

LA PENA CONSTITUCIONAL Y SU DETERMINACION

Por Lorena Laura Andrea Padován

¡Qué preciosos son los vestidos nuevos del Emperador! ¡Qué magnífica cola! ¡Qué hermoso es todo! Nadie permitía que los demás se diesen cuenta de que nada veía, para no ser tenido por incapaz en su cargo o por estúpido. Ningún traje del Monarca había tenido tanto éxito como aquél.
-¡Pero si no lleva nada! -exclamó de pronto un niño.
-¡Dios bendito, escuchen la voz de la inocencia! -dijo su padre; y todo el mundo se fue repitiendo al oído lo que acababa de decir el pequeño.
-¡No lleva nada; es un chiquillo el que dice que no lleva nada!
-¡Pero si no lleva nada! -gritó, al fin, el pueblo entero.
Aquello inquietó al Emperador, pues barruntaba que el pueblo tenía razón; mas pensó: «Hay que aguantar hasta el fin». Y siguió más altivo que antes; y los ayudas de cámara continuaron sosteniendo la inexistente cola. El traje nuevo del Emperador. Hans Christian Andersen

Frente a la normativa Constitucional y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con Jerarquía Constitucional sobre los fines de la pena, es que me interesa trabajar en que las garantías constitucionales se concreten en derechos de las personas sometidas al poder punitivo que se encuentran privadas de libertad.

Conforme a la realidad carcelaria argentina y que en el caso de la provincia del Chaco han sido plasmadas en el Informe Anual 2013 por el Comité de Prevención de la Tortura y otros Tratos y Penas Cruelles, Inhumanos y/o Degradantes se toma los datos oficiales y que gozan de certeza sin que fuera necesario probar en cada causa en particular y que esas condiciones sean meritadas por los Jueces de Juicio.

La labor del Juez de Juicio en la sentencia condenatoria es la determinación de la responsabilidad en el hecho delictivo imputado por el Ministerio Público Fiscal y la determinación de la pena conforme a los Art. 40 y 41 del Código Penal, a lo que no escapa los fines de la pena y las condiciones de detención.

Es por ello, que el trabajo constará de un análisis normativo de las teorías de la pena en nuestra legislación, el estado situación de las cárceles comprendiendo el real cumplimiento de la pena y las formas de que la Judicatura valore esta realidad y la tenga en cuenta al momento de la determinación de la pena en el supuesto de que una persona sea encontrada culpable de un delito y deba cumplir una pena privativa de libertad.

El presente trabajo trata de encontrar la manera de legitimar el derecho penal en el límite de la pena conforme a la determinación de la pena "real" impuesta a una persona y de esta manera contener el poder punitivo.

Trabajando como hipótesis de que en la determinación de la pena, se deberán tener en cuenta la culpabilidad, las pautas de los Art. 40 y 41 del Código Penal, el principio de resocialización y pena real que sufre la persona condenada a una pena privativa de libertad, en virtud de la presente diferencia entre el "deber ser" de la pena y en el "ser" en nuestra realidad carcelaria.

LAS TEORIAS DE LA PENA EN LA NORMATIVA CONSTITUCIONAL Y SISTEMAS NORMATIVOS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y PRIVACIÓN DE LIBERTAD

En nuestra legislación nacional siempre se encontró plasmado el fin de la pena en el Art. 18 de la Constitución Nacional "la pena tiene por finalidad la seguridad y no el castigo, pero sin tratar

en forma expresa al principio de la resocialización que fué incorporado en forma expresa con los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que en la Reforma Constitución del año 1994 fueron incorporados en el Art 75 inc 22 de la Constitución Nacional y que integran el bloque de constitucionidad.

Es así que la Convención Americana de Derechos Humanos en su Artículo 5 apartado 5 establece: "las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados"; el Pacto de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 10, apartado 3: "el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados".

Asimismo, la Resolución N° 01/08 del 13 de marzo de 2008 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹, que en su 4to párrafo indica: "Teniendo presente que las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma, la readaptación social y la rehabilitación personal de los condenados, la resocialización y la reintegración..."

Plasamándose el principio de resocialización en forma efectiva en la Ley Nacional de Ejecución Penal N° 24660, que dice en su Artículo Primero: "La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada inserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad.."

El principio resocializador fué también recepcionado en la Jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina: "Que el mandato constitucional que ordena que toda pena privativa de la libertad esté dirigida esencialmente a la reforma y readaptación social de los condenados (art. 5 inc. 6 CADH) y que el tratamiento penitenciario se oriente a la reforma y readaptación social de los penados (art. 10 inc- 3 PIDCP) exige que el sentenciante no se desentienda de los posibles efectos de la pena desde el punto de vista de la prevención especial. CSJN"². Entendiéndose que la finalidad de la pena debe atender al bienestar y resocialización del reo.

El fin de la pena conforme al principio resocializador también se encuentra interrelacionado a los principios de Humanidad de las penas (Art. 18 de la Constitución Nacional; 5to. DUDH; 7mo PIDCP, 5to inc. CADH); al de culpabilidad (proporcionalidad); Igualdad ante la Ley y Pro Homine conforme al Sistema Republicano de Gobierno.

Asimismo, de toda la normativa Mundial y Americana podemos extraer la protección y principios que rigen en el derecho penal y aplicables a las personas privadas de libertad a fin de garantizar sus derechos y los principios antes enunciados³.

(1) ¹ Conforme el precedente de la Corte Suprema de Justicia "Carranza Lastrubersse" se le reconoció obligatoriedad también a los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

² Maldonado Daniel Enrique, Sentencia de fecha del 07 de diciembre de 2005. Expediente: **1022/2003** Tomo: **39** Letra: **M** Tipo: **RHE**

³ Carta Naciones Unidas firmada el 26 de junio de 1945 en San Francisco, EEUU; Declaración Universal de los Derechos Humanos firmado el 10 de diciembre de 1948 en Paris, Francia; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de fecha del 16 de diciembre de 1966 con entrada en vigo el 23 de marzo de 1976; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes; Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, Adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988; Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969; Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura; Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, Documento aprobado por la Comisión en su 131° período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008; Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990; Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok) Resolución aprobada por la Asamblea General 16 de marzo de 2011; Principios de Yogyakarta, Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género.

Es así, que a los fines de la protección de los derechos consagrados en los Art. 18 y 75 inc. 19 de la Constitución Nacional y en cumplimiento con el Protocolo Facultativo de la Convención Contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes aprobado por la Ley N°25932 y demás tratados internacionales que versan sobre estos derechos con jerarquía constitucional por el Art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional es que en la provincia del Chaco el 17 de diciembre de 2009 se aprueba la Ley N° 6483 de creación del Mecanismo Provincial de Prevención de la Tortura y Otros Tratos y Penas Cruelles, Inhumanos y/o Degradantes.

La provincia del Chaco fué la primera en su especie para dar cumplimiento a los compromisos internacionales adquiridos. La puesta en funcionamiento del organismo (autárquico y autónomo en el ejercicio de sus funciones, que no recibe instrucciones de los poderes públicos del Estado y cuyos miembros actúan ad honorem), constituyó un paso significativo para el fortalecimiento de la vigencia y cumplimiento de los derechos y garantías de las personas que se encuentran privadas de su libertad, siendo de fundamental importancia las funciones del Comité y los términos de su extenso informe, presentado al Poder Ejecutivo en 2013, en el que se advertía la delicada situación que atraviesan los Centros de Detención de la provincia.

El Comité contra la Tortura tiene por finalidad velar por el mejoramiento de las condiciones de detención de las personas privadas de libertad y reforzar la protección contra todo tipo de trato o penas prohibidas por la legislación local e internacional. También procurar la prevención y erradicación de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, objetivo que viene cumpliendo en forma efectiva.

Este sistema de protección de derechos se ha hecho extensiva en la actualidad en pocas provincias argentinas, y siendo sancionada a Nivel nacional la Ley N° 26827 de Creación del Sistema Nacional de Prevención de la Tortura y otros tratos o Penas crueles, inhumanos o degradantes recién en la fecha del 28 de noviembre de 2013, cuya elección de miembros no ha sido efectuada hasta la fecha presente.

LA REALIDAD CARCELARIA Y EL FIN RE- SOCIALIZADOR

Ante la realidad carcelaria argentina es necesaria la re discusión del fin socializador de la pena; hoy resulta conocido por todos como se lleva a cabo la pena, no es la resocialización lo que se le logra sino que profundiza la vulnerabilidad de la persona.

Debemos poner en crisis las teorías re, ya que todos conocemos los efectos deteriorantes de la cárcel. Se puede re afirmar el tratamiento resocializador, previo haber ofrecido las herramientas necesarias para bajar los niveles de vulnerabilidad.

Para lograr el fin ideal de la resocialización de la persona hay que ofrecer al condenado un trato humanitario, debe haber una oferta de trato que se tome libremente, reduciendo su vulnerabilidad. Impactar sobre el condenado de manera tal, que luego de recuperar la libertad, no responda al estereotipo que atrapa el sistema penal, y que la institución cárcel trata a todos por igual. Eso es lo que tiene que hacer el servicio penitenciario,

De manera tal que si la resocialización deja de ser una imposición, y se trata de una oferta de trato humano, y se tiende a intervenir para bajar la vulnerabilidad, recién estamos tratando de cumplir con el principio de la resocialización.

En nuestra realidad lo que se pretende de la pena es que no lo corrompa al reo, que sean las condiciones lo más humanamente posible.

Es así, que frente a la realidad carcelaria y "*muerte por goteo*" ya que hoy el cumplimiento de la pena, es una "*muerte por azar*", es dable reafirmar la posición de garante que se encuentra el Estado Argentino de la vida e integridad personal de las personas privadas de libertad, siendo esta una obligación positiva, existiendo una imposibilidad de evasión de tales responsabilidades, so pretexto de estados de excepción o de emergencia.

Esta obligación de garante tiene un valor normativo pleno, lo ha dicho la Corte Interamericana ⁴,

⁴ RESOLUCIÓN 1/08 de la Comisión Interamericana de derechos Humanos sobre los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas.

en los principios y buenas prácticas que sientan el principio del deber de garantía que tiene el Estado sobre las personas privadas de libertad, y que ninguna situación de emergencia hace cesar ese deber de garantía. No se puede invocar ninguna razón de estado, no hay excepción al deber de garantía de las personas privadas de libertad.

Este deber de trato humanitario que posibilite el principio resocializador y posición de garante del Estado Argentino no condice con la situación de las cárceles de la provincia del Chaco conforme el Informe Anual Comité de Prevención de la Tortura y otros Tratos y Penas Cruelles Inhumanas y/o Degradantes periodo junio 2012 a marzo 2013⁵, y que constituye prueba cierta y suficiente y conocida por los tres poderes del Estado Provincial de las condiciones de detención.

Es así, que conforme al informe del Comité, y siendo que la situación ha llegado a conocimiento del más alto órgano del Estado Argentino tan cual se desprende del Fallo Verbitsky de la Corte Suprema de Justicia⁶ damos por acreditada la situación carcelaria y no debemos probarla al momento de que la misma sea contemplada por el Juez de juicio o ejecución penal de que el fin resocializador no es posible donde no existe la oferta de trato, las condiciones de detención son paupérrimas y la muerte por goteo una realidad diaria.

LA PENA Y SU DETERMINACION

La composición del sistema penal nos demuestra la selectividad y habilitamos un derecho penal de autor que en la Argentina salvo un bajo porcentaje de hechos violentos, la gran masa de personas privadas de libertad son por delitos contra la propiedad y tráfico de droga⁷. Son delitos de pobreza y creados por estereotipos y estigmatizados por sus condiciones de vulnerabilidad.

Por lo cual y ante este tipo de persona privada de libertad, debemos preguntarnos para que debe servir la pena? Se legitima el deber ser de la pena en base a las diferentes teorías de la pena, planteando a la respuesta como un deber ser, y la pena en la realidad nunca es. Construimos su fundamento en la definición del deber ser de la pena, pero cuando vemos cómo funciona el poder punitivo, nunca es el deber ser, sino el ser que no responde a ninguna de las teorías que la fundamentan.

En las cárceles argentinas tenemos la realidad de la "*masacre por goteo*"⁸, por lo cual debemos

⁵ El Informe completo forma parte del anexo del presente trabajo que comprende: a la fecha de la elaboración del informe (junio 2012 a marzo 2013) existen 1429 personas privadas de su libertad por el sistema penitenciario y dos mas en ámbitos de internación psiquiátrica sometidos al sistema penal, lo que totaliza 1431. Se tiene conocimiento de la existencia de otras personas en el ámbito de internaciones psiquiátricas no penales, mas no se cuenta con información precisa y actualizada a la fecha, pese haberse solicitado oportunamente al Ministerio respectivo. Equivale a una Tasa de encierro de casi el 1,5 por mil de la población, porcentaje ciertamente elevado. En su mayoría se trata de adultos jóvenes pertenecientes a sectores sociales altamente vulnerables. Se discriminan del siguiente modo: 1046 en el ámbito del Servicio Penitenciario y de Readaptación Social de la Provincia de los cuales 675 son condenados, 355 Procesados y 16 menores alojados. En ámbito de Comisarías y otras unidades policiales 382 personas, de los cuales son 344 procesados, 37 contraventores y un menor. Es decir, del total de 1431 solo 675 son condenados, lo que representa un 47,17 por ciento y el 52,83 por ciento son personas sobre las que NO PESA SENTENCIA CONDENATORIA.

⁶ "Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus", V. 856. XXXVIII. Expediente: **856/2002** Tomo: **38** Letra: **V** Tipo: **RHE**.

⁷ No es que no hayan cometido los delitos, los delitos si lo cometen, pero es la increíble torpeza de los hechos criminalizados, "*tenemos las cárceles llenas de brutos...*" Eugenio R. Zaffaroni en la clases "¿Qué es el derecho penal de autor? en el VI CURSO INTENSIVO DE POSGRADO EN DERECHO PENAL.

⁸ "*En América tenemos masacre por goteo, la palabra genocidio está discutida, por eso prefiero hablar de masacre, término no jurídico, término criminológico...*" Eugenio R. Zaffaroni en la clases "¿Qué es el derecho penal de autor? en el VI CURSO INTENSIVO DE POSGRADO EN DERECHO PENAL.

encontrar cual es el camino de prevención y al límite de esta realidad. La pena impuesta debe tener un límite constitucional, ajustado al derecho liberal latinoamericano.

A tal fin se deberá tratar de hacer el máximo esfuerzo por bajar el nivel de poder punitivo y determinar la pena en base a la culpabilidad y la pena constitucional que una persona debería sufrir y limitar todo aquello que sufre y que no forma parte de la pena legal.

Cuando nos encontramos ante una sociedad excluyente y que las características de exclusión se ven por todos lados y que el poder punitivo es para infringir dolor⁹ al vulnerable será el Juez responsable de determinar la pena conforme al ser de la cárcel argentina, y no conforme al deber ser de las teorías que fundamentan la pena.

Es necesario que en las sentencias condenatorias se configure la visión de la realidad con decisiones de menor violencia.

Ante al "gatillo fácil legislativo"¹⁰ que deriva en el encierro generalizado y masivo con las condiciones de detención de hacinamiento y violación de los derechos humanos es que necesitamos una sana política criminal y recordar los principios de última ratio, humanitario y sobre todo las condiciones impuestas por la Constitución Nacional para la pena constitucional del Art. 18 que las cárceles sean "sanas y limpias".

Frente a una política de Legitimación muchas veces del poder punitivo, y hasta sus excesos, tanto por el poder legislativo, ejecutivo y judicial para calmar la furia de la sociedad, que además no es coyuntural sino estructural del ejercicio del poder¹¹, es procedente que se limite la pena a la pena constitucional que deberá llevarla a cabo el Juez de juicio o de ejecución penal.

El derecho penal no puede permanecer aislado de la política, menos aún en la teorías de las pena, entre los planos del ser y del deber ser, hay un ser y el deber ser puede predicarse de un deber ser, de un ser que no es, pero que en realidad no puede predicarse un deber ser, de algo que nunca será.¹²

Ser parte de presupuestos falsos al momento de determinar la pena: la función preventiva de la pena, pero la operatividad cotidiana nos enseña todo lo contrario que no se cumple con función preventiva de la pena y es así que nos encontramos ante falsos fines manifiestos, diciendo que vienen a combatir aquello que no combaten. Lo cierto es que nos encontramos ante la arbitrabilidad criminalizante con penas que infringen dolor más allá de lo que autoriza nuestra constitución.

En la determinación de la pena es necesaria la integración del ser, no es aceptable descartar los datos mas elementales que nos están informando los organismos de derechos humanos. Por lo cuál procede efectuarse el interrogante similar al del profesor Zaffaroni "...¿ *Cómo debe resolver el juez en el momento de imponer una pena a una persona por un delito que hubiese cometido, si antes y con motivo mismo del delito, funcionarios o agentes del Estado, en violación a la ley naciona e internacional, sometierioa a esa persona a torturas, a desaparición forzada, a malos tratos o a penas crueles, inhumanas o degradantes?*..".¹³

⁹ "...la imposición de un castigo dentro del marco de la ley significa causar dolor, dolor deliberado.." Los límites del Dolor. Nils Christie. Traducción mariluz Caso. Ed. Fondo de Cultura Económica. Primera reimpresión Mexico, 1988.

¹⁰ el populismo penal o gatillo fácil legislativo

¹¹ ".. la selectividad, la reproducción de la violencia, el condicionamiento de mayores conductas lesivas, la corrupción internacional, la concentración de poder, la verticalización social y la destrucción de las relaciones horizontales y o comunitarias, no son características coyunturales, sino estructurales del ejercicio del poder de todos los sistemas penales.." En búsqueda de las penas perdidas. Eugenio Raúl Zaffaroni. Ed. EIDAR. Quinta Reimpresión. Buenos Aires, Argentina 2009.

¹² "..El discurso jurídico penal no puede desentenderse del "ser" y refugiarse o aislarse en el "deber ser" , porque para que ese "deber ser" sea un "ser que aún no es" deber reparar en el devenir psible del ser, pued de lo contrario lo convierte en un ser que jamás será, o sean, un embuste.." En búsqueda de las penas perdidas. Eugenio Raúl Zaffaroni. Ed. EIDAR. Quinta Reimpresión. Buenos Aires, Argentina 2009.

¹³ La medida del Castigo. Eugenio Raúl Zaffaroni. Ed. EDIAR. 1ra edición. Buenos Aires 2012, pag. 355.

Es por ello, que el fin del trabajo es proponer que al determinar la pena conforme a la culpabilidad de una persona en el hecho por el cual se la hace responsable se debe tener en cuenta que Cuatro (4) años de pena de prisión efectiva de libertad conforme a la Constitución Nacional, no es la de Cuatro (4) años de prisión efectiva en la Alcaldía de Resistencia de la provincia del Chaco, y ante ello, el Juez de Juicio no puede permanecer indiferente.

El mecanismo de razonamiento a utilizar será el de determinar la pena conforme la culpabilidad en el hecho por el cual se lo encuentra responsable, teniendo en cuenta las pautas establecidas en los artículos 40 y 41 del Código Penal, siendo procedente que en la cuantificación proceda con razonamiento y con criterio jurídico.

Al complejo proceso de determinación de la pena conforme las decisiones relativas a diferentes cuestiones, valorando en el hecho determinado: el marco penal, los fines de la pena, circunstancias a tener en cuenta, factores reales, y la conversión de las cuestiones tenidas en cuenta a una pena concreta¹⁴, deberá sumarse un control posterior de si esa pena constitucional establecida responde a las condiciones de detención que se dan en la realidad.

No existe una manera de establecer de manera expresa como medir la pena constitucional de la pena que en la realidad vive la persona privada de libertad, por lo cual el Juez de la la misma forma que cuantifica la pena conforme la culpabilidad y las pautas de los Art. 40 y 41 del CP deberá efectuar conforme la conversión del principio rector de "cárceles sanas y limpias" a las realidad carcelaria argentina. Es así, como la pena lícita impuesta en sentencia condenatoria firme se puede volver ilícita por las condiciones de detención.

Tal cual ha sido sentado por el Profesor Slokar en su disertación en el curso de posgrado "Ejecución de la Pena Privativa de Libertad en Argentina" de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba "...la privación de otros derechos no contenidos en la sentencia ni en la ley por condiciones materiales de encierro (como la vida o la salud) produce un cambio cualitativo de la pena, por lo que una pena lícita en origen puede devenir ilícita en ejercicio. Todo ello tiene especial implicancia en la mensuración punitiva, con consecuencias para la coronación de todo un sistema que tiene lugar en el denominado (a partir de Bruns o de Dolcini) derecho de cuantificación penal."¹⁵

Seguramente se hace presente lo ya señalado por el profesor Zaffaroni en su doctrina sobre penas crueles y doble punición¹⁶, pero lo importante será que las decisiones judiciales sean fundadas con razonamiento claro y con criterio jurídico desprendido de la Constitución Nacional y normativa internacional sobre derechos humanos.

El derecho penal es política es política criminal y derecho penal y hay que tener en cuenta de que aunque ninguna de las teorías de las penas parece ser verdaderas, todas defienden a alguna, en el momento de condenar a una persona.

La prevención general positiva, hoy es la teoría más en boga, se parte de un conocimiento, de que el poder punitivo, debe entenderse como parte de un proceso comunicativo, la pena es la publicidad neutralizante, la función de la pena, sería mantener esa ilusión. Es por ello, que Zaffaroni, sostiene en no insistir por el camino de la legitimidad.

El poder judicial, es un poder amplio, y cada decisión judicial, es un acto de gobierno, El discurso penal, que se le ofrece al poder judicial y que lo llevan a cabo los jueces como

¹⁴ "...Se trata de un acto complejo, en el cual, según las disposiciones legales, se debe dar cumplimiento a las diferentes funciones de la reacción penal estatal frente a la comisión de un hecho punible.." Paricia S. Ziffer, "Lineamientos de la determinación de la pena". Ed. Ad- Hoc. Segunda Ed., Buenos Aires. 2013.

¹⁵ Publicación "La Ley de los Sin Ley" pag 83/95 en La medida del Castigo. Eugenio Raúl Zaffaroni. Ed. EDIAR. 1ra edición. Buenos Aires 2012.

¹⁶ "No hay a este respecto reglas expresas que indiquen, por ejemplo, como se convierte una pena corporal de torturas o cualquier otra crueldad en tiempo de privación de libertad a efectos de compensarlo en la individualización de la pena legal. Por ello, la conversión de las penas crueles para imputarlas a las penas legales será una cuestión discutible en cuanto al modo de hacerlo.."La medida del Castigo. Eugenio Raúl Zaffaroni. Ed. EDIAR. 1ra edición. Buenos Aires 2012, pag.- 364.

jurisprudencia, configuran una propuesta a un programa político.

El modelo del derecho penal, en orden a las teorías de la pena sin mirar la realidad de la pena que se infringe a las personas condenadas o procesadas con prisión preventiva es una ficción de legalidad, ya que quien solo conoce el derecho, no conoce el derecho.

Es por eso, que se debe tomar en cuenta ciertos datos de la actualidad, que pone de manifiesto que toda criminalización además de ser un acto político, es patológica, pone de manifiesto los componentes estructurales, lo normal es muy distinto a la norma. Un saber penal que en toda su tradicional construcción se desarrolle en el deber ser, no es coherente, debe conocer la realidad social. El juez impone penas que se cumplen en el campo del ser, que se cumplen en la realidad, no en el deber ser, sino en el ser.

Un relevamiento mínimo nos revela que el ser es que el sistema penal opera como un aparato cautelar, donde la pena nominal es diferente a la pena real.¹⁷

El poder punitivo lo ejercen realmente las agencias policiales, en rigor el poder punitivo, no es políticamente muy importante, la selección criminalizante es parte del ejercicio de un poder político, que no tiene una dimensión política importante, ya que se trata de un número infimo, estereotipados, pobres, no muy inteligentes, que realizan acciones torpes. Pero que es importante reconocer que el poder punitivo no es solo selección sino también vigilancia. Los privados de libertad, son siempre pocos y son siempre pobres. El número de privados de libertad, son siempre pocos y que en la inmensa mayoría, siempre están habitadas por infractores pobres, torpes. Portan un informe de delincuente, ostentan este uniforme que es la vulnerabilidad.

Toda nuestra disciplina de saber se construye con la pérdida de libertad, con el encierro, la privación de la libertad, es la columna vertebral del sistema, es por ello que trabajar en la determinación de la pena tiene fundamental importancia.

Las cárceles argentinas se han convertido en verdaderos campos de exterminio, deterioro progresivo de la salud y de la vida, a partir de la ausencia de toda directriz política, la masacre carcelaria, no es sino la omisión política. Las cárceles tienen a convertirse en tortura blandas en países europeos, en cambio en nuestros países son campos de concentración.

La prisionización convierte criminales, condiciona patologías síquicas y refuerza roles desviados. La vida intramuros para sobrevivir es contraria al principio de la resocialización. La intervención penal o desviaciones primarias fabrica delincuentes.

Es así que desde mediados del siglo 19 se conocen los efectos negativos de la privación de libertad, y es por eso que salvo delitos graves, no es conveniente la privación de libertad.

Frente a todo preso, en un país razonable, terminan en la cárcel los de delitos graves, pero no así los autores de delitos leves, y para los autores de mediana entidad, los molestos, no hay nada determinados, y cada país, cada provincia decide que hacer con ellos. Lo cierto, es que nuestro país tiene una alta tasa de privados de libertad por delitos contra la propiedad.

La baja inversión y la superpoblación es una nota característica, la prisión está deteriorada. Masacres por motines y muertes, masacres por muertes, pasa a ser una especie de pena de muerte

¹⁷ La categoría del tiempo lineal en prisión debe ser reemplazada por el tiempo existencial, y para ello es fundamental implementar el uso de diferentes categorías de violencia como referencia básica al trato arbitrario (art. 5.2 CA). Es necesario cuantificar la violencia sufrida en prisión para que sea descontada de la condena, refutando la pena con la privación de libertad. Como parámetros a tener en cuenta podemos tomar los estándares de las reglas mínimas del tratamiento de reclusos (Fallo Verbitsky), los derechos que éstas representan y luego los bienes jurídicos afectados en relación con las normas del Código Penal. Esto como parte del principio de prohibición de doble punición. Este descuento de pena por tratos arbitrarios en prisión puede solicitarse en el marco de una petición de juicio abreviado; en la cesura de juicio; en ocasión de observarse el cómputo de pena. Resulta factible también solicitar la compensación del castigo propiciado en celda de aislamiento cuando la sanción disciplinaria fue luego anulada por el Juez competente. Se puede utilizar como categorización de la cualidad afflictiva de ese trato, tres criterios: severidad (ej: una lesión grave o un hecho de tortura), reiteración o prolongación del maltrato (ej: atención médica negligente o inadecuada o aislamiento constante), transcendencia a la familia a través del trato (ej: traslados). Conclusiones IV encuentro de Secretarios y Defensores de Ejecución penal.

aleatoria, por cualquier delito e incluso por ningún delito¹⁸.

El factor judicial: peligrosidad judicial. La prisionización se va a resolver al grado de peligrosidad política que experimente al juez. Los jueces de primera instancia muchas veces amedrentados por los medios prefieren imponer prisión preventiva, por que dicen que actúan en soledad, en cambio los tribunales colegiados tienen mayor peso para dejar sin efecto la prisión.

El milagroso ingenio del juicio abreviado que tanto se había combatido, vuelve a cobrar absoluta vigencia. La negociación no es más que una extorsión, y el proceso penal supone una gran ficción. Se fabrica condenados sin juicios.

Es por ello, que ante una política criminal de *"masacre por goteo"*, y conforme las condiciones de detención que surgen claramente de los informes de organismos de Derechos Humanos, y que en el caso de la provincia se encuentran probados por el Informe Anual del Comité de Prevención contra la Tortura del año 2013, la reflexión crítica es que al momento de determinar la pena se debe tener en cuenta el Ser de la pena, y así al momento de determinarla, y no permitir una doble punición, conforme la doctrina del Profesor Zaffaroni que sostiene: *"si las torturas y las penas crueles son penas, la indiferencia de su sufrimiento en cuanto a las penas legales constituiría una doble punición: una legal y otra legal"*.

CONCLUSION:

Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al Juez que la autorice reza nuestra Constitución Nacional y es repetida hasta la memorización por cada alumno que transita la carrera de abogacía: Luego como Juez, Fiscal o Abogado Defensor citará en sus Resoluciones, Decretos o escritos el artículo 18 de la Constitución Nacional casi en forma diaria, constituyendo una mera formalidad que debe estar presente en lo que se plasma en papel sin que se discuta si está presente en donde habitan esos hombres presos. Es así, que un día un hombre tras las murallas de la cárcel comienza a gritar que las cárceles no son sanas ni limpias, y que no están para seguridad, sino para castigo de él, y que todas las medidas so pretexto de precaución que han conducido a mortificarlo más allá de lo que aquella exige, nunca hizo responsable a ningún juez.

Es el traje nuevo del Emperador y los operadores del Sistema Penal pese a los gritos de los presos sobre las condiciones de detención manifiestan que hay que seguir hasta el final con la cita del Art. 18 de la Constitución Nacional, imponiendo penas conforme a las Teorías de las mismas, ya que pese a que al igual que el cuento infantil en donde todos ven que el Rey va desnudo nadie se lo dice para no sufrir las consecuencias de la verdad.

Lo mismo sucede con las condiciones de detención, todos los operados del Sistema Penal ven

¹⁸ 287. Desde hace varios años, la Comisión Interamericana, al igual que otros organismos de derechos humanos e incluso los órganos políticos de la OEA, ha observado que el problema más grave y extendido que enfrentan los Estados miembros, con respecto a la gestión penitenciaria es el hacinamiento, y que éste es la consecuencia previsible de, entre otros factores, el uso excesivo de la detención preventiva. 288. El hacinamiento incrementa los niveles de violencia entre internos, impide que éstos dispongan de un mínimo de privacidad, dificulta el acceso a los servicios básicos, algunos tan esenciales como el agua, facilita la propagación de enfermedades; crea un ambiente en el que las condiciones de salubridad e higiene son deplorables; constituye en sí mismo un factor de riesgo de situaciones de emergencia, restringe el acceso de los internos a actividades productivas, propicia la corrupción, afecta el contacto familiar de los reclusos y en definitiva genera serios problemas en la gestión misma de los establecimientos penitenciarios. 290. Asimismo, de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos, el hacinamiento de personas privadas de libertad puede llegar a constituir en sí mismo una forma de trato cruel, inhumano y degradante, violatoria del derecho a la integridad personal y de otros derechos humanos. Por eso, cuando el colapso de un sistema penitenciario o de un centro penitenciario determinado conlleva a la imposibilidad material de ofrecer condiciones dignas a los internos, no es dable al Estado seguir ingresando personas a esos espacios, por que al hacerlos los somete deliberadamente en una situación que vulnera sus derechos fundamentales. Ello se sustenta además, en la prohibición absoluta de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes establecidas por el derecho internacional de los derechos humanos. Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, de la OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/13 de fecha del 30 diciembre 2013.

que las cárceles no son sanas ni limpias, y que no están para seguridad, sino para castigo de los reos, y que todas las medidas so pretexto de precaución que han conducido a mortificarlos más allá de lo que aquella exige, nunca se hizo responsable a ningún juez en la historia de la actividad judicial argentina.

Por todo lo expuesto, surge como necesario fomentar el proceso de concientización de que la Constitución Nacional debe ser el límite indiscutido en la determinación judicial de la pena, para empezar a abandonar la repetición sistemática y puramente formal para pasar a su operatividad, y que tal vez el sentimiento de inseguridad que hoy por hoy genera una presión social, y que obliga a ver al Rey con traje nuevo cuando en realidad está desnudo, desaparezca de los jueces y sean materializadores de la Constitución Nacional y no meros oradores de sus postulados.

BIBLIOGRAFIA:

- 1) En bñqueda de las penas perdidas. Eugenio Raúl Zaffaroni. Ed. EIDAR. Quinta Reimpresión. Buenos Aires, Argentina 2009.
- 2) La medida del Castigo. Eugenio Raúl Zaffaroni. Ed. EDIAR. 1ra edición. Buenos Aires 2012.
- 3) Los límites del Dolor. Nils Christie. Traducción mariluz Caso. Ed. Fondo de Cultura Económica. Primera reimpresión Mexico, 1988.
- 4) Paricia S. Ziffer, "Lineamientos de la determinación de la pena". Ed. Ad- Hoc. Segunda Ed., Buenos Aires. 2013.
- 5) Carta Naciones Unidas firmada el 26 de junio de 1945 en San Francisco, EEUU.
- 6) Declaración Universal de los Derechos Humanos firmado el 10 de diciembre de 1948 en Paris, Francia.
- 7) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicos de fecha del 16 de diciembre de 1966 con entrada en vigo el 23 de marzo de 1976.
- 8) Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes
- 9) Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, Adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988.
- 10) Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.
- 11) Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura.
- 12) Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, Documento aprobado por la Comisión en su 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.
- 13) Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990
- 14) Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok) Resolución aprobada por la Asamblea General 16 de marzo de 2011
- 15) Principios de Yogyakarta, Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género.
- 16) Informe Anual Comité de Prevencion de la Tortura y otros Tratos y Penas Crueles Inhumanas y/o Degradantes periodo junio 2012 a marzo 2013 de la Provincia del Chaco. Creado por Ley N° 6483.
- 17) Discurso de apertura de Eugenio Raúl Zaffaroni en el Congreso Latinoamericano de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología. Universidad de la Matanza, 5 de noviembre de 2013.
- 18) Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, de la OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/13 de fecha del 30 diciembre 2013.

19) Conclusiones IV encuentro de Secretarios y Defensores de Ejecución penal, Mar del plata, 1ero de junio de 2012.

20) Clases de Profesor Marcelo A. Madina sobre "Ejecución de la Pena" , en el marco del VI CURSO INTENSIVO DE POSGRADO EN DERECHO PENAL organizado por la Secretaria de Investigación y Postgrado y el Departamento de Derecho Penal y Procesal Penal de esta Facultad de Derecho UNMDP, a realizarse desde el 06 al 10 de Enero de 2014.

21) Clases del Profesor Gabriel A. Bombini “Sistemas Normativos de Protección de Derechos Humanos y Privación de Libertad” en el marco del VI CURSO INTENSIVO DE POSGRADO EN DERECHO PENAL organizado por la Secretaria de Investigación y Postgrado y el Departamento de Derecho Penal y Procesal Penal de esta Facultad de Derecho UNMDP, a realizarse desde el 06 al 10 de Enero de 2014

22) Clases del Profesor E. Raúl Zaffaroni “¿Qué es el derecho penal de autor? en el marco del VI CURSO INTENSIVO DE POSGRADO EN DERECHO PENAL organizado por la Secretaria de Investigación y Postgrado y el Departamento de Derecho Penal y Procesal Penal de esta Facultad de Derecho UNMDP, a realizarse desde el 06 al 10 de Enero de 2014.