

La representación jurídica del castigo en la fase ejecutiva de la condena.

Pablo Vacani.

Cita:

Pablo Vacani (2013). *La representación jurídica del castigo en la fase ejecutiva de la condena*. X Jornadas de Sociología. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/000-038/561>

X Jornadas de sociología de la UBA.

20 años de pensar y repensar la sociología. Nuevos desafíos académicos, científicos y políticos para el siglo XXI

1 a 6 de Julio de 2013

Mesa 57: Sistema penal y derechos humanos

La representación jurídica del castigo en la fase ejecutiva de la condena.

Pablo Andrés Vacani. Investigador UBA/Facultad de Derecho. Departamento de Derecho penal y criminología.

I.-

Es sabido que una de las principales manifestaciones del principio de proporcionalidad mínima de la respuesta punitiva requiere que la pena guarde cierta proporción con la magnitud del delito. Ello ha sido una de las principales luchas que se dicen ganadas por la escuela liberal en la reforma de mediados de siglo XVIII cuando esta había sido abandonada por los regímenes absolutos. La proporcionalidad fue corolario del principio de legalidad y retributividad, concibiéndose predeterminada en todos los casos y regulada, en forma abstracta y de manera igual, de acuerdo a la gravedad del delito. Se expresó así toda idea de lo justo que expresa la medida del castigo¹. Sin dudas, la escala fue el modelo más contundente de la racionalidad moderna, y fue de esa forma que esa racionalidad se expresó en tiempo. Es desde ya conocido la referencia de Beccaria a la matemática y a la geometría cuando señalaba *“es necesario en la aritmética política sustituir el cálculo de probabilidad a la exactitud matemática” (...)* *“si la geometría fuese adaptable a las infinitas y oscuras combinaciones de las acciones humanas, debería haber una escala correspondiente de penas en que se graduasen hasta la menos dura”*². El castigo se representó en una igualdad cuantitativa de dolor entre la magnitud de la ofensa del delito y la pena correspondiente mediante la creencia racionalista de que entre ambas existe una relación necesaria. Esta relación se ha determinado mediante la concepción del tiempo como valor sujeto a ponderar lesiones comparables, del mismo modo que se unificaron las medidas lineales y de superficie, los sistemas monetarios o decimales.

El sistema moderno ha creído en la regulación legal contra los castigos físicos con el objetivo de garantizar que la pena posibilitara un “mal idóneo”, tomando como elemento más relevante a la certeza punitiva. En este sentido, el propio Beccaria sentenciaba “no es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos, sino la infabilidad de ellas” (Beccaria, 1764:23). También Carrara puso atención a una pena no corruptora que no “pervierta al reo” e incluso Bentham se refería a una pena económica, con el objeto de evitar que se desvirtuase como “costosa”.

Lo que este modelo sostiene es que tanto la ofensa como la pena son un mal, ya que la pena es un dolor y, por su naturaleza, todo dolor es un mal, el cual necesariamente está relacionado a los fines preventivos de la pena, pero cualquier exceso desnaturalizaría su objeto en relación a su propia justificación. De hecho, esto derivó no sólo a la tipificación de los delitos sino a la consiguiente prohibición de penas crueles, tal

¹ “Como lo proporcionado es siempre, en cualquier clase de relaciones, lo adecuado, lo conveniente, lo justo y exacto, también sucede lo mismo tratándose de penas”. Así, Dorado Montero (1916:5).

² Aunque para Carrara la idea aritmética de proporcionalidad era calificada como “nebulosa”. Ver Carrara (1888).

como lo prescribiría el art. 9 de la Declaración de Virginia de 1776 y el art. 8 de la Declaración de 1789.

Pero tales expresiones del castigo, como particular contenido de lo proporcionado sólo queda en la *escala y su individualización*, y en esa expresión se cuantifica el castigo, pero lo cierto es que éste no se valora dentro de los términos de la proporción, existiendo sólo la relación delito-escala, sin que el castigo sea valorado en su relación de proporcionalidad conforme al modo en que es ejecutado³.

Esto lleva a la primera hipótesis: si el castigo supera la medida que le dio origen como pauta de la deseada proporción, el derecho no se haría cargo, pese a prohibirse tratos crueles, al no preverse ninguna consecuencia durante la etapa posterior a la determinación de la pena. Un sistema dogmático que se transfirió a la universalidad de una práctica jurídica excluye el contenido del castigo a la redefinición cuantitativa por más que éste no se ejecute conforme a la medida de valor por el cual se habilitó legítimamente.

Conforme a este modelo, la medida de castigo sólo se terminó dimensionando en forma abstracta en un único acto que es la sentencia, desdibujando toda vinculación entre la identidad que esa cantidad demostrara con la calidad del castigo aplicado durante ese transcurso temporal.

II.

Entendemos que esta negación ha sido una de las máximas expresiones de la racionalidad definida en la conservación que el propio derecho define en violencia legítima, cuyo origen no es otro que la venganza^{4 5}. El orden del derecho fue la condición de su posibilidad al permitir la legitimidad de la violencia física, cuando a la vez se define contra los castigos crueles.

Benjamin fue quién en 1921 problematizara en su texto *“Zur Kritik der Gewalt”* la relación del derecho como límite del poder violento o punitivo, como algo más que la violencia que funda el derecho, lo que puede significar también la dominación o la soberanía del poder legal, la autoridad autorizadora o autorizada, o como lo llamara luego Derrida, fuerza de ley, quién advirtiera *“la violencia no es exterior al orden del derecho; amenaza al derecho en el interior del derecho”* (Derrida, 2002:16).

En ese interior, la formación cuantitativa del sistema represivo ha tenido la particularidad de traducir la cantidad de castigo en tiempo lineal de privación de libertad, a

³ Como lo denunciara Giavonni Bovio, esa proporcionalidad resultaría falsa si una de sus proporciones no estuviera sujeta a la calidad del castigo aplicado, pues de ser la gravedad del delito lo que determina el castigo, no habrá proporción posible al no valorarse uno de los términos.

⁴ Es la *institución de la venganza*, que se coloca en la base del tiempo (die Zeit): “el espíritu de la venganza, mis amigos: ésta fue hasta ahora la mejor meditación humana ¡Y siempre donde hubo dolor hubo pena! Pena es, sencillamente, como la venganza se autodenomina, simulando una buena conciencia con una palabra engañosa. Y como la voluntad misma es dolor, dado que no puede volver hacía atrás, la voluntad misma y la vida toda hubieron de ser pena!. ver Nietzsche (1884: 115). Strafe y Rache, pena y venganza, son una misma cosa frente al tiempo y a su fue, que ya la voluntad no puede hacer que no haya sido, explica Zaffaroni. En este sentido, refiere “nuestra modernidad buscó la racionalidad de la pena con el tiempo, traduciéndola en tiempo. Strafe, Rache y Zeit, la misma cosa: pena, venganza y tiempo, palabras enredadas en una misma idea oculta en varias máscaras semánticas que explotan en casi idéntico sonido: *geracht y gerecht* vengado y justo”. Ver Zaffaroni (1992: 128).

⁵ Girard considera el sistema penal como un sistema de principios que no se diferencia realmente de la venganza: ambos modelos estarían gobernados exactamente por el mismo mecanismo de la reciprocidad violenta y la retribución. O bien tal principio es justo, dice Girard, y la justicia está presente ya en la venganza, o bien no hay justicia en ninguno de los dos casos. Así, pues, sólo el sistema jurídico puede asegurar la venganza, que en cambio resulta insoportable en sociedades desprovistas de sistemas formalizados de resolución judicial de conflictos, en los que la dimensión repetitiva y mimética de la violencia es una amenaza directa no a bienes, sujetos o valores particulares, sino a toda la existencia de la sociedad. Contradictoriamente a lo que el sistema jurídico moderno dice de sí mismo, la violencia amenazada y convertida en acción es venganza, aunque se trate de la única venganza soportable. Ver. Girard, R. (1983:31).

la vez que permitió anular toda expresión del castigo arbitrario, lo que permitió hasta la actualidad que ésta mensura deje de ser inteligible en la ejecución punitiva.

Sin dudas, esta crítica remite en su máxima expresión a la obra de Foucault en “Vigilar y Castigar” de 1975 con relación a lo que él denominara “*benignidad* de las penas”, considerando que dicho sistema no ha resultado necesariamente como menos violento, pues de lo que se trataba era de no castigar menos, sino mejor; castigar con severidad atenuada, quizá pero para castigar con más universalidad y necesidad; introducir el poder de castigar más profundamente en el cuerpo social. La severidad se muestra más atenuada no necesariamente a la cantidad de castigo aplicado sino a su regulación en la previsión, en la exactitud del tiempo. Esta penalidad suavizada se articula a través de la relación que la “medida” tiene respecto de la “humanidad”, aunque uno y otra tienen una relación dudosa, lo que Foucault denominara como una *enigmática benignidad* (Foucault:1992, 87).

Confirma la primera hipótesis que la certidumbre y la previsión, más que la exclusión de tratos crueles, ha sido lo que definió esta racionalidad punitiva. Se añade a ella, una segunda hipótesis: desde la inauguración de este proceso la prisión se ha convertido en la expresión legítima de la privación de libertad, y el castigo se representa como la cantidad *en tiempo* de esa privación y no de aquellas otras que exceden lo legítimo cuando se castiga arbitrariamente.

Esto no es sólo una expresión de nuestro tiempo ante la evidente pérdida de toda pretensión correccionalista y ante la definición de los sistemas punitivos mediante estrategias de control y gestión de los riesgos (Deleuze, 1996; Garland, 2001), sino que ya las indagaciones de John Howard, en 1777, en su etnografía sobre las prisiones inglesas, galesas, escocesas e irlandesa, y luego Alexis de Tocqueville, acerca de las prisiones estadounidenses, explicaban que las penas en la prisión perdían todo signo de proporcionalidad. Luego el anarquista Piotr Kropotkin en 1887 explicaba en su famoso texto “Las Prisiones” en qué consistían los tenebrosos regímenes carcelarios en Rusia y Francia tras padecer entre 1873 y 1876 su propia prisionización en las cárceles de Fortaleza San Pedro y San Pablo y San Petersburgo y luego en 1886 en la prisión de Clairvaux en Lyon, Francia. En nuestro país, inclusive, el propio Pietro Gori quedó horrorizado percibiendo las condiciones del penal de Sierra Chica a fines del siglo XIX.

Rusche y Kirchheimer explicaron que las teorías jurídico penales producto del derecho penal ilustrado “no sólo han contribuido escasamente a dilucidar la problemática socio- histórica de los métodos punitivos, sino que han ejercido una influencia negativa sobre aquella, en tanto han considerado la pena como una entidad eterna e inmutable. En este sentido es que proponían despojar a las instituciones sociales dedicadas a la ejecución de las penas de sus velos ideológicos y apariencias jurídicas y descubrirlas en sus relaciones reales (Rusche, G. y Kirchheimer, O, 2004(1939):3).

En esta línea, no fue menor el trabajo que veinte años más tarde realizara Gresham Sykes en 1958 en su libro *The Society of Cautives*, realizando una descripción y análisis de los “padecimientos” del encarcelamiento como algo más grave que la forma obvia de privación de libertad, pero lo cierto es que hemos carecido hasta la actualidad de una sistemática jurídico penal que esté dirigida a regular estas variables relacionadas entre la cantidad de castigo que se mide y se fija y aquel finalmente aplicado por la institución penitenciaria.

Sin embargo, aún no se ha trabajado suficientemente en los resultados prácticos que el sistema de límites que imponen los tratados internacionales de derechos humanos debería tener en el derecho interno cuando se ejecuta el castigo en forma más gravosa que la medida impuesta. Principalmente, una de las principales limitaciones de la doctrina ha sido vincularse exclusivamente con las manifestaciones formales de la ley, sin advertir que la violencia de la punición la excede en todo sentido. Nuevamente, la conservación de la violencia legítima, el orden del derecho mismo.

Resulta irrefutable por genealogía histórica que toda contención limitada al aspecto formal de la legislación es insuficiente. En la ejecución de la pena esta reducción asume características más elocuentes ante la disparidad abismal entre el ejercicio de poder programado del legislador y la capacidad operativa de la agencia penitenciaria. La complementación de la interpretación de la ley formal con frontera de contenido (materiales) debe ser ensayable asumiendo el dato de realidad de las características estructurales del ejercicio del poder punitivo penitenciario para desde allí adquirir toda su dimensión los límites derivados de la legalidad constitucional.

Esto no sería otra cosa que una contraofensiva teórica si tenemos en cuenta que los saberes relativos a la cuantificación punitiva a principios del siglo XX y aquellos que iniciaron el derecho de ejecución penal, o más bien llamado, derecho penitenciario o ciencia penitenciaria, fueron producto de saberes autónomos no sólo entre sí, sino también con relación a la manifestación real que la prisión adquiere sobre los derechos de la persona durante el tiempo de condena (García Basalo, 1970; Neuman, 1971).

Saleilles en 1898 sostuvo la idea original de “individualización” de la pena (sentencing, para el derecho anglosajón) como proceso que se desarrolla compartidamente entre la agencia legislativa, la judicial y penitenciaria, concibiendo a ésta como aquella institución administrativa cuyo encargo exclusivo es la ejecución. Desde Dolcini, Von Hirsch a Demetrio Crespo, el saber relativo a la cuantificación punitiva no se extendió de una regulación que ampliara su objeto a la ejecución penal, sino particularmente la regulación estricta de la medida de pena siempre fue percibida independientemente de lo carcelario⁶.

Por otro lado, la autonomía científica del derecho penitenciario, ya sostenida por Montesinos entre 1835 y 1850, afianzada luego en el siglo XX, y seguida en nuestro país por Marcó del Pont y García Basalo, tuvo total afinidad con la criminología positivista sujeta en la terapéutica correccional del delincuente como principal objetivo del sistema penitenciario (Marchiori, 1981; Dominguez, A. 2004). Ya desde entonces Manuel de Rivacoba fue uno de los primeros en criticar esta autonomía⁷, lo que sobre todo permitiera que la ordenación administrativa de la institución penitenciaria se confundiera como saber penal que completara todo el horizonte de comprensión de la ejecución de la pena, situación que colaboró que todas aquellas categorías conceptuales integrantes del sistema de filtros de la punición arbitraria a través de la teoría del delito quedó sin contenido en la etapa donde con mayor crueldad se manifiesta el poder punitivo.

El llamado derecho de ejecución penal sólo fue objeto de análisis relacionados a la programación normativa que únicamente revelara las consecuencias relativas a una manifestación formal del castigo (Marco del Pont, 1974; García Basalo, 1975). Ello tuvo principal hálito con la idea de progresividad del régimen carcelario al definir en la primera parte del siglo XIX un proceso cognitivo que racionaliza el tiempo de prisión de *modo independiente* a las condiciones reales que tienen los presos y presas de poder acceder a

⁶ No obviamos que von Hirsch identifica en el sistema que propone el encierro a través de tres componentes: *collective* (la persona vive en compañía de otros, que no son miembros de su familia), *residential* (la prisión es, durante determinado período de tiempo, la residencia del sujeto) y *restraint* (no se trata de la presencia de un obstáculo externo que impida el movimiento, sino la restricción del movimiento de la persona a determinado lugar). La principal característica de estos componentes consiste en la reducción que hacen del concepto únicamente respecto de la limitación del espacio físico, omitiendo que dentro de éste la noción no excluye la realización de derechos fundamentales, de los cuales se funda la libertad individual. Al ser así, la exclusión de algunos de estos derechos implica, consiguientemente, la ausencia de valoración del poder punitivo. Véase von Hirsch, A., (1998:116).

⁷ Quien explicaba “como el delito reclama la pena y ésta lo supone y es ininteligible sin él, de modo que ambos se complementan y se constituyen en los dos objetos esenciales de una normatividad única y de la ciencia que la estudie, la ejecución no puede pertenecer a ninguna rama que no sea la de la pena, que es la misma que la del delito, el Derecho criminal o penal [...] en resumen, que en un examen atento y detenido de la cuestión no se justifica ni un Derecho de ejecución penal, o de las penas, ni, menos, un Derecho penitenciario”. Rivacoba y Rivacoba, M., (1965:123).

la realización plena de sus derechos, mientras que también ha definido un sistema de premialidad encaminada a provocar comportamientos conformes, actualizando los estados de docilidad en los condenados durante la condena, cuando dependerán de los guarismos de clasificación que la autoridad penitenciaria realiza al analizar su comportamiento.

Si bien dicho régimen, luego del fracaso del sistema filadélfico y de Auburn, inaugurara para los presos australianos (en el caso de Maconochie), irlandeses (para Crofton) y españoles (Montesinos) la perspectiva de buscar la docilidad en el trabajo cuyo rendimiento permitiera avanzar en un sistema de etapas hacía su reintegración al medio social, a partir de la ley 11.883 en nuestro país⁸, la matriz normativa programó todo el sistema desde la base de un tratamiento personal tan inexistente como de dudosa calidad en aquellos pocos que logran obtenerlo como “beneficios” en la prisión⁹.

Las condiciones de aminoración punitiva de la pena viene a estar representada por el saber penitenciario, tanto en sus condiciones sancionatorias como criminológicas, representando al castigo en una línea temporal evolutiva que, de acuerdo al guarismo alcanzado y el dictamen favorable obtenido por parte de la administración, le permitirá al condenado avanzar hacia otros regímenes que importan una menor restricción de su libertad personal.

El tiempo tras la sentencia ya no sólo es privación temporal de libertad sino la expresión de utilidad del encierro, de todo lo aprovechable para obtener puntaje de acuerdo a los guarismos de clasificación. Es la meta resocializadora lo que se juzga en la práctica jurídica como aquello alcanzado o no por parte del sujeto sin discurrir sobre la función de lo carcelario sobre éste.

De esta forma, en el orden legítimo de la violencia que conserva el derecho, el tiempo de prisión como valor principal del contenido de la pena se escinde de las condiciones del espacio y representa en la realidad otras condiciones que no se asemejan incluso a lo prescripto en la ley. Por ejemplo, y siguiendo con el sistema progresivo, el nivel de conflictos en una unidad penitenciaria nunca permitirá a la persona privada de libertad alcanzar determinado guarismo de conducta o mantener la misma. Lo cierto, entonces, es que en términos de atenuación o reducción temporal de la privación de libertad *sólo tiene consecuencias jurídicas aquel proceso temporal sujeto a la realización de derechos, de acuerdo al acceso que la persona condenada tenga sobre dichos medios, pero no las privaciones de los mismos*.

El tiempo es para la ley una noción ajena de aquel trato punitivo que genera la afectación de derechos y dicho sistema está expresado en la idea de progresividad como manifestación legítima del poder punitivo carcelario, la que regula todos los casos, exponiéndose como una especie de meritocracia a cargo del condenado, dependiendo de su propia voluntad el logro de ciertos “beneficios”.

III.-

⁸ En nuestro país, el 21 de agosto de 1917 al fundar Rodolfo Moreno (h) el despacho de la comisión acerca del código penal, expresaba que era necesario que se dicte la ley carcelaria, una ley en la que se establezca el régimen de la penalidad en primer término, pero el régimen de la penalidad en toda la República y bajo el sistema progresivo (Moreno, 1992: 16).

⁹ Nuestra actual legislación penitenciaria nacional, también se hace eco del sistema progresivo (arts. 6, 7, 12 a 31 de la ley 24.660) disponiendo en su artículo 6 que: “...El régimen penitenciario se basará en la progresividad, procurando limitar la permanencia del condenado en establecimientos cerrados y promoviendo en lo posible y conforme su evolución favorable su incorporación a instituciones semiabiertas o abiertas o a secciones separadas regidas por el principio de autodisciplina...”; fijando un sistema medianamente flexible estructurado en diversos períodos secuenciales: “...el régimen penitenciario aplicable al condenado, cualquiera fuere la pena impuesta, se caracterizará por su progresividad y constará de : a) Período de Observación; b) Período de Tratamiento; c) Período de Prueba; d) Período de Libertad Condicional...” (art. 12).

Está claro que el esquema que guía la racionalidad de la pena durante su ejecución a través del sistema progresivo excluye la compleja trama de tiempos cualitativamente distintos como expresión sincera de las variaciones más graves que sufre el condenado. Desde hace décadas vivimos un agotamiento del modelo correccional de las sociedades disciplinarias, pero el armazón teórico de principios del siglo XIX persiste con gran utilidad para esconder las verdaderas técnicas de neutralización y control que definen lo carcelario.

Durante los últimos cincuenta años la individualización de la pena en la etapa de ejecución permaneció sujeto a un desvirtuado modelo progresivo de castigo en tanto perdiera su carácter objetivo definido en la terapia del trabajo, la instrucción y la disciplina (Pettinato, 1947), para estar condicionado y convertirse en una técnica de control de las poblaciones carcelarias mediante las estrategias de sujeción que se definen en la determinación de los guarismos de clasificación y la definición de pronósticos sobre la personalidad del condenado su reinserción social.

No vamos a obviar que este sistema actualmente goza de una cobertura formal que define su constitucionalidad en el art. 5.6 de la Convención y el 10.3 del Pacto Internacional, pese a que la mayoría de los presos liberados no experimentan reinserción sino circulación continua entre la cárcel y los barrios desposeídos de los que provienen, siempre administrados por el campo burocrático penal y la selectividad policial.

Pero hay que reconocer que el intento de un concepto crítico de reinserción social del condenado, tal como proponía Baratta hace veinte años atrás (Baratta, 1990), no ha tenido ningún tipo de asidero en la práctica jurídica, cuando ésta se define a través del saber criminológico oficial de la institución penitenciaria, cuyo entrenamiento de su personal continúa basado en la idea de peligrosidad. Tampoco es posible alzarse con pretensiones teóricas definidas en las intervenciones de los condenados que el sistema penitenciario no alcanza a la generalidad de la población, abandonándose cualquier concepción resocializadora¹⁰.

La estrategia metodológica debe ser otra, no apegada a las directivas de trato que en lo formal regulan las legislaciones, sino dirigida en *la comprensión de todas las variantes cualitativas del trato punitivo* que se define por las particularidades del funcionamiento de cada prisión, empoderando allí todo el sistema de prohibición de tratos crueles, inhumanos y/o degradantes, obligando a compatibilizar las disposiciones legales y la medida de pena expresada en la sentencia como privación de libertad con este general enunciado constitucional que prohíbe sufrimientos más graves.

Ante el muy limitado espacio de las agencias jurídicas dentro del marco general del poder punitivo penitenciario, sumado a la característica general de homologación de toda aquella producción de conocimiento ejercida por la autoridad penitenciaria en el interior de los muros, se impone revertir estas relaciones proyectando un sistema que posibilite la realización progresiva y amplia de los principios limitadores del poder punitivo, aumentando el sistema de filtros sobre la pena arbitraria que hasta ahora sólo resultan sofisticados hasta la condena.

¹⁰ Sin hacer referencia a una actividad terapéutica sobre los condenados, según la SNEEP 2010 el 80% de los presos tuvo un trabajo de tiempo parcial o estaba desocupado antes de su detención, por otra parte el 47% no tenía oficio ni profesión, como contra parte resocializadora en la cárcel sólo el 19% participó de algún programa de capacitación laboral y el 59% no tienen trabajo remunerado, el resto tienen trabajos parciales y mal remunerados, similares a las formas más precarizadas del mercado de trabajo. En cuanto al nivel de instrucción alcanzado antes de la detención, el 33% no tenía ningún estudio o tenía el primario incompleto, o sea que estamos ante analfabetos estructurales. El 40% sólo había completado el primario y un 16% no había completado el secundario, estas cuatro categorías hacen un 89% de personas que están por debajo de lo que exige la ley en cuanto a educación formal. Como contra parte resocializadora en la cárcel, sólo el 34% participa en algún programa de educación formal, programas que además suelen tener una carga horaria disminuida y ser de aplicación irregular dadas las variadas restricciones de seguridad para acceder a los espacios de educación.

Como punto de partida debe comprenderse que el análisis legal de las manifestaciones cualitativas de la condena, expresada en la ley bajo los requisitos de guarismos de clasificación y dictámenes del servicio penitenciario, es sólo una parte del objeto del saber de la ejecución penal, que es la interpretación constitucional de la ley de ejecución penal, pero en modo alguno esto puede agotar todo el conocimiento sobre la materia.

Este abordaje debe ser ampliado y *su principal objeto debe estar ligado a un saber bifuncional entre la forma y cantidad de pena que habilitó la sentencia sobre cada condenado y aquel que se encuentra ejecutando*, siendo uno de los objetivos principales de la construcción sistemática la reducción del poder punitivo arbitrario en términos de tiempo mensurable atendiendo a la cantidad de excesos que la ejecución del castigo expresa sobre la medida en que fuera definida la pena legal objeto de la sentencia.

El punto de partida es que la pena definida en una cantidad de privación temporal de libertad sufre diferentes condiciones de maltrato físico y psicológico, el cual no puede ser excluido como cantidad de castigo, debiendo redefinirse un proceso de individualización y cuantificación de ese castigo durante la ejecución penal. Hacemos posible así un saber penal relativo a la ejecución de la pena que no esté exclusivamente vinculado con la fracción del poder punitivo que se evidencia como reacción en el plano formal y legítimo de la violencia.

Es necesario un sistema donde sus componentes teóricos tengan la flexibilidad de disponerse al análisis de la estructuración de la política punitiva de cada prisión donde se desarrolla cada proceso temporal de la condena, sujeto a la distribución y administración de la población como de toda aquella materialidad escasa de medios disponibles en que se activan las complejas relaciones del espacio-prisión, lo que no sólo define el alcance de los derechos humanos de cada condenado sino también toda su trayectoria temporal, por lo que el tiempo de prisión resulta ser una categoría central en el sistema que proponemos.

Desde la comprensión de ésta dinámica en el tiempo de condena es necesario un vínculo entre el castigo mensurable definido en abstracto en la sentencia y aquel que existencialmente se ejecuta, para extender el proceso de la determinación de la pena en la etapa de la ejecución a través de la permanente redefinición cuantitativa del castigo en la duración de la condena. Es que así se define de este modo un sistema de filtros que sólo traduzcan como mensurable de aplicación aquel tiempo físico que sea el resultado de un tiempo de privación de libertad, resultando compensable a éste todo el exceso que depara los distintos trayectos de aplicación de tratos arbitrarios prohibidos constitucionalmente.

Sobre este horizonte de proyección cabe determinar el alcance de los principios que enarbolara el derecho penal moderno.

Este sistema no puede obviar el principal indicador del principio de legalidad ejecutiva *derivado en la prohibición que a quién cometa un delito se le aplique una pena más gravosa que la legalmente prevista en el acto de sentencia*.

La completividad del sistema debe abarcar, como originariamente sostendría Feuerbach, la fórmula de legalidad constitucional expresada en *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege, nullum crimen sine poena legale*, pues es sobre esta premisa que permite adquirir funcionalidad la aplicación de los principios de proporcionalidad y doble punición, producto de una pena que se ejecuta en forma más gravosa de lo previsto, y de culpabilidad, producto de la falta de exigibilidad de todo contenido terapéutico de la condena ante las condiciones carcelarias impuestas, las cuales no pueden dejar de manifestar sus consecuencias sobre el régimen progresivo de la pena.

Se muestra de esta forma que una verdadera sistemática de la ejecución de la pena fundada en los principios de humanidad, mínima irracionalidad, proporcionalidad y

prohibición de doble punición, excede en mucho el ámbito de la mera limitación cuantitativa definida en la sentencia.

IV.

Si lo mínimo que podemos exigir al Estado es la responsabilidad por un trato digno, tanto en el marco de prestaciones positivas (trabajo, educación, recreación, inserción en actividades culturales) y negativas (prevención de conflictos, seguridad personal)¹¹, esto debe definir la punta del iceberg metodológico que permita atravesar una de los principales dispositivos de legitimidad que representa la racionalidad de la pena *con* el tiempo abstracto y lineal.

Es el trato digno que se representa en estándares objetivos que señala tanto las Reglas Mínimas como los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. La pena impuesta en la condena no puede superar este estándar objetivo que fija el derecho internacional de los derechos humanos.

Siendo así, *es necesario buscar en la noción de tiempo de prisión la indagación si el trato punitivo ha superado o no esta medida*. Es decir, utilizamos el tiempo físico, una línea de duración para indagar las condiciones de trato opuesta a aquella que se definen formalmente, con el objeto de proceder a un sistema de individualización del exceso con relación a la medida de pena definida en abstracto o formalmente.

El tiempo físico de condena no es el tiempo de prisión precisamente. En nuestro sistema la noción de tiempo de prisión se distingue de la duración cronológica de la condena. Mientras que la primera se articula definiendo el trato punitivo aplicado durante un periodo, la duración es la identidad lineal que se independiza de las cualidades del trato. El tiempo cronológico está habitado por otros tiempos que hacen al trato punitivo. Nos referimos al tiempo propio de las privaciones causadas por un trato indigno: el tiempo sin alimentación adecuada, el tiempo en una celda hacinada, el tiempo privado de ver a su familia, el tiempo de lesiones a su integridad física, el tiempo de traslados. El tiempo de prisión comprende plazos temporales complejos, variaciones que son dinámicas en la intensidad del trato, que viene a definirse en la subjetividad de la vivencia como duración real atribuida a cada experiencia particular.

El fenómeno temporal en prisión se constituye en las relaciones de trato aplicadas durante la trayectoria cronológica. La característica principal de la prisión es que *el tiempo de prisión muta constantemente*; la mutación, que determina la pérdida de un derecho (alejamiento del vínculo familiar), la afectación gravosa (lesiones a la integridad física), la intensidad de una acción de fuerza (requisa, golpiza), la prolongación angustiante (falta de atención médica), entre otros ejemplos, es la expresión que adquiere el trato arbitrario durante el desarrollo del tiempo cronológico.

Por lo tanto, el tiempo de prisión es un modo de nombrar las características del trato aplicado, hace a la experiencia punitiva y, por ende, es la expresión de sus consecuencias ante diversas modulaciones como ritmos propios de los acontecimientos. Así como el detenido no ejerce plenamente sus derechos sin un poder punitivo que actúe conforme la ley, tampoco vive en el tiempo sino temporalmente, en el marco de una experiencia que define las probabilidades del ejercicio de sus derechos.

¹¹ Esta posición de garante que el Estado tiene durante la estancia en prisión de un ciudadano ha sido reiterada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay”, 2 de noviembre de 2004, párr. 152; Caso “los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú”, 8 de julio de 2004, párr. 98; caso “Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, 7 de junio de 2003, párr. 111; caso “Bulacio vs Argentina”, 18 de septiembre de 2003, párr. 138; caso “Castillo Petruzzi vs. Perú”, 30 de mayo de 1999, párr. 195, entre otros.

La noción de tiempo de prisión es mucho más amplia que la noción abstracta que remite al tiempo cronológico¹². No es sólo en este tiempo que se fija un límite al poder punitivo, sino que cualitativamente la modificación de la condena por restricciones arbitrarias, también debe regularse como factor de contención y filtro mensurable.

Este proceso tiene como principal sentido implicar al saber jurídico penal la multiplicidad y contingencia de las prácticas punitivas con la intención de provocar un doble nivel de penetración; por un lado, tomar la voz de los encarcelados como relato válido para develar las prácticas del sistema carcelario, aunque siempre posibilitando un corrimiento de posición a través de las nociones teóricas aplicadas, con respecto a las naturalizaciones de los regímenes de vida y de violencia que naturalizan los propios presos; por otro, irrumpir la colusión básica del discurso jurídico tradicional que oculta los diferentes procesos de violencia durante el encarcelamiento, permitiendo explicar las razones por las cuales su conocimiento es necesario para enfrentar la cosmovisión jurídica tradicional que atraviesa la noción lineal de tiempo de prisión.

Partiendo entonces del relevamiento de los tratos arbitrarios se constituye el dato fáctico del trato punitivo que, inevitablemente, se sitúan en el tiempo, en tanto que acontecen en algún momento fechado durante la coerción material. Así podemos lograr un sistema que en primera instancia se despoja del número y se relaciona en la temporalidad con la persona de acuerdo a sus posiciones frente al funcionamiento de los métodos punitivos. Es posible individualizar tantos tiempos susceptibles de tratos arbitrarios como puntos geográficos posibles puede tener la prisión en su topología, dando sentido al sistema de relaciones e intereses que están en juego en dicho campo¹³.

El análisis de estos distintos acontecimientos acaecidos en la duración cronológica resultan ser el elemento principal para definir *en tiempo* la cantidad de poder punitivo aplicado sobre la hipótesis de que cada restricción más gravosa que la libertad ambulatoria supone una medida mayor valorable. Esta comprensión del registro corporal del tiempo permite dar sentido a múltiples acontecimientos que, en la actualidad, no tienen significación ni representación alguna en el proceso de cuantificación. No se trata de contar los días de encierro sino comprender la implicancia que en éstos ha tenido el trato punitivo.

V.

Desde lo antes descripto, *el tiempo de prisión deja de ser una noción externa y estática para la cuantificación y comienza a redefinirse en la ejecución de la pena mediante su individualización con el trato punitivo.*

Una vez identificado la calidad del trato punitivo en cada incidente de duración que sea objeto de evaluación, es necesario *traducir esos tratos arbitrarios a una cantidad de pena ilícita que fuera compensable a la pena formal* como resultado de la sentencia. Es decir, para trascender a la racionalidad moderna es necesario considerar posible la mensuración de todo castigo arbitrario que opera sobre aquel legítimo fijado en abstracto al momento de la sentencia y de este modo lograr variaciones en el sistema progresivo

¹²A diferencia del tiempo social, señala Giuseppe Mosconi "la prisión tiende a anular el espacio en el que los sujetos en el exterior pueden manipular a su favor las tensiones que caracterizan la relación entre tiempo social y tiempo subjetivo". Mosconi, G., (1997: 93).

¹³La noción de topos, derivada de la topología, a quien Lewin definió como "una disciplina no cuantitativa que estudia los posibles tipos de conexiones entre los "espacios" y sus "partes", permite describir la estructura del espacio como un instrumento de objetivación, pudiendo situarse en el lugar geométrico de las diferentes perspectivas que lo constituyen. Al respecto Lewin, K., (1969: 91). Bourdieu, particularmente en su obra *La Distinción*, despliega por primera vez su noción de espacio social como un espacio de diferencias, estructurado según la distribución del volumen global y de la proporción de los distintos tipos de capital que circulan en la sociedad. Esta concepción del espacio social cualitativo y discontinuo constituye la base de lo que Bourdieu llama una topología social, útil en su investigación de la temporalidad en Argelia 60, particularmente cfr. Bourdieu (1977).

que no esté únicamente otorgado a la legitimidad del saber penitenciario sino, por el contrario, a todo aquello que haya excedido esa cobertura simbólica de su discurso.

Partiendo de la comprensión de una medida cualitativa que expresa la cantidad de castigo sujeto al trato punitivo, se busca justamente tomar la regla constitucional de prohibición de penas crueles para sentar un sistema que permita definirse en la prohibición de igualar condenas que, en términos reales, resultan arbitrarias por la forma de su cumplimiento de otras que se expresan en un quantum de privación de libertad.

El sistema de ejecución de la pena toma de este modo un viraje conceptual al concebir que el tiempo mensurable de la sentencia varía en su ejecución punitiva y debe ser su individualización la característica principal con el objeto de determinar la compensación de todo exceso y su manifestación en el sistema –paradójicamente– progresivo.

Adquiere principal característica en este proceso dar un contenido real a los principios de proporcionalidad y prohibición de doble punición cuya aplicación se manifestará en el sistema progresivo que regula la ejecución penal. Se inaugura así un proceso de determinación de la pena durante su ejecución permitiendo redefinir la mensura del castigo fijado en la sentencia cuando la forma de cumplimiento ha superado el quantum de privación de libertad y la pena se ha manifestado ilícita.

Para ello debe tomarse como indicador una unidad de respuesta punitiva ilícita, es decir, la comprensión de uno o varios hechos, que pueden caracterizarse por su intensidad (apuñalamiento), reiteración (traslados constantes) o prolongación (ausencia de atención médica), lo que viene a caracterizar el trato punitivo dentro de los incidentes de duración y forma que adquiere la condena.

Lo mensurable es una cantidad de poder punitivo arbitrario en sus diversas manifestaciones y por lo tanto, de acuerdo a cada suceso, tiene una variada influencia cuantitativa sobre la medida de privación de libertad. Para ello, el indicador que debe utilizarse resulta de la magnitud de los bienes jurídicos afectados por el trato punitivo. La manifestación ilícita será más compensable cuanto más importante sean los derechos afectados, y un derecho será más importante cuanto más insustituible sea. Pero también será más punible cuando se haya dirigido a mayores números de lesiones jurídicas en el tiempo de prisión o cuanto mayor sea el número de derechos que con la misma se haya lesionado efectivamente.

La cualidad aflictiva es la categoría que este sistema diseña para ponderar esta cantidad arbitraria de castigo. Comprende toda la variabilidad de los hechos lesivos en el tiempo de prisión, permitiendo dar una unidad de respuesta sobre qué cantidad de pena deberá ser compensable. La ofensividad o severidad del trato (picana eléctrica o golpiza por varios penitenciarios), la reiteración de tratos inhumanos (encierro excesivo, ausencia de actividades productivas en el tiempo) y la trascendencia del castigo a los derechos de sus familiares (trascendencia punitiva), son tres criterios de determinación que permiten abarcar las diferentes prácticas punitivas del gobierno de la prisión.

De este modo, la cualidad aflictiva congloba en el tiempo de prisión diferentes lesiones que se traducen en afectaciones concretas de bienes jurídicos protegidos por la constitución. Desde aquí es que el marco compensatorio debe tener como punto de partida el marco penal aplicable del bien jurídico más afectado por el trato punitivo, aplicando el principio de absorción y en caso de múltiples lesiones deberá valorarse la incidencia aumentativa debiendo ser aplicable la escala de gravedad continua.

Los principios de proporcionalidad, definido en la prohibición de un sufrimiento excesivo con la magnitud del hecho y la culpabilidad, como así la prohibición de doble punición, encuentran entonces principal aplicación en el régimen progresivo cuando la determinación mensurable del castigo tenga en su finalidad una aminoración del tiempo físico de condena y por lo tanto un adelantamiento en la progresividad del régimen con

independencia de los guarismos de clasificación y cualquier pronóstico de reinserción social.

VI.

Los lineamientos del sistema que este trabajo proyecta permita valorar la cantidad de castigo defina en la sentencia con relación a *cómo se manifiesta la medida de pena concretamente en el tiempo de prisión durante su ejecución*, con el particular cometido de trabajar con herramientas jurídicas que tengan la capacidad cognitiva de vincularse al funcionamiento de las prácticas de encierro y así modificar las limitaciones que sólo remiten a las manifestaciones formales del poder punitivo mediante el régimen progresivo y la ilusión resocializadora.

Este trabajo es sólo un esbozo del proyecto de tesis posdoctoral que luego de haber abordado en mi tesis doctoral el encarcelamiento y su cuantificación abstracta como pena al computarse el tiempo de prisión preventiva, se pretende proyectar la continuidad de esa perspectiva lineal y abstracta del tiempo de prisión luego de la sentencia. Una y otra son tesis en permanente construcción que operan en una sistemática cuyo horizonte está proyectado sobre la práctica jurídica, procurando una interpretación constitucional de aquellas incidencias cualitativas que caracterizan la pena que se ejecuta en prisión, resultando de improbable rigidez un quantum de privación de libertad por ser la prisión su principal refutación.

Los sufrimientos prohibidos, muchos de éstos desproporcionados con la magnitud de lesión del hecho objeto de condena, y asimismo no equivalentes con la cantidad definida de castigo caracterizan una pena lícita en origen que luego deviene ilícita en su ejercicio. Estas modificaciones alteran la medida legal y típica del castigo representado en tiempo de privación de libertad. El sistema propuesto da significado a estos excesos cuando no son otra cosa que la pena misma, pero en su vertiente ilícita.

Insistimos que la coerción pública debe seguir teniendo un límite que no puede ser establecido de antemano en la sentencia, cuando ésta es sólo una proyección del sufrimiento pautado y es su ejecución que lo define en su contenido. Si esto es lo que regula los principios de debido trato, reinserción social y prohibición de crueldad por parte del derecho internacional, es el saber de la ejecución penal que debe definirse sobre el trato concreto y su correspondencia con aquella medida determinada.

Lo que resta debatir esta dado por las connotaciones que las variaciones mensurables de la condena puedan tener sobre el régimen progresivo, invirtiendo así los dispositivos de legitimidad que hasta hoy vienen representando a la prisión aislada de sus prácticas punitivas. Será este nuestro objetivo en futuras presentaciones.

Referencia Bibliografía:

Baratta, A., (1990) *Reinserción o control social. Por un concepto crítico de “reintegración social” del condenado*, Criminología crítica y sistema penal. Lima: Universidad Católica.

Beccaria, C. (1764), *De los Delitos y de las Penas*. Madrid: Alianza.

Bourdieu, P. (1977), *Argelia 60. Estructuras económicas y estructurales temporales*, Buenos Aires: Siglo XXI editores,

Bentham, J. (1826), *Teoría de las penas y las recompensas*. Paris: Masson e hijos.

Bovio, G. (1902), *Saggio critico del diritto penale*, Milán: Urè.

Carrara, F. (1888), *Programa de Derecho Criminal*. Bogotá: Temis

- Cesano, J.L. (2007), *Derecho penitenciario: aproximaciones a sus fundamentos*. Córdoba: Alveroni Ediciones.
- Costa, P. (1974), *Il progetto giuridico*. Milán: Giuffrè.
- Deleuze, G. (1995), *Conversaciones*. Valencia: Pre-textos.
- Derrida, J. (2002), *Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad*. Madrid: Tecnos, 2002;
- García Basalo, C. (1970), *Algunas tendencias actuales de la ciencia penitenciaria*, Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- García Basalo, J.C., (1975), *El régimen penitenciario argentino*, Buenos Aires: Librería del Jurista.
- Garland, D. (2001), *Las sociedades de control*. Barcelona: Gedisa, 2012;
- Girard, R. (1983), *La violencia y lo sagrado*. Barcelona: Anagrama, 1998 (1983)
- Ignatieff, M. (1978), *A just measure of pain. The Penitentiary in the industrial revolution 1750-1850*, New York: Pantheon.
- Lewin, K. (1969), *Dinámica de la personalidad*, Madrid: Morata.
- Marcó del Pont, L. (1974), *Penología y sistema carcelarios*. Buenos Aires: Depalma.
- Marchiori, H. (1981), *El estudio del delincuente. Tratamiento penitenciario*, México: Porrúa
- Minkowski, E. (1973), *El tiempo vivido*, México D.F: Fondo de Cultura Económica.
- Moreno, R. (1922), *Legislación penal y carcelaria*. Buenos Aires: Cámara Nacional de Diputados.
- Mosconi, G (1997)., *Tiempo social y tiempo de cárcel. Secuestros Institucionales y Derechos Humanos: la cárcel y el manicomio como laberintos de obediencias fingidas*, 80-102.
- Novelli, G. (1933), *L'autonomia del Diritto penitenziario*, Revista di Diritto Penitenziario, Anno IV, 24-38.
- Pavarini, M. (2005), *La negociabilidad de la pena. Entre la parsimonia y el despilfarro represivo*. Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Especial Criminología nro.1, Buenos Aires, 102-120.
- Pettinato, R. (1947), *Acción penitenciaria*. Buenos Aires: Librería del Jurista.
- Plawsky, S. (1977), *Droit pénitentiaire* Lille: Université de Lille III.
- Rivacoba y Rivacoba, M (1965), *El derecho de ejecución de las penas y su enseñanza*, Revista Penal-Penitenciaria de Santa Fe, 3-4.

Rusche, G y Kirchheimer, O (2004), *Pena y Estructura Social*. Bogotá: Temis.

Sykes, G. (1958), *The Society of Cautives*. A Study of a Maximum Security Prison. Princeton, NJ: Princeton University Press.

Tocqueville, A. y de Beaumont, G. (1964), *On the Penitentiary System in the United States and its Application in France*, Chicago: Vail-Ballou Press,

Saïlles, R. (1898), *L'individualisation de la peine*, Paris: Minuit

Taylor, L. y Cohen, S. (1974), *Psychological survival. The experience of long term imprisonment*, Nueva York: Vintage Books,

Von Hirsch, A. (1998), *Censurar y castigar*. Madrid: Trotta, 1998;

Zaffaroni, E.R. (1992) ¡*Que pena!*. Fascículos de Ciências Penais. 5, 120-135.

Zaffaroni-Alagia-Slokar (2002), *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar.