

XI

PENA DE PRISIÓN, SUS FINES Y SU EJECUCIÓN

ESTEBAN I. VIÑAS *

El objeto de este trabajo es analizar dinámicamente la realización de los fines de la pena privativa de la libertad, durante su ejecución, para comprobar si es posible medir —de algún modo— su concreción en el sujeto al que se le ha impuesto, y si se ha cumplido en él la progresividad que proclama la Ley Penitenciaria Nacional 24.660, para hacerlo merecedor de alguno de los beneficios que, con miras a su reinserción social, le permiten recuperar su libertad ambulatoria en aquel cuerpo normativo.

Intento responder al interrogante sobre qué actitudes —interiores y exteriores— son exigibles a los penados para concluir que se han cumplido en ellos los fines de la pena y, por ende, si ya están en condiciones de ser reinsertados en la comunidad progresivamente, porque aceptan las pautas de comportamiento ético-social y están dispuestos a ajustarse a ellas en sus conductas futuras.

1. Sin compartir definitivamente las críticas que en la actualidad se le realizan a la pena privativa de la libertad, coincido con De la Rúa en que el sistema legal (penal) "...debe condicionar y estructurar el castigo conforme a principios expresos o implícitos. Desde la hipótesis máxima que excluye toda consecuencia sobre la base de determinadas pautas valorativas (perdón judicial,

* Juez del Tribunal en lo Criminal N° 1 y Juzgado de Transición N° 2 de Mar del Plata, también a cargo de su ejecución penal. Profesor adjunto de Derecho Penal. Parte General. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad FASTA.

eximiciones, conminaciones, etc.), hasta aplicar la pena adosando finalidades que puedan comprender opciones o alternativas".¹

Este mismo autor señala, en relación a la búsqueda de otras respuestas distintas a la privación de la libertad, que "...si bien las finalidades preventivas teóricas de la pena, fundamentan racionalmente el examen de las alternativas a la pena o a la prisión, entre nosotros la alternatividad, en la limitada medida en que es admitida, parece derivarse, también de razones utilitarias colectivas y no preventivas, particularmente económicas y funcionales" (donde particularmente cita la saturación del sistema o superpoblación de cárceles, etc.).

Y analizando la naturaleza de las medidas que se han juzgado como alternativas a la prisión en nuestra legislación (suspensión del juicio a prueba y condena de ejecución condicional en el Código de fondo, semidetención, prisión discontinua y trabajos comunitarios en la ley 24.660), De la Rúa concluye que "...las alternativas reales derivan de (la evitación) de la imposición de la pena 'conjetural' por vía de la restringida *probation* o de (la evitación) total o parcial del encierro que corresponde a una pena privativa de la libertad efectivamente impuesta como tal (condena condicional, libertad condicional y Ley Penitenciaria) o, por fin (la evitación), del régimen carcelario por la vía de la detención preventiva, que absorbe gran parte del cumplimiento de las penas acentuado por sistemas procesales excesivamente rigurosos".

Finalmente, este penalista cordobés sostiene que es preferible buscar otras formas de descompresión del sistema judicial, previas a la sentencia, porque "...avanzar demasiado afanosamente en el plano de las alternativas penales o no penales, ofrece el riesgo, en el estado actual de nuestra administración de justicia, de un crecimiento inadecuado del sistema de sanciones, de difícil aplicación y consecuente desprestigio, y que puede ponerse en juego el derecho a la pena, que tiene el delincuente, sustituyéndolo por complejos mecanismos modificatorios de la personalidad".

Lo cierto es que en nuestra legislación de fondo (como en la mayoría de los países del mundo, incluidos aquellos a cuya na-

¹ Véase DE LA RÚA, Jorge: "Alternativas a la pena y alternativas a la prisión", en *Teorías actuales en el derecho penal. 75º Aniversario del Código Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, pp. 573-574.

cionalidad pertenecen muchos doctrinarios del derecho penal partidarios de su abolición), la pena privativa de la libertad sigue siendo su principal respuesta, atemperada sólo por algunas alternativas reguladas por la ley penitenciaria —dentro y no fuera de aquéllas— como modalidades condicionadas.

2. Pasando por alto la puntual revista de las variadas doctrinas acerca de los fundamentos y fines de la pena —lo que excedería el objeto de este trabajo— tomo posición en considerar que la sanción penal no tiene un único fundamento ni un solo fin, excluyente de otros, sino que se integra con componentes retributivos y de prevención (general y especial, negativa y positiva).

2.1. El fundamento-fin retributivo de la pena se deriva, como *ratio essendi*, del poder punitivo del Estado y es consecuencia de la aplicación de la justicia distributiva (principio de derecho natural y constitucional, consagrado en el Preámbulo de nuestra Carta Magna como el objetivo de "...afianzar la justicia") por la cual corresponde "dar a cada uno lo suyo".

Cuando, tras pasar por un proceso legal y justo, se verifica que se ha producido un hecho ilícito penal atribuido a un hombre (capaz penalmente) que lo realizó a título de dueño, no obstante la advertencia amenazante de la ley (que conocía), y haciéndolo con perjuicio a uno o varios ciudadanos que, por su parte, reclaman la protección del Estado, la justicia distributiva se cumple si se aplica la sanción (o, en su caso, otra respuesta legalmente prevista) al culpable.

Ello además, asegura la vigencia del orden jurídico y resguarda la paz, porque contiene el legítimo derecho de respuesta de la víctima y del resto de la sociedad, temerosa de sufrir igual suerte a la primera.

Concordantemente con lo dicho, y luego de analizar las conductas disvaliosas que no alcanzan a evitarse por las reglas y controles sociales de toda comunidad (prejurídicas), Jescheck concibe al derecho penal como un "...orden de paz y protección de las relaciones humanas que asegura la inquebrantabilidad del orden jurídico por medio de la coacción estatal", señalando que cuando las medidas emergentes no sólo de aquellas pautas sociales de convivencia sino, incluso, de otras ramas del dere-

cho, fracasan "...el derecho penal asegura en última instancia la coercibilidad del orden jurídico positivo".²

Pero además, este autor aclara a continuación que "...tan pronto como el derecho penal deja de poder garantizar la seguridad y el orden, aparece la venganza privada, como ha enseñado repetidamente la historia... debe contribuir a superar el caos en el mundo y a contener la arbitrariedad de los hombres por medio de una consciente limitación de su libertad... El derecho penal sólo puede asegurar la protección de la sociedad garantizando la paz pública, respetando la libertad de actuación del individuo, a la vez que defendiéndolo de la violencia ilegítima y actuando con arreglo al principio de justicia distributiva".

El Estado no sólo debe prever legalmente las conductas que desea prohibir (por negativas) o mandar hacer (por positivas e indispensables) a través de sus normas penales, sino que también —expropiando el conflicto producido entre los particulares— no puede dejar de aplicar sus reactivos (penas, medidas de seguridad, *probation* o suspensiones, etc.) ante aquellas situaciones que se verifican en la realidad, para mantener la paz, evitando así que los ciudadanos, frente a las omisiones del primero, intenten hacerse justicia por mano propia.

Al respecto, sostiene Roxin que "...la responsabilidad se presenta, en el campo de las determinaciones de la punibilidad, como la realización dogmática de la teoría político-criminal de los fines de la pena y por regla general, como una prescripción dirigida al juez para que imponga una sanción. Dentro de esta categoría la concepción básica políticocriminal no se aplica al hecho (en el sentido de necesidad abstracta de pena o de su prohibición concreta) sino al delincuente, en cuanto se pregunta por su necesidad individual de pena".³

Como consecuencia de lo dicho, el hombre que no sabe limitar en forma autónoma su libertad de acción, frente a la posible afectación de los derechos de terceros, si sufre una limitación impuesta por la violación de la ley penal, luego de pasar por un proceso justo, carece de perjuicio alguno.

² Véase JESCHECK, Hans H.: *Tratado de derecho penal, Parte General*, vol. I, trad. de Santiago Mir Puig, Bosch, Barcelona, 1981, pp. 3-5.

³ ROXIN, Claus: *Derecho penal, Parte General. Fundamentos*, t. I, trad. y notas de Diego M. Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Temesal, Civitas, Madrid, 1997, pp. 222 y 223, nº 65.

Por ello, nadie puede negar, como lo afirma Donna⁴ que siendo una consecuencia y a la medida de la culpabilidad del autor, la pena tiene siempre índole retributiva.

Bettioli, en su trabajo sobre "Represión y prevención frente a exigencias constitucionales" sostiene que "...si se habla de retribución, se hace un juicio moral y si el Estado se moraliza, se coloca en el rol de siervo del bien común, respecto de las exigencias morales de la justicia".⁵

Este mismo autor aclara: "...Pero como el derecho es actividad práctica, debe servir como tal a un fin: a la consideración de la justicia, debe acompañar la consideración de la utilidad. Digo ante todo, que si la norma jurídica no resultara idónea para asegurar una utilidad, no será justa, pues la ciudad (Estado) está hecha para los hombres y no los hombres para la ciudad (Estado)". Y acota: "...el bien general es sinónimo de utilidad general, es sinónimo de utilidad general sublimada, pero en un cuadro de exigencias, y en tal sentido, entre lo bueno y lo útil no hay contrastes, coinciden".

Para Bettioli, si la justicia distributiva se desligara de toda consideración social, no sería un valor de este mundo, del que se sirve el derecho, aclarando que "...es fácil deslizarse en el campo del desinterés del derecho penal, aun animado de las mejores intenciones" y recordando que "...hasta Del Vecchio y Carnelutti se mostraron progresistas y desligados de la tradición penalista retributiva".

El nombrado penalista latino, entendió que "...entre retribución y prevención hay una diferencia ontológica que impide confundir las categorías. La pena tiene un fin necesario que cumplir, y que no depende de su efecto secundario, de enmienda o reeducación del reo. Éstas está bien que se persigan, aunque muchas veces no se logren en la ejecución de la pena. Que se diga que la pena tienda a la reeducación del condenado, significa que el legislador cree en tal reeducación. Pero es un acto de fe; una creencia, no un acto de razón que la experiencia corrobore". Se podría decir que en su pensamiento, hay un *posterius* a la imposición de la pena, que es un *prius*.

⁴ DONNA, Edgardo: *Teoría del delito y de la pena*, Astrea, Buenos Aires, 1992, pp. 59, 77 y 78.

⁵ BETTIOLI, Giuseppe: *Estudios*, vol. II, Temis, Bogotá, 1954, pp. 838-55.

Finalmente, como dijera María E. Godoy Berrocal⁶, "...la pena es la más grave de las sanciones del ordenamiento jurídico, encuentra su justificación en el delito cometido y en la necesidad de evitar la comisión de nuevos delitos, por ello, la pena ha de ser justa, adecuada a la gravedad del hecho, pues la aplicación de la pena implica una reafirmación del ordenamiento legal vigente y en ese sentido es retribución".

2.2. Esto debe complementarse con los fines de la prevención general y la especial.

En efecto, al momento de la asignación correcta de la sanción que corresponde aplicar a un caso, como bien dice Patricia Ziffer "...operan valoraciones de muy diferentes clases; en ellas concurren muchas veces intereses contrapuestos que se deben compatibilizar, como son los del autor, los de la víctima, y los de la sociedad interesada en la afirmación de sus normas... afirmar que existen varias soluciones posibles, no puede conducir por sí, a sostener que todas son correctas, sino que se deben encontrar argumentos que permitan sostener cuál es la solución más adecuada para el fin que se pretende lograr...".⁷

Precisamente esta autora encuentra que en la asignación concreta de la pena, no prevalece un fundamento ni un fin sobre otros, coincidiendo con Stratenwerth en cuanto a que "...entre culpabilidad y prevención existe una interrelación... la culpabilidad como fundamento de una pena no puede pretender validez sin estar orientada al fomento de un orden social como valioso. Los requerimientos preventivos de la pena no pueden elaborarse sin considerar reglas de responsabilidad aceptadas socialmente...".⁸

En la misma inteligencia de lo que vengo diciendo, Claus Roxin⁹, aun cuando no deja de reiterar sus críticas a la doctrina retribucionista, adhiere a la teoría unificadora o mixta, acerca de los fines de la pena, que "...parte del correcto entendimiento de que ni la teoría de la retribución ni ninguna de las teorías preventivas pueden determinar justamente por sí solas el contenido

⁶ GODOY BERROCAL, María E. "Hacia una aproximación a la construcción de reglas mínimas para la individualización judicial de la pena". ED, mayo 2003, p. 10.

⁷ ZIFFER, Patricia: *Lineamientos de la determinación de la pena*, 2ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 32.

⁸ ZIFFER: ob. cit., pp. 68-69.

⁹ ROXIN: ob. cit., pp. 94-95.

y los límites de la pena", entendiendo que sólo es capaz de subsistir, la que renunciando a posturas absolutas, "...que sus aspectos conservados sean conservados en una concepción amplia y que sus deficiencias sean amortiguadas a través de un sistema de recíproca complementación y restricción, en cuanto a través de semejante procedimiento las teorías tradicionales, son sus objetivos antitéticos, se transformen en una síntesis".

La prevención general, que Pablo Anselmo von Feuerbach, enunciaba como la coacción psicológica emergente de la amenaza de sanción que contiene la ley penal, surge del efecto que, para el resto de la sociedad tiene la concreta aplicación de una pena al que ha delinuido, en cuanto se erige como una advertencia hacia todos, que en caso de querer imitar tal comportamiento disvalioso, podrían recibir idéntica respuesta del Estado.

Esta finalidad de la pena, contribuye —en términos también de Roxin— a consolidar una conciencia jurídica colectiva.

Por su parte, el fin de prevención especial (resocializador) está enunciado en la misma ley de ejecución penal nacional cuando prevé que ésta tiene por objeto: "...lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley, procurando su adecuada reinserción social" (ley 24.660 art. 1º).

Esta última finalidad de la sanción punitiva, que Carrera denomina "readaptación jurídica", "como un mínimo de asimilación del condenado a través del tratamiento carcelario, del ordenamiento jurídico, lo que equivale a despertarle o formarle el convencimiento del valor normativo que encierra el derecho positivo"¹⁰, y respecto de cuya deficiente definición normativa se quejara Marcos Salt¹¹ debe ser especialmente atendida en la etapa de su ejecución, para medir si la sanción penal ha cumplido su objetivo, a la hora resolver libertades, anticipadas a su agotamiento.

Roxin termina de exponer su postura acerca de los fines de la pena, indicando que "...la pena sirve a los fines de la prevención general y especial. Se limita en su magnitud por la medida de la culpabilidad, pero se puede quedar por debajo de este límite, en tanto lo hagan necesario exigencias mínimas preventivo especiales".¹²

¹⁰ CARRERA, Daniel P.: "Alternativas a la pena y a la privación de la libertad", en *Teorías actuales...*, cit., p. 568.

¹¹ SALT, Marcos: "Comentarios a la nueva Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad", NDP, 1996-B-661 a 667.

¹² ROXIN: ob. cit., p. 103.

Esto se traduce en el caso concreto, en que el encierro al que fue sometido el culpable no sólo debe ser —cuantitativa y cualitativamente, de acuerdo con las escalas punitivas en juego—, sino que además debe durar (dentro de la pena impuesta) el tiempo necesario y mínimamente suficiente para que, de acuerdo con sus características personales, el reo no sólo aprehenda las valoraciones sociales trascendentes contenidas en las normas jurídicas vigentes, sino que además, las respete, llegando a comprender los daños que ha ocasionado con el o los delitos cometidos y adquiriendo el propósito real y sincero (medible sólo en actos de tratamiento y prueba) de no volver a reiterar tales comportamientos ilícitos.

3. Al hombre que concretamente ha sido merecedor, por una sentencia judicial pasada en autoridad de cosa juzgada, de una sanción penal en virtud de habérselo hallado autor penalmente responsable de una conducta delictiva prevista por la ley vigente, ¿qué le exigimos y cómo medimos, en el transcurso de la ejecución de su pena, si ésta ha cumplido sus fines y si ya es merecedor de alguno de sus beneficios (libertad asistida, libertad condicional, salidas transitorias, regímenes de prelibertad, etc.)?

Dos consideraciones previas: primero, la pena privativa de la libertad debería ser la *ultima ratio*, pero si se impone, deberá cumplirse. Los jueces debemos ser muy prudentes y razonables a la hora de juzgar el merecimiento de beneficios como los analizados, pues si no, las sanciones legales y judicialmente impuestas terminarán licuándose (es preferible afinar muy bien el lápiz a la hora de individualizar la sanción punible a imponer, que tornar luego ésta en una ficción meramente declarativa).

En este sentido, me parecen muy oportunas algunas reflexiones del iusfilósofo italiano Luigi Ferrajoli¹³ quien se pregunta: "¿Es legítima la modificación de la duración de la pena en sede de ejecución? ¿Es lícito a la administración carcelaria, o incluso al juez de ejecución, reducir o aumentar la pena conforme a los resultados del tratamiento?"

A esto responde el renombrado jurista, que "...las respuestas positivas a esta pregunta se justifican solamente con el pre-

¹³ FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 3ª ed., Trotta, Madrid, 1998, pp. 406-407.

supuesto estrictamente correccionalista, de que el fin exclusivo e inderogable de la pena sea la reeducación del reo. Dada esta premisa, si un preso resulta arrepentido antes del fin de la ejecución, o por el contrario no arrepentido en el momento del fin de la ejecución, deberá ser liberado en el primer caso anticipadamente y en el segundo, con posterioridad a la fecha de extinción de las penas infligidas".

Y en relación al acortamiento de las penas, vía resolución en la etapa de ejecución, Ferrajoli sostiene que "se trata del tipo de flexibilidad de la pena privativa de la libertad que hacen posible en sede de ejecución las 'medidas alternativas', introducidas en este siglo en casi todos los países europeos y en Italia. En su apoyo hay un argumento consistente y sugestivo: ¿qué sentido tiene continuar manteniendo recluida a una persona, cuando a muchos años de distancia de la imposición de la pena por parte del juez, es ya otra completamente distinta de la que fue condenada?"

Pero agrega luego que tal pregunta, "...supone evidentemente una concepción retributiva, además de pedagógica, del fin de la pena. Pero sobre todo, elude una cuestión de fondo. La injusticia que advertimos en el hecho de que un hombre continúe sufriendo una pena después de que, por el largo tiempo transcurrido, se ha convertido en una persona completamente distinta de la condenada es un efecto perverso de la excesiva duración de las penas. Y es un efecto estructural, porque el cambio de la persona con el transcurso de los años, constituye una regla más que una excepción. Debemos preguntarnos si antes de justificar un remedio para este defecto del sistema, con todos los costes que el remedio comporta para el orden de las garantías penales, no sería más justificado eliminar directamente el defecto... ¿cuál es, en efecto, la función de un sistema penal escindido, que prevé y dispone penas severas en sede legal y judicial, para más tarde desmentirlas con una serie de indulgencias dispensadas discrecionalmente en sede de ejecución? Y, ¿qué es lo que oculta esta separación programática y sistemática entre severidad de las penas previstas en la ley y moderación de las efectivamente cumplidas, entre severidad en la imposición e indulgencia en la ejecución de las penas entre el *malum quod antea denunciatum* y el concretamente *impositum*, cuya coincidencia desde Hobbes y Pufendorf hasta Beccaria y Feuerbach, ha cons-

titud siempre la sustancia de los principios de legalidad, certeza e igualdad penal?

Más allá de considerar, en cierta medida, platónico su plan de hacer tábula rasa con la legislación penal, para revalorizar los tipos penales realmente útiles a la sociedad y de ser partidario de la necesidad de mantener, como respuesta del Estado, la pena privativa de la libertad, comparto con el profesor romano, que si durante su ejecución se reducen o cambian, irracionalmente, la naturaleza de las penas anteriormente impuestas por sentencia firme, el Poder Judicial, y la política criminal del Estado, termina dándole a la sociedad destinataria de su servicio un mensaje esquizofrénico: *Por ser autor de tal delito, te mereces esta sanción, pero puede llegar a ser menor o distinta durante su ejecución.* Ello reciente la concreción de sus finalidades.

El problema pasa porque durante su ejecución, la prisión se concrete en un tratamiento real y no en el simple encierro.

Segundo: si bien uno de los fines primordiales de la pena —de prevención especial positiva— es la resocialización del condenado, los obstáculos para su efectiva realización (lo cual depende no ya de la naturaleza de la pena a imponer, sino particularmente de la política económico-social del Estado, de la solidaridad de los restantes integrantes de la sociedad; de medios materiales y humanos adecuados etc.) no pueden ser en ningún caso un freno para que los jueces apliquemos la ley positiva vigente.

Decía Bettiol que "...el Estado si persigue delitos e impone penas, cumple con un deber ético de justicia. Pero no puede imponer un hábito virtuoso al reo que prefiere mantenerse en el 'vicio'. La pena no puede educar para la hipocresía. El reo pagará por su culpa, aunque quiera engañar, con una máscara de virtud. El Estado debe tolerar como un mal menor, que el reo no quiera o pueda redimirse...".¹⁴

La evidente escasez (y consiguiente falta de previsión presupuestaria) de medios materiales y de establecimientos insuficientes para la ejecución de las penas privativas de la libertad, no pueden conducirnos a la abrogación de éstas, porque a pesar de todo y sin dejar de reconocer la utilidad práctica y necesidad humanitaria de encontrar otros mecanismos alternativos (que la evolución doctrinaria y legislativa mundial van ideando cada vez

¹⁴ BETTIOL: ob. cit., p. 843.

con más énfasis), sigue siendo una respuesta ineludible para ciertos delitos (tema sobre el que volverá más adelante).

Pero además, todo lo dicho no nos debe hacer descreer de la posibilidad de concretar cambios resocializadores en los penados. Esto sigue siendo un decisivo desafío del que la humanidad, aún sigue en deuda consigo misma.

Veamos, entonces, la situación del penado y las pautas de medición a utilizarse.

a) Partiendo de la base de que pesa sobre él una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, entiendo que es plenamente válido (constitucional y legalmente hablando) como pauta de valoración de una posible readaptación social, la exigibilidad y verificación del sincero y pleno reconocimiento de su culpabilidad definitiva por el hecho (cuestión que a veces molesta a algunos defensores, pero que ya en esta instancia del sometimiento del reo a la ley, nadie puede ignorar).

Esto es esencial, porque la naturaleza humana condiciona, el verdadero propósito de enmienda (otro signo de readaptación) a que primero se reconozca el error cometido.

Nadie que no reconozca sus yerros puede estar sinceramente arrepentido de lo cometido, y sin estos dos componentes psicológicos de la culpa, no existe la menor posibilidad de que el sujeto esté dispuesto a hacer los esfuerzos necesarios (a luchar) para no reiterar sus comportamientos disvaliosos.

Esta afirmación surge del reconocimiento que comparten filósofos como Immanuel Kant¹⁵ y Julián Marías;¹⁶ antropólogos como Ismael Quiles,¹⁷ L. Polo,¹⁸ o el papa Karol Wojtyła¹⁹ y juristas como Jorge Frías Caballero²⁰ en cuanto a que el hombre (aun delincuente) posee, con los otros seres vivientes, una diferencia esencial, que no radica ni en su memoria, ni en su inteligencia, ni en su psiquismo, sino únicamente en su *vida espiritual*, de la cual se desprende, como característica exclusiva, *la inmanencia*

¹⁵ KANT, Immanuel: *Fundamentos para una metafísica de las costumbres*. Tecnos, Madrid, 1985, p. 429.

¹⁶ MARIAS, Julián: *Antropología metafísica*, p. 156.

¹⁷ QUILES, Ismael: *La persona humana*, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 136.

¹⁸ POLO, L.: *La libertad*, Aranzadi, Pamplona, 1990, pp. 55 y 120-121.

¹⁹ WOJTYLA, Karol: *Amor y responsabilidad*, Madrid, 1969.

²⁰ FRIAS CABALLERO, Jorge: *Imputabilidad penal*, Ediar, Buenos Aires, 1981, pp. 86/87.

o *intimidad* en cuanto es capaz de llegar a conocerse a sí mismo (hasta en profundidad).

En el interior del hombre, en su vida espiritual, reside, además, *la creatividad* tanto de llegar a ser algo nuevo (cambiar, modificar sus defectos, etc.) como de causarlo, incluso de transformarse a sí mismo en alguien distinto a lo que era anteriormente, en generar nuevas decisiones de vida futura (si no pensemos en las grandes conversiones: San Pablo, que de perseguidor de Cristo pasó a ser el apóstol de los gentiles).

El hombre se revela, en su lenguaje, cuerpo, rostro, nombre y expresión, siendo un fin en sí mismo y con capacidad de proyectarse. Es además, depositario de una vocación o "destino llamado".

Gracias a su racionalidad y voluntariedad, el hombre es libre, afirmando el padre Quiles,²¹ que la persona humana es dueña de sus actos, en verdad dentro de ciertos límites, pero es lo suficientemente dueña y autónoma en su obrar, para poder decidir de su destino.

La persona que ha delinquido necesita, en su tratamiento, revalorizar estas potencialidades, reeducar su visión del bien y del mal y los objetivos de vida (ningún reo, por más cruel que parezca, puede desconocer la paz que trae estar en el bien y hasta llega a admirarla). Necesita sentir esperanzas de que puede volver a convivir en sociedad, sin que nadie perjudique sus ideales, defendiendo sus derechos y sin comprometer con sus actos, por su parte, los derechos de los demás.

Pero para eso tiene que empezar por reconocer el mal que ha cometido, el perjuicio y los daños que ha ocasionado, saliendo de sí mismo y llegando a sentir arrepentimiento (dolor) por ello.

Para verificar si existen estas condiciones en el penado, es indispensable contar con adecuados informes interdisciplinarios, de los organismos penitenciarios, en aspectos médicos, psiquiátricos, psicológicos y sociológicos, los que deberán mensurarse y complementarse (de ser necesario) por el Poder Judicial, aunque no con la pretensión de sustituirlos o ignorarlos definitivamente, salvo casos de manifiesta y probada deficiencia técnica o mala fe de los primeros.

²¹ QUILES: ob. cit., p. 159.

En estos informes deben reflejarse la estructura de la personalidad del causante y la evolución que ha hecho durante el tratamiento, particularmente en lo relativo a la posibilidad de manejar sus tendencias instintivas, al dominio de la razonabilidad, a si existen estructuras paranoides donde prevalece el egocentrismo y el egoísmo, a la capacidad de autocrítica o si prevalece la tendencia a extrapolar todas las responsabilidades en los demás, verificar su educación, antecedentes y entorno familiar, posibilidades de contención afectiva de ésta o de la pareja, alternativas laborales y reeducativas, etcétera.

También creo necesario examinar si el sujeto piensa más en él que en los demás; si vive todo sufriendolo como una agresión hacia su persona; si le duele el hecho cometido en relación a las víctimas; si es capaz de ponerse en el lugar de éstas y sentir pena por lo que les ha hecho vivir. Pues estoy convencido de que éstos también son signos de verdadero arrepentimiento y sincero propósito de enmienda.

El hombre cuando delinque (porque no tiene justificación alguna) no piensa más que en sí mismo y en la satisfacción de sus deseos o impulsos, ignorando o haciendo a un lado, egoístamente, lo que puede sufrir o sentir la víctima.

Todo esto me lleva a concluir que, cuando sobre la base de los test psicológicos se desprende que el penado no ha alcanzado a sentir remordimiento, ni reconoce su culpa en el hecho; cuando no piensa más que en sí mismo, sin sentir nada por las víctimas, la sanción penal no ha cumplido en él, todavía, su fin de prevención especial (positiva) y no está en condiciones de poder gozar de ningún beneficio, pues no hay indicadores que en libertad, si le tocara volver a vivir las mismas circunstancias que lo llevaron a cometer el hecho por el que fue sancionado (diversión, alcohol, hambre, aislamiento social, etc.) no volvería a delinquir.

A esto lo denomino una "regla de garantía" tanto para él —pues si cometiera un nuevo delito es evidente que el sistema habría fracasado y sufriría nuevas privaciones— como para la sociedad. Y creo que ello debe ser medido prudencialmente por el juez, aun cuando la evolución desfavorable del tratamiento se deba a negligencia, ineficacia u otra razón atribuible al Servicio Penitenciario, pues en tal caso, los responsables de devolver a la sociedad, sin haber agotado aún la pena, a un sujeto que no se ha recuperado, seríamos los jueces.

b) De lo expuesto se concluye que si bien puede suceder que, el penado haya cumplido formalmente, el tiempo de detención que le permita, por ejemplo, gozar de la libertad condicional (conf. art. 13, C.P.), o la libertad asistida (seis meses antes de la libertad condicional para los primarios y seis meses antes del agotamiento de la pena para los reincidentes), deberá también cumplir con los requisitos materiales de tal beneficio.

En efecto, para que esos beneficios sean procedentes, no basta alcanzar a cumplir, por ejemplo, en penas divisibles, las dos terceras partes del tiempo de condena impuesto, pues el Código Penal (art. 13), complementado actualmente por la Ley Nacional de Ejecución Penal, vigente en todo el territorio nacional (24.660, art. 28, su dec. regl. 396/99, arts. 41/43 y 47), y, finalmente, la Ley provincial de Ejecución Penal 12.256 (arts. 101 y 103) requieren el cumplimiento de condiciones materiales para su otorgamiento, las que comprenden, ahora, no sólo los antecedentes de conducta y concepto carcelario (alusión a reglamento carcelario anterior a dicho cuerpo normativo), sino también los "...dictámenes criminológicos desde el comienzo de la ejecución de la pena" (conforme se exige a partir de la vigencia del art. 28, ley 24.660).

Estos dictámenes comprenden información sobre: 1) la forma en que el solicitante ha observado los reglamentos carcelarios y calificación que merezca por su trabajo, educación y disciplina; 2) posición dentro del régimen de progresividad, existencia y conveniencia del domicilio de residencia ofrecido; 3) evolución del tratamiento basado en su historia criminológica; 4) relaciones familiares y sociales; 5) educación, formación profesional y actividad laboral; 6) aplicación y resultados de programas de prelibertad que se hubieren realizado sobre el nombrado; 7) sugerencias sobre normas de conducta que debería observar durante la libertad condicional, y 8) toda otra circunstancia favorable o desfavorable que pueda ilustrar sobre la conveniencia social de su otorgamiento (conf. arts. 13, C.P., ley 24.660; 40, 41 y 42, dec. regl. PEN 396/99; 101 y 103, ley 12.256, y 511, CPPN).

Tal requisito material no se cumple cuando el reo, de acuerdo con los dictámenes técnicos (mensurados en su totalidad: socioambientales, familiares, educacionales, psicológico-psiquiátricos, antecedentes, etc.), no reconoce su culpa, no le duele lo

hecho, no tiene propósito sincero de enmienda, o no ha logrado un grado de autodeterminación firme en producir un cambio en su vida.

Acerca de esta medición del grado de readaptación social alcanzado por un preso, hago mías las consideraciones que sostuvo el juez Daniel Adler, integrante del Tribunal en lo Criminal Nº 3 de Mar del Plata, en la causa 121 ("Morales s/incidente de ejecución de la pena", resolución del 11/7/2002) en cuanto a que "...en nuestro sistema legal, la 'reforma' y la 'readaptación social' son finalidades jurídicas de la pena (art. 5º, inc. 6º, CADH). Tales conceptos conllevan la aspiración de lograr, a través de la aplicación concreta de la sanción y del tratamiento penitenciario, que el condenado alcance una mínima capacidad para convivir en libertad con sus semejantes, sin que éstos se vean obligados a asumir en exceso el riesgo de su reincidencia criminal (art. 12, Const. provincial). Las legislaciones penales contemporáneas y la doctrina exigen un pronóstico de probable reinserción social positiva previo al otorgamiento de la libertad condicional (véase Maurach, R. Gössel, K., y Zipf, H.: *Derecho penal. Parte General*, t. II, Astrea, Buenos Aires, p. 84; art. 90, inc. 3º, C.P. español; art. 51, inc. 2º, C.P. del Paraguay; ...en referencia al sistema nacional, véase Salt, Marcos G.: *Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999, pp. 251-252; Hans. H. Jescheck ha advertido que 'solamente cabe confiar en la virtualidad resocializadora de la pena cuando el condenado ha advertido su culpabilidad criminal y se propone seriamente evitarla en el futuro' (*Derecho penal. Parte General*, t. I, Bosch, Barcelona, p. 567)".

Del mismo modo, se ha resuelto que "...si de los estudios criminológicos efectuados y los exámenes practicados, surge que el penado cuenta con un pronóstico de readaptabilidad social altamente desfavorable, no corresponde hacer lugar al beneficio de libertad condicional impetrado" (CPen., San Nicolás, c. 16.963 RSD 422-92, del 2/6/1992, "A. J. V. s/violación", JUBA, 2002, nº B915171).

Además, destaco que tampoco debe perderse de vista la naturaleza de los hechos por los cuales el sujeto fue condenado penalmente, pues como lo ha resuelto la Excma. Cámara de Apelación y Garantías Departamental, Sala I, en casos de delitos contra la propiedad y la integridad física, cometidos con particular despliegue de violencia (véase la causa 4102 "López, Carlos Jesús

Incidente libertad asistida”, sentencia del 24/9/2002, reg. 444/R) “...en la especie se advierte un alto grado de desvalor de acción que se ve reflejado en la modalidad y circunstancias que rodearon los hechos por los cuales fuera condenado (ver sentencias) y teniendo en consideración los fines de la pena privativa de la libertad desde su visión integradora de la prevención general positiva, donde la sanción y el juicio de desvalor que preceden a su imposición contribuyen ...de modo decisivo a formar la conciencia ética, valorativa, de la colectividad’ (Rojas Vía, Benigno: ‘Alternativas a la pena y a la privación de libertad’, en *Teorías actuales en derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 595) reforzándose así la vigencia de la norma puesta en tela de juicio por la comisión del delito, no corresponde acceder a lo peticionado”.

c) Finalmente vuelvo, en parte, sobre lo esbozado anteriormente, en cuanto a que, no obstante las deficiencias de medios materiales y humanos —ya referidas— para llevar a cabo la ejecución penal (empezando por el mismo Poder Judicial bonaerense que aún no ha concretado, a pesar de las previsiones de la ley 12.060 del año 1999, la puesta en funcionamiento de todos los jueces de dicho fuero cuya cantidad, por cierto, hoy ya es insuficiente a la luz del volumen de expedientes de esa especie en trámite), no debe renunciarse al fin de la resocialización de los presos.

Comparto, en este sentido, lo afirmado por Kent, en cuanto a que “...si hubiera que descalificar un valor por el fracaso histórico y la insuficiencia actual de los medios disponibles para realizarlo, el mismo rechazo que conceptualmente pretende manifestarse hacia la reinserción social del delincuente, habría que hacerlo extensivo a la libertad individual, la salud, el desarrollo económico, el equilibrio ambiental y otras tantas cosas”.²²

Contamos con una legislación de vanguardia (acorde a los pactos internacionales que, por su ratificación, integran nuestro derecho penal constitucional, art. 75, inc. 2º, C.N.), técnica y humanitariamente adecuada para cumplir con el objetivo. Sólo faltan decisiones políticas verdaderamente orientadas a ello y previsiones presupuestarias acordes, que no tornen aquellas previsiones en meras proclamaciones grandilocuentes o sólo principistas.

²² KENT, Jorge: *Derecho de la ejecución penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 111.

Además, contamos con medios estructurales que muchos otros países no tienen: 1) amplias extensiones de territorio (incluso fiscal) que podrían aprovecharse; 2) innumerables profesionales salidos de noveles carreras vinculadas a la actividad de formación humana y profesional (ciencias de la educación, terapeutas ocupacionales, asistentes sociales, técnicos en actividades productivas intensivas, psicopedagogos, etc.).

Las cárceles no pueden limitarse a ser sólo un lugar de encierro que preserva al resto de la sociedad del riesgoso contacto con los condenados. Debe ser un lugar de tratamiento efectivo (como creo que lo son algunas, con sus limitaciones), que apunte a mejorar la persona del penado, donde la libertad se recupere, no porque simplemente se agotó la pena (si se lo dejó salir como a un animal enjaulado), sino progresivamente, sometiéndolo a distintos estadios en que recibe diferentes medios de formación humana y se lo prueba.

Quizás sería deseable, cuando se piensa en hacer nuevas cárceles, que no se construyan grandes establecimientos, sino pequeños, más fáciles de dirigir y con mejores posibilidades de resolución. También debería pensarse que no todas tienen que ser cerradas, son además, muy necesarias, para hacer realizable el principio de progresividad, las abiertas y semiabiertas.

Incluso debería pensarse la posibilidad de insertar en algunos establecimientos, con mínimas medidas de seguridad y regímenes de autodisciplina, a determinados presos con sus familias, cuando su evolución criminológica lo permita (pensemos, por ejemplo, los que están en régimen de prelibertad), con la alternativa de que, si se buscara también generar nuevos pueblos, podrían permanecer allí, finalizada la pena, fuera de los resguardos de seguridad.

Si se utilizan tierras fiscales alejadas de grandes ciudades, podría darse lugar al nacimiento de nuevos asentamientos poblacionales (con el consiguiente mejoramiento de la distribución demográfica como en las viejas colonizaciones), al que podrían contribuir empresas privadas con aportes de materiales, actividades productivas, etc., incentivadas por políticas de desgravación similares a las que se utilizan para fomentar algunas actividades económicas (v. gr., lo que se hizo con la forestación).

Existen numerosas actividades productivas como las de la construcción y derivadas de la agroindustria —sobre todo los

cultivos intensivos— que pueden ser muy útiles para la formación y tratamiento de un penado (sin educación y trabajo no es posible pensar en resocializar a nadie) y que si se encausan con vistas a mantenerlas, una vez cumplida la pena, auguran pronósticos favorables de realización.

Sólo falta que se tomen decisiones oportunas y que se ejecuten de verdad, pues también creo con Kent que "...siempre queda un remanente de redención en la criatura humana segregada del entramado social por el quebrantamiento del orden vigente".²³

Entonces hay que trabajar por sacar de la persona humana que ha equivocado su camino, y que ha sido penada, lo mejor de sí. Con trato humanitario, educación, afecto, con apertura de nuevos horizontes y génesis de nuevas oportunidades (que muchos nunca tuvieron) se puede remover la robustez física y espiritual de muchos delincuentes y trocarlos en seres humanos adaptables socialmente.

Ello sin renunciar, cuando no se alcancen tales objetivos, a la idea de que la pena no puede ser eliminada ni licuada, porque fue impuesta en justicia.

²³ KENT: ob. cit., p. 295.