia. Ahora bien, de privatizarse determinada cárcel corresponderá la ejecución de la condena al órgano delegado por el Tribunal que decidió la causa respectiva, lo que a su vez implica reformas en la legislación del país bajo estudio. Son numerables las voces negativas contra la privatización en España; el Diario “El País” de fecha 22 de junio de 2012⁴⁷, hace mención a un artículo publicado por “The New York Times”, señalando que, la empresa **Community Education Centers**, es el mayor operador de estas instalaciones, tiene un sistema mal dirigido, sin personal suficiente y con unos trabajadores desmoralizados, del que los individuos más peligrosos escapan con frecuencia para causar estragos, mientras que los delincuentes relativamente poco peligrosos se enfrentan al terror y a los abusos por parte de otros internos.¹³³

Se obtiene de este modo, que la mencionada empresa no cuenta con las medidas de seguridad necesarias para proteger a los reos y para evitar se fuguen de la prisión por ellos dirigida, lo cual representa una amenaza para la colectividad, a lo que se adiciona que no cuentan con personal calificado presto para asumir el importante rol que les fue otorgado.

Otro aspecto que ha sido objeto de crítica por diferentes organizaciones es el hecho de no haberse reducido el gasto público, caracterizándose solo la privatización de los centros penitenciarios por beneficiar a las empresas de seguridad. De manera que, las desventajas más importantes en este país serían: a) la necesidad de reformar el ordenamiento jurídico para

¹³² Mayta Zamora, J. *op. cit.* p. 9

¹³³ *Ibídem.*

extender la privatización de las cárceles, b) el tema de la seguridad en las prisiones y c) la no reducción de los gastos del Estado.

Expresa Tejela que en España no opera de manera absoluta la privatización del sistema penitenciario sino que es concebida como una forma de participación o colaboración por parte de empresas privadas de carácter auxiliares reguladas en leyes y reglamentos¹³⁴. Señala el aludido autor que en España se promulgó el Proyecto de Reglamento de la Escuela de Reforma de Santa Rita que consagraba el internamiento en un recinto eminentemente privado en el que se educaba y corregía a los jóvenes.

Posteriormente se sancionó la Ley de Tribunales Tutelares en el año 1918 en la cual se otorgó carácter público al juzgamiento y privación de libertad de menores de edad. En dicha ley se estableció que los jóvenes podían ser reclusos en establecimientos públicos o dirigidos por empresas privadas. Manifestó dicho autor que subsiguientemente se sancionó la LO 4/1992, en relación a la cual aseguró: Estos serían los primeros antecedentes de la titularidad y gestión de los centros de internamiento de menores tras la aprobación de la norma constitucional en España. Con la actual redacción de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, puede apreciarse la herencia de una gestión, descentralizada y privada, del internamiento de menores muy unida al carácter proteccionista de los primeros modelos tutelares de justicia juvenil¹³⁵. La intencionalidad de nuestro legislador era recoger la posibilidad de colaboración con entidades privadas, ONGs y fundaciones de carácter social dirigidas por particulares, pudiendo establecerse medios de diversión, que evitaran el internamiento institucional del menor, propios del sistema de las 4D (Descriminalización, desinstitutionalización, diversión y debido proceso –due process-) ¹³⁶, se ha convertido en el traslado a la tradición histórica enraizada en nuestro país.¹³⁵

Aduce Tejela que se dispone en la norma que los establecimientos destinados a internar menores de edad pueden ser administrados por el sector público, privado o mixto. Una ventaja observada en España es que en los centros de reclusión de menores se reeduca a los mismos para su posterior reinserción en sociedad, lo cual fue incluido en la LO 5/2000, de fecha 12 de enero.¹³⁶

La Ley Penal del Menor posibilitó la privatización penitenciaria de los jóvenes, y esclarece que tal privatización debía ser desarrollada sin fines de lucro, no obstante, ante la necesidad de recursos financieros se otorgó dicha competencia a entes privados, pero en el

¹³⁴ Tejela, G. La Privatización en el Sistema Penitenciario. Madrid: Universidad de Alcalá; 2017. p. 45.

¹³⁵ *Ibidem*

¹³⁶ Tejela, G. *op. cit.* p. 47.

proceso de ejecución de las sanciones e implantación de medidas pueden participar los órganos locales. Se obtiene así, que los entes privados no ostentan de manera absoluta la competencia penitenciaria y son supervisadas por el gobierno. Es competencia de la Administración pública la inspección y vigilancia de los establecimientos penitenciarios como se desprende del artículo 37 del Decreto 98/2015, aplicable en Andalucía¹³⁷.

Capítulo V: Aspectos positivos y negativos de la privatización de los recintos penitenciarios

Introducción

La privatización de cárceles se ha convertido en uno de los negocios más rentables por organizaciones privadas en países como Estados Unidos de América, donde empresas como *Corrections Corporation of America* hoy CoreCivic y el Grupo Geo generen ganancias anuales por más de cuatro mil millones de dólares, teniendo como materia prima a los seres humanos, muchas veces han sido señaladas de ejercer tratos inhumanos a sus prisioneros y aprovecharse de su estado como propietarios de los centros penitenciarios en los que la mayoría de la población carcelaria está conformada por latinos indocumentados y afrodescendientes, para lucrarse de su trabajo cotizado a un precio muy por debajo del normal. Asimismo, existen diversas críticas respecto al trato y manera de disciplinar a los reclusos que se encuentran en estas instalaciones, en reiteradas ocasiones personas que defienden los derechos civiles de los reclusos han manifestado que en aras de lograr una optimización económica las empresas no proveen lo necesario para respetar los derechos fundamentales de los presos.

Lo cierto es que este modelo de contratación se introdujo en el mercado con el objetivo de mitigar los impactos producidos por la sobrepoblación carcelaria, que ha estado en un constante crecimiento desde la década de los ochenta, y así controlar problemas como el hacinamiento, falta de higiene y salubridad, aportando de manera positiva en la búsqueda de la solución a esta problemática, lo que se ha podido constatar a lo largo de estos años.

No obstante, muchos de los contratos celebrados entre los grupos privados y los gobiernos locales han podido dejar en tela de juicio el poder que han de ejercer estos sobre la aplicación de la justicia y todo lo que ello implica, muchas veces motivados por los condicionantes de cumplir con la cuota mínima de reclusos que deben estar en estos centros y así evitar el pago de las multas estipuladas en los contratos y con esto evitar que el pago de las mismas sean realizados por los contribuyentes.

¹³⁷ Tejela, G. *op. cit.* p. 49-50.

Con los impactos producidos por la sobrepoblación carcelaria solucionados, y con un gran problema sobre la influencia que están teniendo los centros penitenciarios de carácter privado sobre los estrados judiciales se plantea su implementación en América Latina donde Chile es el país que ha dado grandes avances en esta materia y en la cual Argentina está en vía de implementar, analizando los beneficios producidos por estas cárceles pero sin olvidar los problemas sociales que promueven este tipo de contratación.

5.1. La privatización del régimen penitenciario: antecedentes

La privatización del régimen penitenciario tiene origen en los Estados Unidos de América, dado en la década de los 80's como consecuencia de la gran demanda de este tipo de establecimientos producto del excesivo aumento en la tasa de criminalidad por parte de algunos miembros de la población estadounidense, en su mayoría eran afroamericanos y latinos procesados por delitos leves y aquellos relacionados con la venta, tráfico, distribución de estupefacientes e inmigración ilegal en el país. Asimismo, se debe señalar que el cambio de política durante la última década contribuyó e impulsó de manera significativa al incremento de prisioneros.

Durante el inicio de los años setenta el sistema penal y penitenciario se ejercía bajo el régimen legal de sentencia indeterminada donde la misma no se define en el momento en que es dictada. Por el contrario, esta se precisa cuando uno o más órganos administrativos evalúan la duración exacta de la pena, proceso en el cual intervienen aspectos como el grado de peligrosidad del prisionero y el peligro que este pudiese representar para las demás personas cuando salga a la libertad.

El juez tenía la facultad para determinar si el acusado era culpable o no, en caso de serlo le dictaminaba que su período de condena podía ir tanto desde la pena mínima como hasta una pena máxima establecida por la Ley. Además el caso podía ser revisado por el órgano administrativo las veces que fuese necesario, es así como en procesos condenados a un máximo legal de cadena perpetua podía quedar reducida a cinco años, otorgándose además la libertad condicional a los tres¹³⁸.

A pesar de los problemas que se podían encontrar en este tipo de sistema penal y penitenciario, no disgustaba al menos a los que en él y en su toma de decisiones se veían implicados: El sistema satisfacía a casi todo el mundo. A los jueces, porque les relevaba de la gran responsabilidad de tener que dictar sentencias determinadas; a los administradores de las

¹³⁸ Messenger, J. *Determinate Sentencing Statute: History and Issues*. Washington D.C: Oxford Press; 2004, p 15.

prisiones, porque en sus manos se depositaba un poderoso instrumento para el control de los reclusos más hostiles y violentos; y, finalmente, a los políticos, porque ello les permitía exonerarse de responsabilidades, ya que las penas se podían endurecer sin límite, calmando así las posibles demandas públicas, sin que ello hubiera de afectar la capacidad de discreción de la junta administrativa correspondiente.¹³⁹

Paralelamente existía una tensa lucha por los derechos civiles principalmente incentivada por diversos grupos progresistas que para el caso del sistema penal y penitenciario legalmente basados en el modelo de la sentencia indeterminada terminaba siendo uno de los principales afectados. En primer lugar, bajo este modelo no se garantizaba una rehabilitación de las personas que cumplían con su sentencia, en segundo lugar, las condiciones en las que se encontraban las instalaciones donde los reclusos pagaban su condena estaban siendo señaladas directamente ya que en ellas se encontraban problemas estructurales y de higiene. Así se plantea realizar un cambio en el modelo de sentencia indeterminada a un modelo de sentencia determinada que permita fortalecer las penas y en las que en la mayoría de los casos se pudieran completar de forma íntegra.

De esta manera, se logra desencadenar el continuo interés de las organizaciones privadas en acoger no sólo la construcción de nuevos establecimientos penitenciarios adecuados para satisfacer las necesidades presentadas durante esta década, además pretendían extender sus servicios al mantenimiento, seguridad, administración, transporte, custodia, salud y vestimenta de estos centros de reclusión, a un bajo costo que lograra significar un ahorro para el estado. Estados como Tennessee, Kentucky, Arizona, Texas y Florida fueron pioneros en la implementación de este tipo de contratación en el que se destaca la *Corrections Corporation of América* como una de las precursoras al negocio que genera múltiples ganancias económicas: Según, la empresa de investigación IBISWorld USA, las correccionales privadas son un sector de US \$ 22,700 millones de dólares con una tasa de crecimiento anual de 4.7% en los últimos cinco años. Mientras que, el crecimiento disminuyó de 2009 a 2010, las proyecciones para el mercado siguen siendo optimistas.¹⁴⁰

Actualmente en los Estados Unidos de Norteamérica se celebran contratos para la privatización total del funcionamiento de estos centros penitenciarios a los que llegan estadounidenses (en su mayoría afroamericanos), latinos e inmigrantes condenados por delitos

¹³⁹ Bernardo, P. Las prisiones privadas: un nuevo modelo en una nueva concepción sobre la ejecución penal. Madrid: Universidad Complutense; 1990, p 569.

¹⁴⁰ Mayta, M. Perspectivas de la Privatización de los Establecimientos Penitenciarios en América Latina, Lima Universidad de Piura; 2012, p 8.

que se pueden pagar en establecimientos que no requieran ser de alta seguridad. Cediendo incluso el poder de disciplinar y castigar a los reclusos sin que estas tengan la obligación de informar públicamente lo ocurrido en cada uno de estos centros, de igual manera tienen toda la facultad para utilizar la mano de obra del interno generando otro ingreso por facilitar este servicio a las diferentes empresas privadas¹⁴¹.

Europa no ha sido ajena a este tipo de contratación por parte del estado, en el Reino Unido y Francia se establecen acuerdos para la privatización de los servicios penitenciarios en los que a diferencia de los estadounidenses no entregan totalmente el control de estos centros penitenciarios, en Francia los servicios contratados son aquellos relacionados con la logística y el bienestar de los servicios de apoyo al interno (mantenimiento, alimentación, vestimenta, etc.), dejando la seguridad y la gestión de las prisiones en manos del Estado. Por el contrario en el Reino Unido se privatiza casi en su totalidad la operación de las cárceles, en el que el estado aún conserva la supervisión y el control de estas bajo la implementación de un sistema interno de control¹⁴².

Después de muchos años de experiencia y estudio, el Gobierno Australiano optó por modificar la lógica de la prisión como un lugar de encierro y castigo a uno de cambio y capacitación. De esta manera ha implementado este tipo de contratación en el que el único caso existente presenta múltiples observaciones producto de diferentes hechos violentos y diferencias en los salarios de los colaboradores. Se estima que entre un 60 y 80% de todos los presos tienen algunos problemas con la lectura y escritura, y en pos de dar a los delincuentes la oportunidad de mejorar su estilo de vida, el sistema imparte una activa enseñanza de matemáticas y el idioma nativo, proceso de aprendizaje disponibles en todas las prisiones de Australia.

En América Latina la privatización se realiza de manera parcial en la que la mayoría de los casos resaltan los servicios como suministro de alimentos, vestimenta, salud y algún tipo de mantenimiento físico que requiera la infraestructura. A pesar de esto, en Chile se encuentra uno de los casos más significativos de Suramérica debido a que en este país las empresas privadas manifiestan su interés en la construcción y operación¹⁴³ de este tipo de recintos accediendo de esta manera a la autonomía para utilizar la mano de obra que de ella puedan usar y así beneficiarse de estas concesiones que van hasta por un periodo de 20 años.

¹⁴¹ Carmona, P. Esclavitud en prisiones de EEUU. México: UNAM; 2012, p. 13.

¹⁴² Carmona, P. *op. cit.* p. 16.

¹⁴³ Ministerio de obras Públicas de Chile. Programa de Concesiones de Infraestructuras Penitenciarias: Chile: Ministerio de Obras Públicas; 2010. p. 68.

Inicialmente el modelo chileno de concesiones penitenciarias correspondería a un modelo mixto donde mientras la custodia corre por cuenta de Gendarmería de Chile, la intervención psicosocial y la provisión de servicios a la población penal están a cargo de la empresa concesionaria. Este surgió de la promesa de avanzar en eficiencia y enfocar los esfuerzos de rehabilitación a la población penal, resguardando la seguridad ciudadana y los derechos fundamentales de los internos, modernizando las dependencias penales y la segmentación de los internos y planteándose la misión de generar proyectos de capacitación y reinserción social más efectivo.

De esta forma, la división de roles quedó concretada en que el Estado se encarga de la vigilancia, seguridad y administración del establecimiento (a cargo de Gendarmería de Chile), y debe fiscalizar y controlar el cumplimiento de estándares, además de pagar semestralmente a los concesionarios. Por su parte, los actores privados deben diseñar, construir y equipar los establecimientos, generar un manual operativo para capacitar al personal de Gendarmería, mantener la infraestructura y equipamiento, proveer servicios alimenticios, de salud y de reinserción social.

Actualmente, existen tres grupos de concesiones privadas operando cárceles en ese país. El grupo 1 está compuesto por los centros penitenciarios de Alto Hospicio, La Serena y Rancagua, los cuales funcionan desde el año 2006 y tienen capacidad para más de 5.000 internos. El grupo 2 opera los penales de Antofagasta y Concepción, con capacidad para 2.350 internos. Finalmente, el grupo 3 desarrolla su trabajo en los penales de Santiago 1, Valdivia y Puerto Montt, los cuales operan desde el año 2007 con capacidad para más de 5.000 internos¹⁴⁴.

La República de la Argentina por el momento no ha celebrado contrataciones distintas a la de los servicios de alimentación en los establecimientos penitenciarios, es importante recalcar que en el año 1999 el Gobierno Bonaerense acordó con un grupo de empresarios la construcción de la primera cárcel con aportes privados de la provincia y de la Nación. El acuerdo dispuso que la vigilancia, tratamiento y rehabilitación de reclusos seguirían dentro de la órbita estatal. Sin embargo, el constructor del establecimiento cobraría un canon por cada interno que alojase, y comercializaría el producto del trabajo de cada uno de ellos.

5.2. Los problemas del sistema penitenciario actual

El gobierno argentino enfrenta a la sobrepoblación de centros penitenciarios como uno de los principales problemas que actualmente se puede encontrar en el actual sistema

¹⁴⁴ Ministerio de obras Públicas de Chile. *op. cit.* p. 71.

penitenciario. Según cifras oficiales¹⁴⁵ los establecimientos carcelarios que se encuentran administrados por el Servicio Penitenciario Federal están ocupados en un 96,96% de su capacidad operativa utilizable, Servicio que ofrece 12.694 plazas de las cuales están disponibles 386, esta es una tendencia ascendente sostenida desde finales de la anterior década índice que simboliza una tercera parte del personal que ingresa por detención a estos centros.

Cabe resaltar que un gran porcentaje de la actual población penitenciaria en todo el país se encuentra pendiente de que se dictamine su sentencia, dejándolos en un estado de prisión preventiva dado el uso sistemático de la prisión preventiva que constituye uno de los factores principales de este problema, ya que cerca del 60 por ciento de los reclusos (en un 96 por ciento varones) se encuentran bajo el régimen de prisión preventiva, y tan solo cuatro de cada 10 posee una condena firme. Producto de otro problema presente en el sistema penitenciario, las comisarias no tienen la capacidad para atender los trámites respectivos.

Es importante recalcar que durante el año 1994 el número de conflictos y motines producidos en el ámbito carcelario del país fue elevado, como continuación de un clima de protesta que se inició a fines de 1993; los hechos descritos se suscitaron no solo en las distintas unidades de los servicios penitenciarios federal y provinciales, sino también en las comisarias dependientes de las policías provinciales, donde por lo general se aloja a los procesados sin condena¹⁴⁶.

Es difícil contabilizar el número exacto de motines acontecidos en el año, dada la ausencia de estadísticas oficiales sobre el tema; asimismo, para lograr un relevamiento serio, primero habría que establecer los elementos esenciales a tener en cuenta para clasificar cada conflicto del ámbito carcelario en la categoría de motín, y luego disponer de la información completa de los sucesos ocurridos en todos los lugares de detención del país. Esta tarea, sin ser imposible, no está al alcance de la infraestructura con que se construye un informe como el presente, y es un trabajo que deberían encarar los correspondientes organismos estatales, pues son los que cuentan con recursos materiales, legales y presupuestarios idóneos para acceder a toda la información necesaria.

El Colegio de Abogados respaldó públicamente una afirmación realizada por los defensores de la Segunda Circunscripción Judicial de la ciudad de Buenos Aires, en la cual señalaban que las comisarias pico están trabajando con una demanda que dobla su capacidad

¹⁴⁵Servicio Penitenciario Federal. Estadísticas. Buenos Aires: SPF; 2020, p. 8.

¹⁴⁶ Servicio Penitenciario Federal. *op. cit.* p. 12.

de operación, además se cuestionó la gestión de la prisión preventiva la cual cumple un papel de anticipo de pena, generando una sobrepoblación en la población carcelaria.

La sobrepoblación en los centros penitenciarios no sólo produce un estado de hacinamiento, adicionalmente limita la posibilidad de hacer uso de recursos que satisfacen en gran medida derechos básicos como comida, salud, trabajo o educación considerando que cuanto mayor sea la cantidad de reclusos menor será la oportunidad de acceder a los recursos disponibles en el sistema. Del mismo modo el hacinamiento atribuye al incremento de sucesos de violencia entre los presos y funcionarios penitenciarios. Otra consecuencia de la sobrepoblación en los establecimientos carcelarios es el continuo deterioro de las instalaciones como consecuencia del uso intensivo de las mismas¹⁴⁷.

El estado de los establecimientos penitenciarios no es el más adecuado, presentan problemas de infraestructura ya que muchos centros de reclusión no están preparados para cumplir su función de manera adecuada, y otros se encuentran en condiciones de materiales deplorables debido a la antigüedad de sus instalaciones.

Existen múltiples señalamientos al sistema penitenciario argentino puesto que diversos sectores tienen dudas sobre que este logre una reinserción social de aquellos reclusos que pasan por estos centros, puesto que la legislación ha consagrado el principio del trabajo como parte del tratamiento y en tal sentido aquél debería comprender la formación y capacitación del interno para un oficio, arte o profesión que pudiese serle útil al egreso de la cárcel. Como consecuencia los internos se ven involucrados en reiterados delitos generando continuos problemas de inseguridad para la población argentina.

El hospital penitenciario no está dotado de las tecnologías que hoy permiten atender situaciones de emergencia que se puedan presentar al interior del recinto, el hacinamiento y la falta de higiene incrementan los inconvenientes alrededor de estas unidades limitándolos en el mejor de los casos y en establecimientos carcelarios de magnitud a desarrollar operaciones de escasa complejidad y corta internación. La medicina curativa se encuentra seriamente condicionada por la cuestión económica, presupuestaria que ha impedido equipar hospitalariamente la cárcel.

Diversos casos de inseguridad para los reos han existido ocasionando múltiples escándalos dónde se señala directamente al sistema penitenciario como responsable por la integridad y derechos de los reclusos. Uno de los casos más recordados es el del Complejo Penitenciario de Ezeiza, dónde se conoció lo ocurrido gracias a las denuncias de los presos.

¹⁴⁷ *Ibídem.*

Por las denuncias de los presos se pudo constatar que habían sido alojados sin clasificación previa, compartiendo procesados y condenados un mismo pabellón, sometidos a un régimen que imponía traslados a distintos sectores del módulo caminando con la cabeza hacia abajo y las manos atrás; también reclamaban por el tiempo de permanencia dentro de sus celdas (veintidós horas diarias), por verse obligados a comer dentro de la celda, al lado del inodoro, sin poder utilizar el recinto con el que cuenta el pabellón para tal fin, con mesas y banquetas disponibles. Esta situación se agravaba aún más al carecer de los correspondientes elementos de higiene.¹⁴⁸

Los problemas presentes en el sistema penitenciario argentino se encuentran en todo el territorio nacional, en el que se sugieren vincular una política criminal claramente definida y un plan integral de seguridad que pueda fortalecer al sistema y mitigar los problemas que se han presentado a lo largo de los últimos 20 años.

5.3. Las ventajas y soluciones propuestas por las corrientes a favor de las cárceles privadas

Indudablemente uno de los puntos que generalmente se exponen a favor de las cárceles privadas es la implementación de un plan de reinserción social para las personas que por ellas pasan, ya que durante su permanencia en las instalaciones penitenciarias están pagando por los delitos cometidos con un derecho fundamental de la humanidad, el derecho a la libertad sin embargo derechos como a la educación y al trabajo siguen vigentes lo que lleva a plantear a las empresas privadas que administran las cárceles privadas que mediante estos derechos se puede desarrollar un plan de reinserción social, en el que se brinde cursos, talleres y capacitaciones para los reclusos¹⁴⁹.

El fin de lo expuesto es una de las principales razones con las que cuentan el uso de un plan de reinserción social, el evitar la reincidencia delictiva con ello garantizar la seguridad de la sociedad durante el momento que un recluso forme parte de ella. No sólo es beneficioso para la sociedad también lo es para las personas que pagan una condena en establecimientos que cuentan con planes de reinserción social que por lo general se implementan en cárceles privadas, el contar con acceso a educación y distintas capacitaciones amplía de manera considerable las posibilidades de que los reclusos consigan un trabajo cuando salgan a la libertad y con esto puedan tener acceso a una mejor calidad de vida.

¹⁴⁸ Centro de Estudios Legales y Sociales. Colapso del sistema carcelario. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina; 2005, p. 232

¹⁴⁹ Mayta, M. *op. cit.* p. 21.

Prevenir que se cometa un delito no sólo evita el sufrimiento ocasionado por las pérdidas personales y materiales; también es más barato que reaccionar ante delitos consumados y sus consecuencias. Cuando se comete un delito, el estado tiene que gastar recursos públicos en policía, justicia, cárceles, atención a víctimas. Si se suman esos gastos y comparan con el costo de prevenir que el delito ocurra, el análisis sale altamente favorable para la prevención. Aún más, si se consideran los costos privados y sociales de ese delito, y los costos de los delitos futuros prevenidos, lo que permite destinar los fondos a otros sectores que pueden ser aprovechados por la sociedad.

Además, si se tiene en cuenta la cantidad final que un gobierno paga a una compañía privada para dirigir una prisión es menor que si la dirigiera él mismo. Factores como menor costo laboral afectan esto. Los empleados del servicio público usualmente tienen mejor salario general (salario más beneficios) que los empleados privados. Este salario suma más de la mitad de los costos de operación de una prisión. Las firmas privadas siguen pagando salarios similares a los del gobierno, pero los pagos a través del tiempo, seguridad social y compensaciones a los trabajadores son generalmente más bajos¹⁵⁰.

La priorización de los fondos del Estado hacia áreas tan sensibles para la ciudadanía como salud, vivienda y educación (...) ha sido uno de los elementos decisivos para optar, en el caso de Chile, por un modelo de alianza público-privada en la renovación del sistema carcelario.¹⁵¹

En cuanto a la alianza y resultados iniciales que produce este tipo de contratación son otros estandartes de las organizaciones y políticos interesados en la adopción de este método de contratación. La alianza público-privada en materia penitenciaria permite construir cárceles a mayor velocidad y, a la vez, reducir los costos estatales tanto en la construcción como en la operación de cárceles, dando por sentadas a la reducción del gasto fiscal y la expansión de la infraestructura carcelaria con ello fortalecer la capacidad de atender la demanda de reclusos en el país. Asimismo, significaría un alivio inmediato para las cárceles públicas, pues el hacinamiento es uno de los problemas más críticos en estas infraestructuras públicas.

La construcción de nuevas infraestructuras penitenciarias mitiga problemas de salubridad ocasionadas por el hacinamiento a las que se presentan en establecimientos públicos, de la misma manera los reclusos que formen parte de cárceles de tipo privado no se verán afectados por problemas de hacinamiento pues ellas no podrán albergar una cantidad superior

¹⁵⁰ *Ibídem*

¹⁵¹ Arellano, J. Reforma Penitenciaria: El caso del programa de concesiones en infraestructura penitenciaria en Chile. Santiago de Chile: Ministerio de Justicia de Chile; 2002, p 6.

a la otorgada en la concesión. Los casos de violencia y la violencia generada entre reclusos se verán beneficiados puesto que a estos centros llegan personas con un grado de peligrosidad mucho más bajo que en cárceles públicas de alta y media seguridad, protegiendo de manera satisfactoria el derecho a la vida de los detenidos.

Otra de las razones a favor de la implementación de un sistema penitenciario privado es que este cambiaría las responsabilidades correspondientes, ya que el paso desde un aprovisionamiento otorgado por el Estado a uno otorgado por privados significa también el paso desde una sustantiva responsabilidad política a una formal responsabilidad técnica, liberando así una gran cantidad de recursos y responsabilidades que implican el sostenimiento de un establecimiento penitenciario público¹⁵².

5.4. Los peligros que encierra la privatización de las cárceles

A pesar de que la contratación de entidades privadas para la prestación de algunos servicios en las cárceles es común, el modelo de privatización basado en la contratación de organizaciones privadas para que sean los responsables del diseño, construcción, operación, mantenimiento, administración y seguridad tiene mayores implicaciones ético-jurídicas, sociales y económicas.

La principal amenaza que representa el uso de las cárceles privadas es su nivel de influencia que pueda llegar a tener en la ejecución de las Leyes de ejecución penal, lo que causaría que una persona bajo sospecha pagaría sea culpable o no. Las cárceles privadas cobran una tarifa por cada recluso bajo sus instalaciones, sin embargo estas pueden establecer otras tarifas por cada cama y/o celda vacía, así como en algunos casos instauran cláusulas donde obligan al estado a garantizar una ocupación mínima del 80% de estas instalaciones, en este orden de ideas los que terminarían pagando por tener menos personas en prisión serían los contribuyentes, y con el fin de evitar este pago las personas bajo sospecha deberán pasar un tiempo no justo para personas puestas bajo prisión preventiva producto de la negligente aplicación de la normatividad legal vigente.

Esto se ha visto representado en el constante crecimiento de población penitenciaria durante los últimos años en países que han implementado este modelo de contratación. Es así como se encuentra uno de los escándalos más reconocidos en los EEUU llamado “*Kids for Cash*” llevado a cabo en el periodo comprendido desde el año 2004 hasta el año 2008. El

¹⁵² White, R. Rule of law and the limits of sovereignty: the private prison in jurisprudential perspective. The American Criminal Law Review. 2002; 38 (12); p. 111-146.

escandalo se centró en sobornos judiciales a dos jueces del Tribunal de Pleas en el Condado de Luzerne, Pensilvania. Los jueces eran responsables de aceptar dinero a cambio de establecer penas más duras a jóvenes y ser enviados a centros privados de detención juvenil, a quienes los condados norteamericanos les pagan una tarifa general fija o una cierta cantidad por joven, por día. Aquellos juicios eran celebrados sin la presencia de sus respectivos abogados.

Del mismo modo se puede afirmar que el trato por parte de los accionistas hacia los reclusos es de una mercancía más a que si trataran con personas, a fin de cuentas, es un negocio para ellos, dejando vulnerables a las personas que pagan sus condenas en estos establecimientos pues sus derechos podrían ser violados constantemente, así como su integridad física y moral. Estudios dan cuenta de una inadecuada alimentación, envejecimiento prematuro y contagio de enfermedades infecciosas producto precarias condiciones higiénicas debido al alto contacto íntimo entre reclusos.

A nivel psicológico se ha constatado que la cárcel privada produce baja autoestima, aumento de agresividad, depresión y estrés coetáneo posterior al periodo de encierro¹⁵³. Es una de las consecuencias de la búsqueda de la optimización de recursos con ello generar una rentabilidad aun mayor para las empresas privadas, dejando de lado la eficiencia con la cual se promocionan estas organizaciones.

Los centros de carácter privado funcionan como cualquier empresa privada, lo que hace que no estén obligadas a informar de todo lo que realmente ocurre al interior de sus instalaciones, claramente es un punto no favorable para la implementación de estos modelos, puesto que en múltiples ocasiones se han presentado hechos de violencia por parte del personal de seguridad hacia los reclusos, afectando de manera directa su integridad física, pero, la fuerza excesiva ha sido protagonista justificándose en que son actos de control por un probable caso de motín.

El personal que hace parte de la fuerza de seguridad en los establecimientos privados es limitado ya que en el ahorro de este personal se encuentra una optimización económica¹⁵⁴. En un sistema de privatización total, la provisión de personal de guardia también está de cargo de la empresa privada. Y la influencia que tienen número, capacitación y entrenamiento de estos funcionarios es decisiva para la seguridad de la población reclusa: a mayor calidad y número del personal de guardia, menor es la posibilidad de abuso psíquico o físico de los internos. Pese a ello, las estrategias para reducir costos en este sentido han ido desde

¹⁵³ Massoglia, J. Incarceration as exposure: The prison, infectious disease and other stress-related illnesses. *Journal of Health and Social Behavior*. 2008; 49 (11): p. 57.

¹⁵⁴ White, R. *op. cit.* p 143.

contratación de escaso personal, disminución de los salarios y reducción del entrenamiento, afectando directamente las condiciones de seguridad al interior de las instalaciones¹⁵⁵.

Los centros penitenciarios privados cuentan con la legítima autonomía de establecer los castigos y las actividades de bienestar que se integran en el programa de reinserción social, de este modo es como las organizaciones que invierten en este sector perciben ganancias con el alquiler de la mano de obra a un precio relativamente barato en EEUU los detenidos ganan entre 23 centavos y 1,4 dólares por hora con un intensidad semanal de 30 horas, donde el trabajo penitenciario genera ingresos por más de mil millones de dólares. Si bien en el mundo desarrollado el trabajo penitenciario es considerado voluntario, lo cierto es que quien se niegue a trabajar recibe un castigo, por ejemplo, un informe disciplinario.

Aunque las cárceles privadas cuentan con un programa de reinserción en la mayoría de los casos este programa falla, pues como se evidencia a estos establecimientos no les conviene que el mismo funcione, su negocio es el albergue de presos, por lo que los empleos ofrecidos en estos programas son aquellos que tienen relación con grandes compañías y no se muestran al público, se sabe que 2.000 presos trabajan como bomberos en California.

El problema viene cuando los reclusos terminan su pena, intentan volver a las calles y descubren que su experiencia en los puestos de mayor especialización, como el de bombero, no les sirve de nada, ya que alguien con antecedentes no puede después optar a trabajos de cierto nivel. Ocasionando que el programa de reinserción del establecimiento privado no funcione y el ex convicto sin otra alternativa vuelva a reincidir en actos delictivos buscando un sustento para su vida.

5.5. La ley de ejecución penal y la posibilidad de establecer cárceles privadas en Argentina

La ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad Ley 24.660 del año 1996¹⁵⁶ y posteriormente la Ley 27.375 del año 2017¹⁵⁷ mediante la cual se modifica parcialmente la Ley 24660. Establece las condiciones que debe presentar un establecimiento que desee prestar el servicio como cárcel, sin embargo, ella no restringe a que una organización privada acceda a prestar este servicio.

¹⁵⁵ Arriagada, L. Cárceles privadas: La superación del debate costo-beneficio. Política Criminal. 2013; 36 (8): p. 233.

¹⁵⁶ Ley 24.660. Boletín Oficial de la República Argentina, 1996

¹⁵⁷ Ley 27.375. Boletín Oficial de la República Argentina, 2017

Al igual que en países como Estados Unidos la ejecución de la pena privativa de la libertad estará sometida al permanente control judicial, deja como responsable de la correcta aplicación de las normas a las que hubiere lugar, a los estrados de justicia pertenecientes al gobierno argentino. El juez de ejecución es el responsable de tomar decisiones operativas en casos que impliquen que el prisionero encuentre en el período de prueba y deba resolverse la incorporación, suspensión o revocación de salidas transitorias, cuando se encuentre en un régimen de cuasi libertad, igual en el caso de que el prisionero se incorpore al periodo de libertad condicional.

La aplicación de las normas de ejecución se realizará sin ningún caso de discriminación o distingo de sexo, idioma, raza, ideología, condición social o cualquier otra circunstancia. El desarrollo, conducción y supervisión de las actividades que conforman el régimen penitenciario serán de competencia y responsabilidad administrativa. De esta manera en caso de que la administración del centro penitenciario este a cargo de una organización de carácter privado será la responsable por la operación del establecimiento penitenciario, saliendo de responsabilidad por parte del estado en este ámbito.

Al implicado se le aplica un paso por 4 períodos los cuales no contemplan la pena por la que se ha condenado al recluso el que tendrá que pasar por un periodo de observación, periodo en el que se realiza el estudio médico-psicológico-social del interno el cual corresponde un estudio médico, psicológico y social del condenado, formulando el diagnóstico y el pronóstico, criminológico. Todo ello se asentará en una historia criminológica debidamente foliada y rubricada que se mantendrá permanentemente actualizada con la información resultante de la ejecución de la pena y del tratamiento instaurado.

Igualmente se ha de recabar la cooperación del condenado para proyectar y desarrollar su tratamiento, a los fines de lograr su aceptación y activa participación, se escucharán sus inquietudes. Indicar la fase del período de tratamiento que se propone para incorporar al condenado y el establecimiento, sección o grupo al que debe ser destinado. En el periodo de tratamiento podrá fraccionarse en fases que importen para el condenado una paulatina atenuación de las restricciones inherentes a la pena. Estas fases podrán incluir el cambio de sección o grupo dentro del establecimiento o su traslado a otro.

Además, este período será progresivo y tendrá por objeto el acrecentamiento de la confianza depositada en el interno y la atribución de responsabilidades, el periodo de tratamiento se desarrollará en 3 fases o etapas: Fase 1. Socialización. Consistente en la aplicación intensiva del programa de tratamiento propuesto por el organismo técnico-

criminológico tendiente a consolidar y promover los factores positivos de la personalidad del interno y a modificar o disminuir sus aspectos disvaliosos.

En la Fase 2. Consolidación. Se iniciará una vez que el interno haya alcanzado los objetivos fijados en el programa de tratamiento para la fase 1. Consiste en la incorporación del interno a un régimen intermedio conforme a su evolución en dicho tratamiento, en el que tendrá lugar una supervisión atenuada que permita verificar la cotidiana aceptación de pautas y normas sociales y la posibilidad de asignarle labores o actividades con menores medidas de contralor.

Para ser incorporado a esta fase el interno deberá cumplir con los requisitos y objetivos como poseer conducta Buena cinco y concepto Bueno cinco, no registrar sanciones medias o graves en el último periodo calificado, trabajar con regularidad, estar cumpliendo las actividades educativas y las de capacitación y formación laboral indicadas en su programa de tratamiento, mantener el orden y la adecuada convivencia, demostrar hábitos de higiene en su persona, en su alojamiento y en los lugares de uso compartido, contar con dictamen favorable del Consejo Correccional y resolución aprobatoria del director del establecimiento.

En la última fase del periodo de tratamiento se trabaja la confianza, que consiste en otorgar al interno una creciente facultad de autodeterminación a fin de evaluar la medida en que internaliza los valores esenciales para una adecuada convivencia social, conforme a la ejecución del programa de tratamiento, se debe tener claro que para acceder a esta fase de tratamiento deberá poseer en el último trimestre conducta Muy Buena siete y concepto Bueno seis.

El ingreso a esta fase podrá comportar para el interno condenado la carencia de vigilancia directa y permanente en el trabajo que realice dentro de los límites del establecimiento, y/o en terrenos o instalaciones anexos a éste, realizar tareas en forma individual o grupal con discreta supervisión en zona debidamente delimitada, alojamiento en sector independiente y separado del destinado a internos que se encuentran en otras fases del período de tratamiento, ampliación del régimen de visitas, recreación en ambiente acorde con la confianza alcanzada.

El período de prueba consiste en el empleo sistemático de métodos de autogobierno y comprende sucesivamente, la incorporación del condenado a un establecimiento abierto, semiabierto o sección independiente de éste, que se base en el principio de autodisciplina, la posibilidad de obtener salidas transitorias del establecimiento, la incorporación al régimen de semilibertad. Para hacer parte del periodo de prueba el recluso deberá cumplir con requisitos como que la propuesta de ingreso al mismo emane del resultado del periodo de observación y de la verificación de tratamiento.

Debe estar comprendido en alguno de los siguientes tiempos mínimos de ejecución, sea una pena temporal sin la accesoria del artículo 52 del Código Penal¹⁵⁸; la mitad de la condena, penas perpetuas sin la accesoria, quince (15) años, o accesoria, cumplida la pena: tres (3) años. Asimismo, el interno no deberá tener causa abierta u otra condena pendiente, e incumbirá en poseer conducta ejemplar y concepto ejemplar. El director del establecimiento será el encargado de resolver en forma fundada la concesión al ingreso a período de prueba, comunicando tal decisión al juez de ejecución y al organismo técnico-criminológico.

Se debe recalcar que aquellos internos que se encuentren condenados por delitos como homicidios agravados previstos en el artículo 80 del Código Penal¹⁵⁹, 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 Penal¹⁶⁰ Privación ilegal de la libertad coactiva, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el artículo 142 bis, antepenúltimo párrafo, del Código Penal; tortura seguida de muerte, artículo 144 ter, inciso 2, del Código Penal¹⁶¹, delitos previstos en los artículos 165 y 166, inciso 2, segundo párrafo del Código Penal¹⁶², Secuestro extorsivo, si se causare la muerte de la persona ofendida, conforme a los supuestos previstos en el artículo 170¹⁶³, antepenúltimo y antepenúltimo párrafos, del Código Penal, delitos previstos en los artículos 145 bis y ter del Código Penal¹⁶⁴ y de aquellos relacionados con el financiamiento del terrorismo, previsto en el artículo 306 del Código Penal. No podrán hacer parte de los beneficios comprendidos en el período de prueba.

Durante el período de libertad condicional, 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, del Consejo Correccional del establecimiento y de la dirección del establecimiento penitenciario que pronostiquen en forma individualizada su reinserción social. Dicho informe deberá contener los antecedentes de conducta, el concepto y los dictámenes criminológicos desde el comienzo

¹⁵⁸ Artículo 52 del Código Penal de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 03 de noviembre de 1921.

¹⁵⁹ Artículo 80 del Código Penal de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 03 de noviembre de 1921.

¹⁶⁰ Artículos 120- 128 del Código Penal de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 03 de noviembre de 1921.

¹⁶¹ Artículo 144 ter. del Código Penal de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 03 de noviembre de 1921.

¹⁶² Artículos 165 y 166 del Código Penal de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 03 de noviembre de 1921.

¹⁶³ Artículo 170 del Código Penal de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 03 de noviembre de 1921.

¹⁶⁴ Artículo 145 bis del Código Penal de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 03 de noviembre de 1921.

de la ejecución de la pena, también 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 manifestación¹⁶⁵.

Al implementar la concesión de la libertad condicional, se exigirá un dispositivo electrónico de control, el cual sólo podrá ser dispensado por decisión judicial, previo informe de los órganos de control y del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución. De esta manera se deberá consignar en un expediente la situación legal del peticionante de acuerdo a la sentencia condenatoria, la pena impuesta, su vencimiento, fecha en que podrá acceder a la libertad condicional y los demás antecedentes procesales que obren en su legajo, la conducta y concepto que registre desde su incorporación al régimen de ejecución de la pena y de ser posible la calificación del comportamiento durante el proceso.

En caso de registrar sanciones disciplinarias, se deberá instaurar la fecha de la infracción cometida, sanción impuesta y su cumplimiento; posición del interno en la progresividad del régimen detallándose la fecha de su incorporación a cada período o fase, así como un informe de la Sección de Asistencia Social sobre la existencia y conveniencia del domicilio propuesto, la propuesta fundada del organismo técnico-criminológico, sobre la evolución del tratamiento basada en la historia criminológica actualizada, y un Dictamen del Consejo Correccional respecto de la conveniencia de su otorgamiento, sobre la base de las entrevistas previas de sus miembros con el interno de las que se dejará constancia en el libro de actas¹⁶⁶.

Una vez cumplido este requisito se dará lugar a la ejecución del Programa de Prelibertad el cual se iniciará con una entrevista del interno con el asistente social designado, quien le notificará, bajo constancia, su incorporación al programa y le informará sobre el propósito del mismo, orientándolo y analizando las cuestiones personales y prácticas que deberá afrontar al egreso, con el objeto de facilitar su reincorporación a la vida familiar y social. A dicha entrevista se invitará a participar al representante del patronato de liberados o de organismos de asistencia post penitenciaria o, en su caso, de otros recursos de la comunidad.

Este programa intensivo de preparación para su retorno a la vida libre el que, por lo menos, incluirá información, orientación y consideración con el interesado de las cuestiones personales y prácticas que deba afrontar al egreso para su conveniente reinserción familiar y social, verificación de la documentación de identidad indispensable y su vigencia o inmediata

¹⁶⁵ Centro de Estudios Legales y Sociales. *op. cit.* p. 247

¹⁶⁶ *Ibidem*

tramitación, si fuere necesario, provisiones adecuadas para su vestimenta, traslado y radicación en otro lugar, trabajo, continuación de estudios, aprendizaje profesional, tratamiento médico, psicológico o social¹⁶⁷.

Existen casos en que se puede aplicar el pago como prisión domiciliaria en internos mayores a 70 años, a mujeres embarazadas, a madres de niños menores de 5 años, reclusos con enfermedades incurables en estado terminal. Sin embargo, la detención domiciliaria está bajo la evaluación y autorización del juez de ejecución, con base en los informes médicos, psicológicos y sociales. Al implementar la concesión de la prisión domiciliaria se exigirá un dispositivo electrónico de control, el cual sólo podrá ser dispensado por decisión judicial, previo informe favorable de los órganos de control y del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución.

El juez de ejecución o juez competente revocará la detención domiciliaria cuando el condenado quebrantare injustificadamente la obligación de permanecer en el domicilio fijado o cuando los resultados de la supervisión efectuada así lo aconsejaren o cuando se modificare cualquiera de las condiciones y circunstancias que dieron lugar a la medida.

La prisión discontinua se cumplirá mediante la permanencia del condenado en una institución basada en el principio de autodisciplina, por fracciones no menores de treinta y seis horas, procurando que ese período coincida con los días no laborables de aquél, el juez de ejecución o juez competente podrá autorizar al condenado a no presentarse en la institución en la que cumple la prisión discontinua por un lapso de veinticuatro horas cada dos meses. Se computará un día de pena privativa de libertad por cada noche de permanencia del condenado en la institución¹⁶⁸.

La semi detención consistirá en la permanencia ininterrumpida del condenado en una institución basada en el principio de autodisciplina, durante la fracción del día no destinada al cumplimiento, en la medida de lo posible, de sus obligaciones familiares, laborales o educativas. Sus modalidades podrán ser la prisión diurna y la prisión nocturna. La prisión diurna, se cumplirá mediante la permanencia diaria del condenado en una institución basada en el principio de autodisciplina, todos los días entre las ocho y las diecisiete horas. Entre tanto la prisión nocturna se cumplirá mediante la permanencia diaria del condenado en una institución basada en el principio de autodisciplina, entre las veintiuna horas de un día y las seis horas del día siguiente.

¹⁶⁷ Arriagada, L. *op. cit.* p. 236.

¹⁶⁸ *Ibidem*.

Los traslados del personal carcelario se realizan sin ningún tipo de publicidad, los traslados de un prisionero de un establecimiento a otro, se deben notificar al juez de ejecución y deberán estar fundamentados. Dentro de las medidas de sujeción queda prohibido el uso de esposas como castigo o cualquier otro medio de sujeción como castigo. Los únicos casos en los que se podrán emplear medidas de sujeción serían en casos como precaución contra una posible evasión durante el traslado del interno, por alguna razón de tipo médico formulado por escrito.

El personal penitenciario (guardia de seguridad) tiene absolutamente prohibido el uso de la fuerza en el trato con los internos, exceptos en casos de fuga, evasión de sus tentativas o de resistencia por la fuerza activa o pasiva a una orden basada en norma legal o reglamentaria. El uso de armas reglamentarias quedará limitado a las circunstancias excepcionales en que sea indispensable utilizarlas con fines de prevención o por peligro inminente para la vida, la salud o la seguridad de agentes, de internos o de terceros. Del mismo modo el poder disciplinario sólo puede ser ejercido por el director del establecimiento, quien tendrá competencia para imponer sanciones, suspender o dar por cumplida su aplicación o sustituirlas por otras más leves, de acuerdo a las circunstancias del caso¹⁶⁹.

Para los trabajos que puedan desarrollar los internos se promulgan como derecho y deber de los mismos. Sin embargo, estos no se impondrán como castigo, no deberán ser aflictivo, denigrante, infamante ni forzado, corresponderán al mejoramiento y formación de hábitos laborales, deberá ser remunerado, se le respetará la legislación laboral y de seguridad social vigente. El trabajo de los reclusos será en todo momento un trabajo remunerado, caso contrario para aquellos servicios o bienes producidos se destinen a entidades de bien público el salario del interno no será inferior a las tres cuartas partes del salario mínimo vital móvil¹⁷⁰.

La capacitación y formación laboral de los internos será concordante con las condiciones personales del interno y con sus posibles actividades futuras en el medio libre. Se promoverá la organización de sistemas y programas de formación y reconversión laboral, las que podrán realizarse con la participación concertada de las autoridades laborales, agrupaciones sindicales, empresarias y otras entidades sociales vinculadas al trabajo y a la producción. Los certificados, diplomas o constancia de capacitación laboral no podrán contener información o referencia de carácter penitenciario.

¹⁶⁹ Mayta, M. *op. cit.*, p 16.

¹⁷⁰ Arriagada, L. *op. cit.* 251

La administración será la encargada de que las tareas laborales se coordinen con los horarios destinados a otros aspectos del tratamiento del recluso. El trabajo y la producción podrán organizarse por la administración, bajo las formas de ente descentralizado, empresa mixta o privada, por cuenta propia del interno o mediante sistema cooperativo.

Todas las personas privadas de la libertad tienen derecho a la educación pública, el Estado nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tienen la responsabilidad indelegable de proveer prioritariamente a una educación integral, permanente y de calidad para todas las personas privadas de su libertad en sus jurisdicciones, garantizando la igualdad y gratuidad en el ejercicio de este derecho, con la participación de las organizaciones no gubernamentales y de las familias. Asimismo, tiene el derecho al acceso a educación en todos los niveles y modalidades¹⁷¹.

Los internos tienen como deber acatar las normas de conducta, para posibilitar una ordenada convivencia, en su propio beneficio y para promover su reinserción social, determinen esta ley y los reglamentos que se dicten, el orden y la disciplina se mantendrán con decisión y firmeza. No se impondrán más restricciones que las indispensables para mantener la seguridad y la correcta organización de la vida de los alojados, de acuerdo al tipo de establecimiento y al régimen en que se encuentra incorporado el interno.

El poder disciplinario sólo puede ser ejercido por el director del establecimiento, quien tendrá competencia para imponer sanciones, suspender o dar por cumplida su aplicación o sustituirlas por otras más leves, de acuerdo a las circunstancias del caso, el reglamento podrá autorizar, con carácter restrictivo, que un miembro del personal superior legalmente a cargo del establecimiento, pueda ordenar el aislamiento provisional de internos cuando existan fundados motivos para ello, dando inmediata intervención al director, en ningún caso el interno podrá desempeñar tareas a las que vaya unido el ejercicio de una potestad disciplinaria¹⁷².

No habrá infracción ni sanción disciplinaria sin expresa y anterior previsión legal o reglamentaria, el incumplimiento de las normas de conducta constituye infracción disciplinaria, cuyas infracciones se clasifican en leves, medias y graves. Se clasifica como falta grave evadirse o intentarlo, colaborar en la evasión de otros o poseer elementos para ello, incitar o participar en movimientos para quebrantar el orden y la disciplina, tener dinero u otros valores que lo reemplacen, poseer, ocultar, facilitar o traficar elementos electrónicos o medicamentos

¹⁷¹ *Ibidem*

¹⁷² Arriagada, L. *op. cit.* p. 257.

no autorizados, estupefacientes, alcohol, sustancias tóxicas o explosivos, armas o todo instrumento capaz de atentar contra la vida, la salud o la integridad propia o de terceros.

Igualmente comprende el intentar introducir o sacar elementos de cualquier naturaleza eludiendo los controles reglamentarios, retener, agredir, coaccionar o amenazar a funcionarios u otras personas. El intimidar física, psíquica o sexualmente a otra persona, amenazar o desarrollar acciones que sean real o potencialmente aptas para contagiar enfermedades. Resistir activa y gravemente al cumplimiento de órdenes legalmente impartidas por funcionario competente, provocar accidentes de trabajo o de cualquier otra naturaleza, cometer un hecho previsto como delito doloso, sin perjuicio de ser sometido al eventual proceso penal. Para el caso de las faltas leves y medias serán dictaminadas según corresponda a la implementación de lo estipulado en el reglamento interno de la prisión.

El interno estará obligado a resarcir los daños o deterioros materiales causados en las cosas muebles o inmuebles del Estado o de terceros, sin perjuicio de ser sometido al eventual proceso penal. Sólo se podrá aplicar como sanción, de acuerdo a la importancia de la infracción cometida y a la individualización del caso según lo anterior se pueden aplicar correcciones como amonestación, exclusión de las actividades recreativas o deportivas hasta diez (10) días, exclusión de la actividad común hasta quince (15) días.

Asimismo, la suspensión o restricción total o parcial de derechos reglamentarios de hasta quince (15) días de duración, permanencia en su alojamiento individual o en celdas cuyas condiciones no agraven ilegítimamente la detención, hasta quince (15) días ininterrumpidos, permanencia en su alojamiento individual o en celdas cuyas condiciones no agraven ilegítimamente la detención, hasta siete (7) fines de semana sucesivos o alternados. Traslado a otra sección del establecimiento de régimen más riguroso u otro establecimiento.

5.5.1. Requisitos que debería cumplir una cárcel privada en concordancia con la normativa argentina

La Ley 24.660¹⁷³ y la Ley 27.375¹⁷⁴ establecen las diferentes directrices con las que se deben tratar a los internos, en el que se insta a que a los reclusos se debería llamar por su nombre y apellido sin importar su raza, sexo o cualquier característica especial que puedan presentar. Asimismo, obliga a los centros penitenciarios a que se promueva el bienestar psicofísico de los internos. Para lo cual se optaría por el uso de medidas de prevención

¹⁷³ Ley 24.660. Boletín Oficial de la República Argentina, 1996.

¹⁷⁴ Ley 27.375. Boletín Oficial de la República Argentina, 2017

recuperación y rehabilitación de salud y se atenderían especialmente las condiciones ambientales e higiénicas de los establecimientos.

Los internos que padezcan enfermedades infectocontagiosas u otras patologías similares, de tal gravedad que impidan su tratamiento en el establecimiento donde se encuentren, serán trasladados a servicios especializados de carácter médico asistencial o a servicios u hospitales de la comunidad. El número de internos de cada centro penitenciario debería estar preestablecido y no se podría sobrepasar esta meta con el fin de evitar un estado de hacinamiento¹⁷⁵.

Los establecimientos penitenciarios deben estar en buen estado de conservación, su ventilación, iluminación, calefacción y dimensiones guardarán relación con su destino y los factores climáticos. Del mismo modo deberían disponer de instalaciones sanitarias suficientes y adecuadas para su aseo. En cuanto al alojamiento nocturno este debería ser en la medida de lo posible individual.

La administración debería proveer a los internos de la vestimenta adecuada para usarla dentro de las instalaciones según se encuentre la estación y el clima, el estado en que estas tienen que estar es en un buen estado de conservación e higiene, por ningún motivo podrían generar un tipo de humillación para el recluso. Del mismo modo la administración sería responsable del suministro de alimentación para el personal carcelario.

Adicionalmente el centro penitenciario debería contar como mínimo con personal idóneo principalmente aquellos que deban estar en contacto cotidiano con los internos el cual tendría que ejercer una actividad predominantemente educativa. Un organismo técnico-criminológico del que forme parte un equipo multidisciplinario constituido por un psiquiatra, un psicólogo y un asistente social y en lo posible, entre otros, por un educador y un abogado, todos ellos con especialización en criminología y en disciplinas afines.

Deben contar con servicio médico y odontológico acorde con la ubicación, tipo del establecimiento y necesidades, programas de trabajo que aseguren la plena ocupación de los internos aptos, biblioteca y escuela a cargo de personal docente con título habilitante, con las secciones indispensables para la enseñanza de los internos que estén obligados a concurrir a ella. Igualmente deben tener un Capellán nombrado por el Estado o adscripto honorariamente al establecimiento y el Consejo Correccional, cuyos integrantes representen los aspectos esenciales del tratamiento.

¹⁷⁵ Arellano, J. *op. cit.* p. 15.

Se precisan de instalaciones para programas recreativos y deportivos, locales y medios adecuados para alojar a los internos que presenten episodios psiquiátricos agudos o cuadros psicopáticos con graves alteraciones de la conducta. Secciones separadas e independientes para el alojamiento y tratamiento de internos drogodependientes. Instalaciones apropiadas para las diversas clases de visitas autorizadas. Un equipo compuesto por profesionales especializados en la asistencia de internos condenados por los delitos previstos en Título III del Libro Segundo del Código Penal¹⁷⁶

En el caso del personal carcelario femenino se debería enfatizar en que las internas estarían a cargo exclusivamente de personal femenino. Asimismo, la dirección de los establecimientos estaría a cargo de personal femenino debidamente calificado.

En los establecimientos para mujeres deben existir dependencias especiales para la atención de las internas embarazadas y de las que han dado a luz. Se adoptarán las medidas necesarias para que el parto se lleve a cabo en un servicio de maternidad¹⁷⁷

Si una interna se encuentra embarazada quedará eximida de la obligación de trabajar y de toda otra modalidad de tratamiento incompatible con su estado, cuarenta y cinco días antes y después del parto. Con posterioridad a dicho período, su tratamiento no interferiría con el cuidado que deba dispensar a su hijo. Asimismo, no podría ejecutarse ninguna corrección disciplinaria que, a juicio médico, pueda afectar al hijo en gestación o lactante. La corrección disciplinaria sería formalmente aplicada por la directora y quedará sólo como antecedente del comportamiento de la interna. La reclusa podrá retener consigo a sus hijos menores de cuatro años, cuando se encuentre justificado, se organizará un jardín maternal a cargo de personal calificado.

Las personas que se van a desempeñar dentro de establecimientos penitenciarios debe ser cuidadosamente seleccionado, capacitado y especializado, teniendo en cuenta la importancia de la misión social que debe cumplir. La conducción de los servicios penitenciarios o correccionales y la jefatura de sus principales áreas, así como la dirección de los establecimientos deberán estar a cargo de personal penitenciario con título universitario de carrera afín a la función. La ley y los reglamentos determinarán un adecuado régimen de selección, incorporación, retribuciones, estabilidad, asignación de funciones, ascensos, retiros y pensiones, teniendo en cuenta el riesgo, las exigencias éticas, intelectuales y físicas y la dedicación que su misión social requiere.

¹⁷⁶ Artículo 185 de la Ley 24.660. Boletín Oficial de la República Argentina, 1996

¹⁷⁷ Artículo 192 de la Ley 24.660. Boletín Oficial de la República Argentina, 1996

El personal de organismos oficiales y de instituciones privadas con personería jurídica, encargado de la aplicación de las diversas modalidades de ejecución de la pena privativa de la libertad y de las no institucionales, será seleccionado y capacitado teniendo en consideración las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre Medidas no Privativas de Libertad, Reglas de Tokio 15-19.¹⁷⁸

¹⁷⁸ Artículo 206 de la Ley 24.660. Boletín Oficial de la República Argentina, 1996

Conclusiones Finales

A tenor de las consideraciones expuestas en el desarrollo investigativo sobre la factibilidad de implementación de las prisiones privadas en la Nación Argentina, se ha de partir del término prisión cuya aproximación conceptual hace referencia a los espacios de confinamiento en los que el sujeto cuya autoría en la perpetración de un hecho punible ha sido comprobada luego de un proceso penal, cumple con la medida sancionatoria impuesta. De esta breve acepción se destaca en primer lugar que la prisión configura una restricción a la potestad fundamental de libertad reconocida en la diversidad de instrumentos internacionales como la Convención Americana de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y en la Constitución Nacional.

En segundo, lugar se aprecia que la aplicación de esta medida sancionatoria la tiene el Estado, dado que los derechos que están en medio del proceso penal son de índole fundamental, y en virtud de los compromisos asumidos por la Nación con la suscripción de estos instrumentos la restricción de la libertad ha de aplicarse como última ratio, es decir, el mecanismo excepcional del cual ha de servirse el aparato estatal para la reducción del agente perpetrador y lograr su resocialización.

Asimismo, como parte de su soberanía el Estado es el encargado de la administración de justicia, para la defensa y reparación de los bienes jurídicos que han sido afectados por la comisión de conductas punibles. Por lo que como parte del sistema de administración de justicia se ubica el régimen penitenciario, como último eslabón del proceso penal en el que se procede a la ejecución de la sentencia y cumplimiento de la medida sancionatoria.

Sin embargo, una vez que el sujeto entra a una prisión su tutela es atribuida al Estado porque es la efigie encargada de velar por el resguardo del resto de potestades fundamentales, pues la sanción solo le ha limitado el despliegue de una que es la libertad, igualmente corresponde velar que durante ese período de confinamiento la persona sea capaz de entender las razones por las que su conducta fue indebida.

La experiencia ha de enseñarle que debe ajustar su conducta a las normas, y con la asistencia de los diversos profesionales que trabajan dentro de los recintos logrando que al finalizar su estadía sea capaz de adaptarse a los parámetros impuestos en la sociedad para una convivencia armónica.

Uno de los puntos de mayor consternación con la creación de estos centros privados parte que la actividad laboral que despliegan los reos es el producto de diversos cambios en el régimen penitenciario que tiene como fin único la resocialización del privado de libertad para

aprovechar su tiempo en acciones productivas y familiarizarlos con el mercado laboral. Igualmente, se estima significativo en la vida del reo dado que impulsa su desarrollo personal, así facilita su vinculación con la colectividad para que al finalizar la pena puedan obtener un cargo laboral.

La legislación nacional expresamente dispone que la actividad laboral en los centros penitenciarios no ha de enfocarse en el provecho económico personal o colectivo que surja de la prestación de la fuerza de trabajo. En sentido adverso, ha de centrarse en temas significativos como el incentivo por realizar un oficio, aprender, despertar su creatividad y que sean capaces de asumir responsabilidades. Esto obedece, a que el Estado ha fijado al trabajo como un medio para lograr esta adaptación a la estructura social, y no la persecución de un peculio, lo contrario puede derivar en una especie de competencia entre los penados que incremente el nivel de estrés y agresividad.

Asimismo, el ordenamiento jurídico lo concibe como una potestad fundamental y un deber de la persona privada, por lo que este ha de obtener las ganancias que genere su actividad, atendiendo claramente a las circunstancias en las que se genera el hecho social, y si el ente es privado o forma parte de la estructura organizativa del Estado. Ha de acotarse que si la entidad laboral es de carácter privado o con un nivel de participación estatal menor, la remuneración que ha de recibir el reo debe ser igual a la que obtendría de estar en plena libertad, atendiendo a las previsiones del ámbito jurídico laboral y contando con los condicionamientos mínimos del sistema de seguridad social.

El empleo de quienes se ubican en los centros penitenciarios ha de estar fundado en parámetros pedagógicos y técnicos, para ello el reo tiene la potestad de seleccionar la actividad laboral en la que desea ocuparse según sus aptitudes. Por su parte los penados cuya inclinación sea hacia labores de índole intelectual o artístico pueden buscar la manera de hacerlas el medio para su adaptación social.

Lo expresado en el acápite precedente es el ideal del funcionamiento de los recintos penitenciarios, el problema que exhibe la realidad actual en Argentina, es que las penitenciarías son sitios sobrepoblados donde el hacinamiento y la falta de condiciones sanitarias, impide el efectivo despliegue de los programas de atención al reo para su educación. Para solventar estos problemas en el espectro internacional han surgido estos espacios de confinamiento privados en los que el Estado contrata empresas dedicadas a prestar estos servicios, es decir, vigilar el cumplimiento de la pena, suministrar mayor espacio, alimentos, un mejor ambiente, entre otros.

Por lo que al inicio de la investigación se cuestionaba ¿Las prisiones privadas garantizan efectivamente los derechos esenciales reconocidos en el estamento normativo a los

sujetos privados de libertad? La respuesta a la interrogante atendiendo a la experiencia de otros Estados es no. Por otro lado, la cuestión fundamental de este trabajo de investigación: ¿es viable en el ordenamiento jurídico Argentino la existencia de cárceles administradas por empresas privadas? Planteándolo como un caso de laboratorio en el que se complementarían los procedimientos de contratación del Estado fundamentalmente por su eficacia y transparencia la licitación pública, y por otro lado las facultades indelegables del Estado como ser la administración de justicia y demás tareas de contralor dentro del sistema penitenciario Nacional a mi entender es viable, así lo ha demostrado la experiencia de nuestra legislación en casos resonantes como ser la Administración de Aeropuertos (Aeropuertos Argentina 2000 S.A), en casos de transporte publico varios y también en casos de salud pública.

Dentro de las experiencias examinadas en el derecho comparado se aprecia que algunas legislaciones únicamente privatizan el suministro de alimentos e implementos sanitarios, sin embargo, los recintos siguen dependiendo del Estado, en otros ejemplos como el de Estados Unidos existen recintos totalmente privados que se encargan de custodiar a los reos.

De este modo se aprecia que el Estado confiere algunas de sus atribuciones a entidades privadas en lo que refiere a la ejecución de las penas, por lo que sus detractores la estiman contrarias al ordenamiento jurídico, cuando la Carta Magna de dichos países expresamente la establece como una labor pública, pues se vincula con la limitación y resguardo de potestades fundamentales, es por eso que en el análisis del caso nuestros poderes estatales de considerar establecer en el territorio nacional cárceles privadas, deberían a todas luces conservar estas tareas y deberes inherentes al Estado los cuales resultan ser indelegables.

Otro de los puntos que se cuestionan sobre estos recintos es que la contratación que celebra la efigie estatal puede constituir un escenario propicio para el fraude dado que no existe un nexo entre este y los reos, sino que parece que se deslinda de ellos encomendando su responsabilidad social a un tercero cuyo interés es netamente la obtención de un peculio.

En otros países cuando el Estado permite la existencia de prisiones privadas no solo da luz verde a la edificación de estos centros de confinamiento, sino que delega los deberes de preservación y cuidado de estas, la seguridad del recinto, las labores de dirección y gestión de los recursos, el traslado y protección de los reos, el velar por su bienestar físico y emocional, el régimen alimenticio y su ropa. Por lo tanto para completar la ya referida tutela del estado en cuanto al funcionamiento de estos establecimientos privados considero que deberían someterse a controles estrictos por organismos estatales de manera regular y periódica donde se rindan cuentas del destino de los fondos público destinado a dichos establecimientos. De no poder

justificarse el destino de dichos fondos el Estado conservara para si la facultad de intervención y administración financiera de los mismos.

Uno de los problemas que se aprecia con esta modalidad penitenciaria es que en los casos examinados en otras naciones ellas no son más que un negocio para las entidades empresariales que de modo preferente se encargan de velar por la aplicación y cumplimiento de las medidas sancionatorias.

En el lado positivo de este tipo de convenciones entre el Estado y la empresa se aprecia una inversión considerable en el área de construcción, el uso de los recursos tecnológicos y que se convierten en una fuente de empleo. No obstante, con frecuencia en estos mismos acuerdos se fija que cada recinto ha de contar con una cantidad mínima de reos para que sea operativa, lo que pone en duda si hay una inclinación a condenar a los sujetos para cumplir con el acuerdo. Esto no representaría un problema a nivel local ya que es de público conocimiento el estado de sobrepoblación carcelaria existente en nuestros recintos estatales, por lo cual en nuestro caso resultaría una ventaja y un alivio a nuestro deficiente y agotado sistema penitenciario.

Retomando la principal desventaja a nivel internacional donde el problema que se observa con este tipo de recintos penitenciaros privados parte en principio de una aplicación privada de la justicia, siendo esta una competencia propia del Estado por la trascendencia como se ha mencionado de las potestades fundamentales, se permite a terceros la restricción de la libertad de un sujeto. Lo cual no sería constitucionalmente viable en nuestro país.

Sin embargo, como ya he hecho referencia *ut supra*, puede entenderse por las problemáticas examinadas que sea vista como una forma de aliviar la sobrepoblación carcelaria, ahora bien, estas entidades han de velar por el resguardo del derecho a la salud, alimentación, integridad personal, educación de los reos y si ya es una tarea que se torna complicada para los funcionarios capacitados que laboran en las prisiones públicas el desafío en algunos casos es aún mayor en este escenario privado.

En la realidad dentro de estos centros se prevén ciertos límites a la prestación del servicio médico y en el régimen de cobertura ante contingencias que pueden presentarse durante la estancia en el recinto, lo que diáfamanamente es un punto negativo dado que permite el alto contagio de enfermedades entre los reclusos. En tal virtud, es que los argumentos en contra se fundan en el quebrantamiento de los condicionamientos de mínimos previstos en los instrumentos convencionales como el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos en cuyo artículo 6 exige a los Estados el deber de garantizar el disfrute del resto de potestades esenciales a los privados de libertad, además de no configurar un medio para la lesión de su esfera jurídica sino un espacio de reeducación.

También se ha expuesto que cuando el Estado celebra este tipo de acuerdo los únicos que obtienen un provecho es la entidad empresarial, pues los reclusos no alcanzan el fin último del sistema penitenciario que es la reinserción en la sociedad a través de las medidas de educación y asistencia en tanto cumple con su pena. El Estado tampoco se beneficia dado que si no se cumple con el objetivo del sistema se crea un ciclo de reincidencia que pone en riesgo los bienes jurídicos tutelados. Es también sabido el alto porcentaje de reincidencia en el delito en nuestro país ya que nuestro sistema público tampoco asegura la reinserción, reeducación y rehabilitación del reo, por lo que insisto que en Argentina la descongestión de las cárceles públicas mediante la creación de recintos privados ayudaría a permitir mejorar esta tan deseada problemática garantizando una baja significativa en la reincidencia criminal.

Por su parte se cuestiona que el único que tiene la potestad sancionatoria es el Estado quien tiene la aptitud para ponderar la conducta del sujeto y el mecanismo sancionador que puede reconducir su conducta, por lo que mal puede concebirse que entes privados puedan limitar la esfera jurídica de los reclusos, que se les impida la comunicación con el resto de los compañeros, que se recluyan en espacios aislados por cierto lapso de tiempo.

Por su parte, uno de los puntos que se postulan como provechoso en la implementación de estas prisiones es la disminución del gasto público dado que la inversión la realiza un agente externo, pero en la práctica implica que el Estado deba realizar mayores erogaciones dinerarias para que la política criminal se torne efectiva. Esto obedece a que la prestación de estos servicios es dispendiosa, se precisan de órganos de supervisión que controlen su labor y como el sistema no logra su fin se tiene la necesidad de seguir contratando nuevos recintos privados para dar cabida a la totalidad de penados.

Se ha indicado que los únicos competentes para la revisión de las resoluciones de las autoridades de los centros son los órganos de administración de justicia, quienes han de pronunciarse sobre los beneficios procesales que puede tener el penado en virtud de su comportamiento, como la libertad bajo vigilancia, la reducción de la pena, cuya valoración no puede realizarse por lo empleados de la entidad privada. El asignar estas competencias a las entidades privadas cercena el poder soberano y el *ius puniendi* del Estado, no puede equipararse a los dependientes de estas empresas con los agentes públicos del Poder Judicial así no es viable que se produzca una privatización plena de las cárceles. Por lo que considero que el hipotético ideal compatible con el ordenamiento jurídico vigente Argentino consistiría en una especie de sistema mixto donde como ya dije, la facultades indelegables del estado como ser la administración de justicia, el poder sancionatorio, reducción de la penas, traslados etc. jamás

deberían recaer sobre la voluntad de la empresa privada ya que además de peligroso resultaría totalmente inconstitucional.

En los recintos totalmente privados generalmente los recursos que designa el aparataje estatal para satisfacer los requerimientos vinculados con el bienestar y salud de los reclusos, las licencias, los dispendios por su traslado o de indemnización por daños son empleados para propósitos diferentes, por lo que puede generarse una malversación del capital, de mas esta ahondar en la malversación de fondos estatales por parte de funcionarios públicos en nuestro país, por lo que en nuestro caso esta afirmación resultaría imprecisa, claro que este sistema mixto reitero que debería ser sometido a controles periódicos por los funcionarios a cargo y con total transparencia en el uso de los fondos públicos.

Igualmente, la diversidad de gastos asociados al mantenimiento y operatividad de estos centros de confinamiento privado, implica que sea dificultoso el establecer si verdaderamente ayudan a disminuir el gasto público, en razón que no es claro el importe total invertido. Esta situación claramente afecta al Estado que hace la contratación, para la entidad es un negocio rentable pues establece un costo menor al inicio del acuerdo que no incluye todas las expensas relacionadas con el mantenimiento del sitio aunque no debería ser así en todos los casos.

Estas prisiones se crean atendiendo a la aptitud de las entidades privadas para aportar infraestructuras novedosas, empero la poca calidad en la atención a los reclusos es un problema latente que está fundado en la noción del empresario de disminuir los costos para lograr mayores dividendos. Esta necesidad de lograr mayores ganancias exhibe situaciones alarmantes como ocurre en Estados Unidos donde en una sola celda se alojaban más de cincuenta personas, lo mismo sucede en otras cárceles de Latinoamérica como ser Brasil, en la que se cerna potestades como el bienestar emocional, la privacidad, intimidad, entre otros. Con estos sitios se procuraba superar el problema de hacinamiento y fue el punto de mayor impulso para su creación y en muchos casos esto no se logró solucionar y se producen espacios que marcan aún más el problema en condiciones mucho más graves.

En otros ejemplos no se pondera el nivel de gravedad del delito perpetrado y se han ubicado reos violentos con quienes han sido penados por delitos menos graves. En otros espacios se han generado un racionamiento excesivo de los recursos que dirige a condiciones precarias que desconocen plenamente el paradigma en derechos humanos para el tratamiento de las personas confinadas, así se limitan las porciones de comidas e incluso el papel sanitario.

Se cuestiona el empleo de la violencia o crueldad excesiva por parte de los agentes que laboral en el centro que no son proporcionales con la conducta que pudo presentar el reo.

También se objeta la poca presencia de personal en estas prisiones privadas, la falta de capacitación para el tratamiento de los penados que genera el abuso de los reos.

Dentro de las principales dificultades que se vislumbran es que con frecuencia los agentes de custodia, para frenar o dirimir enfrentamientos violentos que se suscitan entre los reos se sirven de la fuerza pública, pero no parece razonable que quienes trabajan en las prisiones privadas puedan aplicar este tipo de medidas dado que la coerción es una atribución del Estado y de los entes y órganos al interior de su estructura. Afirmar lo contrario sería contravenir instrumentos fundamentales como la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, inhumanos o Degradantes, en la que el Estado se compromete a garantizar condiciones dignas del reo dentro de los espacios.

Asimismo, es objeto de inquietud que la existencia de centros totalmente privados implique que el Estado delegue responsabilidades significativas como el resguardo de la salud y el derecho a la alimentación de los penados, que se encomiende la conducción de la vida de los reos a agentes privados, quienes fijan el lapso de recreación, alimento, higiene, y el nivel de intimidad que detenta la persona, tanto poder dirige a acciones arbitrarias que buenamente el Estado permitiría.

Se insiste en el interés de la entidad de empresa por obtener el lucro de manera celeridad y considerable, por lo que buscan ventajas en cada aspecto relacionado con la administración del centro, ya se han mencionado algunos esenciales y pueden incluirse la fijación de altos importes por el costo de llamadas telefónicas, como un menoscabo a la potestad de comunicación del penado con sus familiares como lo prevén los instrumentos internacionales en materia fundamental.

En esta serie de objeciones que se presentan para negar la eficacia de los centros privados ha de incluirse los trabajos que se exigen a los reos, con la supuesta idea de optimizar el proceso de reinserción en la estructura social, pero los provechos económicos derivados de su actividad lo perciben los agentes que gestionan el centro, sin embargo, ha de acotarse que esta situación se presenta en el contexto público.

En síntesis, desde el punto de vista económico los centros penitenciarios privados no ofrecen mayores ventajas o provechos para la efigie estatal, los reos y la sociedad en general, dado que no son considerables las erogaciones que se evitan, máxime cuando su mantenimiento en muchos casos supera el de los centros públicos, además que el sacrificio que se hace a la integridad de los bienes jurídicos de los reos impide que sea conteste con el cúmulo axiológico que como sociedad se propugna.

La existencia de este tipo de prisiones exigiría por tanto la capacitación especial de este tipo personal de custodia, igualmente deben realizarse supervisiones continuas para asegurar que están cumpliendo con un programa de alimentación y salud de los condenados y deben contar con espacios que permitan su educación, recreación y esparcimiento.

El punto de la educación configura un factor esencial dado que uno de los fines del sistema penitenciario es precisamente reeducar al reo, para ello se implementan programas educativos que buscan enseñarle un arte u oficio, cuentan con la asistencia de profesionales de la psicología que buscan reconducir la conducta del sujeto para que no reincida en los hechos perpetrados. La dificultad se presenta porque al tratarse de empresas privadas cuyo fin claro es el lucro, no se tiene claro hasta qué punto están dispuestos a invertir en un objetivo social.

El principal problema se aprecia en cuanto a la visión que tienen estas empresas del reo, que no lo ven como un ser humano objeto de una medida destinada a su resocialización, sino como una mercancía, sobre el que establecen un porcentaje de ganancia según las celdas o las camas que utilizan. Para los dueños de estas efigies comerciales los reclusos son un negocio y el cuidado de su integridad no ocupa el primer lugar en sus objetivos.

Así en los aportes examinados destacan aquellos que afirma que este tipo de espacios es nocivo para la autoestima del sujeto, se tornan ambientes más violentos que las dependencias estatales, generan depresión, esto obedece a que con frecuencia se sacrifica la eficacia por el interés económico.

Finalmente, ha de destacarse que estas efigies privadas al ser entes comerciales manejan cierto nivel de confidencialidad por lo que no se tiene una información completa de los hechos que se suscitan dentro de los recintos, ello en casos como el de Estados Unidos ha permitido que los custodios utilicen la fuerza excesiva sobre los reclusos y luego la justifiquen con un motín. Así, se considera que la implementación de estos espacios de confinamiento privados no parece una respuesta adecuada al problema penitenciario, en virtud que pone en jaque el efectivo ejercicio de las potestades fundamentales de los penitenciarios.

Para dar por finalizada esta investigación como existen sistemas de educación mixta, pública y privados o centros de salud que se integran de esta manera también podría suceder de igual manera con el sistema carcelario en nuestro país. El sistema más próximo al ideal debería consistir en un sistema mixto (similar al utilizado en Chile o Uruguay), sería un ideal para el correcto funcionamiento carcelario mostrando las ventajas del sistema público y del sistema privado, permitiendo al Estado un efectivo control de cumplimiento de la normativa vigente en materia de derechos, garantías y del correcto funcionamiento del sistema carcelario Nacional y sobre todo el cumplimiento efectivo de la pena para la posterior reinserción y

resocialización del reo tal como lo proclama la normativa vigente aplicable al objetivo principal de este trabajo de estudio. Entonces puedo concluir que en Argentina sería viable un sistema mixto en el que se autorizaría la construcción de cárceles por empresas privadas mediante la licitación pública y la concesión que devendría en una especie de “delegación” de determinadas facultades que le son propias al conjunto normativo que hace al funcionamiento del sistema carcelario en nuestro país. En este hipotético imaginario algunas de las facultades delegables serían: el mantenimiento del edificio, capacitación de personal interno y de seguridad o fuerza especial interna, la salud de los internos alojados, el trabajo en el recinto penitenciario y capacitación, la higiene, educación, reglamento interno como ser visitas, vestimenta obligatoria, habitáculos en los que se alojarían los reos (determinar la cantidad de personas por pabellón) etc. Sin embargo, la responsabilidad de dirigir y controlar las dependencias resultaría ser indelegable, porque es un deber y una facultad inherente al sistema penitenciario en su conjunto y un particular no está capacitado para administrar justicia en estos casos concretos y o controlar los cumplimientos técnicos y efectivos de la condena, para lo que se requiere de personal idóneo y capacitado a tales fines determinados por los poderes del estado (juez de garantía, juez de ejecución penal, patronado deliberados, defensores oficiales, ministerio publico etc.). Por lo tanto estos recintos continuarían siendo competencia de funcionarios públicos, para algunos podría tratarse de una especie de privatización del poder judicial mientras que yo lo veo como una oportunidad de igualar las condiciones entre los reos y modernizar el modelo de sistema carcelario actual que se encuentra agotado en todos sus aspectos, sobre todo para poder dar cumplimiento con las penas y poder proceder a la posterior reinserción y resocialización de los sujetos en nuestra sociedad. Además el Estado debería encargarse de la vigilancia externa y fundamentalmente ejercer un contralor sobre las facultades delegadas resguardando las garantías constitucionales imperantes de la materia, de esta manera concluyo en que el sistema no se privatizaría ya que el Estado conservaría para si las facultades indelegables y el contralor de las delegadas y así mismo la realización de algunas funciones administrativas y en caso de ser necesario de intervención de las restantes, el estado debe conservar para si la aplicación de sanciones y quedarse con la gestión en temas legales sensibles desde la óptica de los derechos fundamentales y la clasificación de los internos.

Bibliografía

Doctrina

- Altamira Gigena, R. El trabajo del interno en las cárceles. Revista Argentina de Derecho Laboral y de la Seguridad Social. Argentina. 2015; 42 (12): p. 4
- Amnistía Internacional. Guía del Conjunto de principios de las Naciones Unidas para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. Gran Bretaña: Amnistía Internacional; 1989.
- Arellano, J. Reforma Penitenciaria: El caso del programa de concesiones en infraestructura penitenciaria en Chile. Santiago de Chile: Ministerio de Justicia de Chile; 2002.
- Arriagada, I. De cárceles y Concesiones: Privatización carcelaria y penalidad neoliberal. Santiago Chile: Universidad de Chile; 2011.
- Arriagada, I. Cárceles privadas: La superación del debate costo-beneficio. Política Criminal. 2013; 36 (8): p. 210- 248.
- Bernardo, P. Las prisiones privadas: un nuevo modelo en una nueva concepción sobre la ejecución penal. Madrid: Universidad Complutense; 1990.
- Bidart Campos, Germán. Manual de la Constitución reformada. Buenos Aires: Ed. Ediar; 1998.
- Carmona, P. Esclavitud en prisiones de EEUU. México: UNAM; 2012.
- Carnevale, C. Reinserción laboral y antecedentes penales en la Argentina: una reforma pendiente. Buenos Aires: Thomson Reuters; 2017.
- Cejas Meliarte, Ariel y Lauro, Mariana Cecilia. Arbitrariedades del Reglamento de Modalidades Básicas de la Ejecución a la luz de la ley 24660. La Ley. 2012; 14 (3498): 1-8.
- Centro de Estudios Legales y Sociales. Colapso del sistema carcelario. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina; 2005.
- Crespo, E. Constitución y sanción penal. Buenos Aires: Thomson Reuters; 2015.
- Cordini, N. La finalidad de la pena según Kant, ¿puramente retributiva? Argentina: Universidad Nacional del Litoral; 2014.
- Correa, Natalia. Las sanciones disciplinarias y el derecho al debido. Análisis jurisprudencial. Ley de Ejecución Penal Federal y de la Provincia de Buenos Aires. Infojus; 2014

- Delgado, Sergio. Las calificaciones de la conducta y del concepto. *Revista de Derecho Procesal Penal*. 2014; 4: p.12 -25.
- De Santo, Víctor. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía*. Buenos Aires: Editorial Universidad; 1996.
- Donini, M. *Principios constitucionales y sistema penal. Modelo y programa*. Chile: Universidad de Talca; 2010.
- Espejel, A. y Díaz Sandoval, M. De Violencia y Privatizaciones en México: el caso de las asociaciones público-privadas en el sector penitenciario. *Revista Mexicana de Análisis Político y Administración Pública Departamento de Gestión Pública y Departamento de Estudios Políticos y de Gobierno*. 2015; 4 (1):129-158.
- Figari, Rubén y Herrera, Hernán. Análisis crítico sobre las reformas a La Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad introducidas por la Ley N° 27.375. *Revista Jurídica Región Cuyo*. 2018; (4): p. 45- 57.
- Flores E., Mayor H., Rolón L. *La crisis del sistema penitenciario paraguayo no es nueva*. Paraguay: Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales; 2003.
- Galindo J. Contenido del derecho a la integridad personal. *Revista Derecho del Estado*. 2009; 22 (8): p. 36.
- Garcés G., Casal L. y Díaz C. *Privación de libertad y reinserción social en Uruguay*. Uruguay: CERES-CAF; 2017.
- García Cavero, P. *Acerca de la función de la pena*. Lima: Universidad de Piura; 2012.
- García Valdés, C. *Estudios de Derecho penitenciario*. España: Ed. Tecnos S.A.; 1982.
- Herrera, Julio. *Redención y prevención. Ley orgánica de aplicación de la pena y el amparo social. Código del niño*. Buenos Aires, Congreso Penitenciario Nacional. 1949.
- Kalinsky, Beatriz. El agente penitenciario: la cárcel como ámbito laboral. *Runa*. 2008; (28): p. 43-57.
- Maneiro, Juan Cruz, Maneiro, Fernando y Ranuschio, Daniel. Ámbito de aplicación de la Ley 24660. *La Ley*. 2010. (3969): 1-22.
- Martínez, F. y Espinoza, O. Cárceles Concesionadas en Chile: ¿el camino a la privatización? *Revista electrónica*. 2009; 9 (3): 20-31.
- Martínez, M. *La Arquitectura Carcelaria*. Buenos Aires: Doctrina. 2016; 48(12): p. 334.
- Massoglia, J. Incarceration as exposure: The prison, infectious disease and other stress-related illnesses. *Journal of Health and Social Behavior*. 2008; 49 (11): p. 57.

- Mayta, M. Perspectivas de la Privatización de los Establecimientos Penitenciarios en América Latina. Universidad de Piura; 2012.
- Messinger, J. Determinate Sentencing Statute: History and Issues. Washington D.C: Oxford Press; 2004.
- Ministerio de obras Públicas de Chile. Programa de Concesiones de Infraestructuras Penitenciarias: Chile: Ministerio de Obras Públicas; 2010.
- Miquelarena, M. Las cárceles y sus orígenes. Buenos Aires: Thomson Reuters; 2012.
- Mouzo, K. Actualidad del discurso resocializador en Argentina. Argentina: Universidad de Buenos Aires; 2014.
- Nikken P. La Declaración Universal y la Declaración Americana. La formación del moderno derecho internacional de los Derechos Humanos. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos; 1989.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Los Derechos Humanos y las Prisiones. Manual de capacitación en Derechos Humanos para funcionarios de prisiones. Nueva York: Naciones Unidas. 2004.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Hoja de ruta para la elaboración de programas de rehabilitación en las cárceles. Viena: ONU; 2017.
- Organización Internacional del Trabajo. Trabajo forzoso, Manual para los inspectores del trabajo. Perú: OIT; 2014.
- Reisig, Michael. Administrative Control and Inmate Homicide. Homicide Studies. Oxford Press. 2008.
- Scarfó, F. El derecho a la educación en las cárceles como garantía de la educación en derechos humanos. Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos; 2018.
- Servicio Penitenciario Federal. Estadísticas. Buenos Aires: SPF; 2020.
- Tejela, G. La Privatización en el Sistema Penitenciario. Madrid: Universidad de Alcalá; 2017.
- Ventresca, M. El trabajo carcelario. Su análisis sociológico. La cárcel fábrica. Revista Lustitia. 2020; 8(2); p. 7.
- Viñas, E. Resocialización de condenados: política de Estado y participación de la sociedad. Buenos Aires: Thomson Reuters; 2015.
- White, R. Rule of law and the limits of sovereignty: the private prison in jurisprudential perspective. The American Criminal Law Review. 2002; 38 (12); p. 111-146.

- Zubillaga, D. Privatización Carcelaria y Economía Política de la Pena en torno a la Experiencia Uruguaya de Cárcel PPP Unidad N° 1 Punta de Rieles. Universidad de Castilla-La Mancha; 2018.

Legislación

- Código Penal de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 03 de noviembre de 1921.
- Código Procesal Penal de la Nación Argentina. Boletín Oficial de la República Argentina, 09 de septiembre de 1991.
- Constitución Nacional. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, inhumanos o Degradantes. Asamblea General de Naciones Unidas, Ginebra, 1984.
- Convención de los Derechos del niño. Asamblea General de Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1989.
- Convenio Número 29. Organización Internacional del Trabajo, 1930.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Organización de los Estados Americanos, Bogotá, Colombia, 1948.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos, Asamblea de Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948.
- Ley 11.833. Boletín Oficial de la República Argentina. 1933
- Ley 24.660. Boletín Oficial de la República Argentina, 1996
- Ley 27.375. Boletín Oficial de la República Argentina, 2017
- Reglas Mínimas de Naciones Unidas Para la Administración de Justicia de Menores, 29 de noviembre de 1985.
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas Sobre las Medidas No Privativas de la Libertad. Asamblea General de Naciones Unidas, 1990.
- Pacto Internacional de Derechos Civil y Políticos. Asamblea General de las Naciones Unidas, 16 de diciembre de 1966.

Agradecimientos:

Para darle un cierre a esta etapa académica y educativa no solo universitaria sino que también de mi vida, me gustaría agradecer a quienes me han brindado su colaboración, ayuda, compañerismo en esta etapa que se está finalizando, si bien nunca voy a dejar de aprender y estudiar, como abogado esta herramienta que es el título universitario se la quiero agradecer principalmente a esta alta casa de estudio que es la Universidad Abierta Interamericana que siempre me brindo un trato personalizado y amigable hasta incluso en estos últimos momentos. Agradecer a los profesores y en especial a mi tutor Dr. Héctor Luis Vargas quien generosamente acepto ser mi guía y consejero académico en la confección de este trabajo de investigación final, al personal administrativo de la Universidad, a mis padres, mis hermanos, mis amigos y mi novia que me brindaron su apoyo incondicional atreves de todo este tiempo comprendiendo mis ausencias, mis tiempos de estudio, y todas las emociones por la que atraviesa cualquier persona cuando encara la vida Universitaria. Espero que este sea el comienzo de un largo camino profesional en el siempre voy a priorizar los valores inculcados por esta institución y procurare hacer de este país un lugar más justo.