

Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Ejecución Penal, a propósito de los principios de progresividad e irreversibilidad en materia de derechos humanos

Gabriela L. Gúsis¹

Introducción:

Este trabajo tematizará en torno a la prisión, y los alcances del sistema de fuentes jerarquizado a nivel constitucional e interamericano, con el objeto de problematizar y luego responder sobre la aplicación de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la aplicación y cumplimiento de las penas privativas de libertad en nuestro país, en especial en cuanto a la interpretación y alcance de los principios de progresividad e irreversibilidad de los derechos humanos, con particular énfasis en los sujetos cuya vulnerabilidad es de especial interés por haber sido puestos en restricción de derechos por parte del Estado, a consecuencia o no de una condena firme.

Para ello recorreremos un breve repaso en el que abordaremos los conceptos básicos de los principios mencionados, los estándares en materia de ejecución penal fijados por la Corte Interamericana, el modo en que tanto los principios como los estándares deben ser aplicados, para arribar a dos cuestiones esenciales: el análisis de la legislación nacional en materia de ejecución penal, su armonización con los estándares fijados a nivel constitucional e interamericano, y la imperiosa necesidad de redireccionar las consecuencias de la prisión desde una mirada ius-humanista que permita afirmar en la faz ejecutiva el estado constitucional de derecho.

¹ Docente de Derecho Penal de las Facultades de Derecho de UNLP y UNDAV; docente de Criminología UBA. Docente de la Maestría en Criminología Mediática de la Facultad de Periodismo y Comunicación Social UNLP.

Los principios de progresividad e irreversibilidad de los derechos humanos:

Como todos conocemos, el principio de progresividad de los derechos humanos importa tanto gradualidad como progreso².

La gradualidad se refiere a que la efectividad de los derechos no va a lograrse de una vez y para siempre, sino que se trata de un proceso que supone definir metas a corto, mediano y largo plazo.

El progreso patentiza que el disfrute de los derechos siempre puede mejorar³. La progresividad requiere del diseño de planes para avanzar hacia el mejoramiento de las condiciones de los derechos mediante el cumplimiento de dichos planes.

Tradicionalmente se ha relacionado al principio de progresividad con el cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, dando a entender que los derechos civiles y políticos deben realizarse de una sola vez⁴. Sin embargo ello no es así, no es posible afirmarlo pues también los derechos civiles y políticos tienen grados y pueden redundar en mejores condiciones a lo largo del tiempo, aunque haya una base mínima estandarizada. Se puede continuar avanzando hacia el fortalecimiento de todos éstos⁵. La Comisión Interamericana

² Abramovich, Victor "una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo", revista de la Cepal, abril de 2006, pag. 38.

³ Abramovich, Curtis "el umbral de la ciudadanía, el significado de los derechos sociales..." pag. 58

⁴ Vazquez, Luis Daniel; Serrano, Sandra "los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica en: <http://corteidh.or.cr/tablas/r29011.pdf>

⁵ La Comisión siempre ha reconocido la relación orgánica entre la violación de los derechos a la seguridad física, por una parte, y la negación de los derechos económicos y sociales y la supresión de la participación política. Toda distinción que se establezca entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales constituye una formulación categorizante que se aparta de la promoción y garantía de los derechos humanos. Una vida libre del temor y la necesidad comporta inevitablemente garantizar los derechos civiles y políticos puesto que a través de la participación popular, quienes son objeto de la negación de sus derechos económicos y sociales, pueden participar en las decisiones que se relacionan con la asignación de los recursos nacionales y el establecimiento de programas sociales, educativos y de salud. La participación

de Derechos Humanos recuerda siempre que: "...cuando el Estado no garantiza los derechos económicos, sociales y culturales, se está indicando también una falta de garantías civiles y políticas. La capacidad de participar en la sociedad conlleva derechos civiles y políticos, conjuntamente con derechos económicos, sociales y culturales. De ello se desprende que, sin progreso en el área de los derechos económicos y sociales, los derechos civiles y políticos logrados con gran esfuerzo y sacrificio humano, siguen siendo una mera aspiración para los sectores de menos recursos y más bajo nivel de educación. En última instancia, la consolidación de la democracia representativa, meta de todos los Estados miembros, comporta el ejercicio de una participación plena por parte de todos los integrantes de la sociedad"⁶.

En igual sentido, destaca que: "El principio de que los derechos económicos, sociales y culturales deben alcanzarse progresivamente no significa que los gobiernos no tengan la obligación inmediata de empeñarse por lograr la realización plena de tales derechos. El fundamento del principio de la realización progresiva de los derechos es que los gobiernos tienen la obligación de asegurar condiciones que, de acuerdo con los recursos materiales del Estado, permitan avanzar gradual y constantemente hacia la más plena realización de tales derechos. Además, el desarrollo progresivo de los derechos no se limita a los económicos, sociales y culturales. El principio de la progresividad es inherente a todos los instrumentos de derechos humanos a medida que se elaboran y amplían. Los tratados sobre

popular, objetivo de la democracia representativa, garantiza que todos los sectores sociales participen en la formulación, aplicación y revisión de los programas nacionales. Y, aunque podría afirmarse que la participación política fortalece la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, también es verdad que la aplicación de esos derechos crea las condiciones para que la población en general sea capaz, es decir, saludable y educada, para participar activa y productivamente en el proceso de toma de las decisiones políticas.
<http://www.cidh.oas.org/annualrep/93span/cap.v.htm>

informe anual de la cidh 1993

⁶ <http://www.cidh.oas.org/annualrep/93span/cap.v.htm>

derechos humanos con frecuencia incluyen disposiciones que implícita o explícitamente prevén la expansión de los derechos en ellos contenidos. El método de expansión puede depender de la aplicación directa de las disposiciones previstas en el propio tratado, o mediante enmiendas o protocolos adicionales que complementen, elaboren o perfeccionen los derechos ya establecidos en el tratado. Sirvan de ejemplo la propia evolución y expansión de los instrumentos interamericanos de derechos humanos. Los principios formulados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre fueron elaborados y ampliados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Análogamente, el Protocolo de San Salvador es una extensión de las normas y principios establecidos en los dos textos anteriores y en la Carta[.]

De manera que de ello se desprende que la obligación de los Estados miembros de observar y defender los derechos humanos de los individuos dentro de sus jurisdicciones, como lo establecen la Declaración Americana y la Convención Americana, los obliga, independientemente del nivel de desarrollo económico, a garantizar un umbral mínimo de esos derechos. El nivel de desarrollo podría ser un factor que entre en el análisis para la puesta en vigor de esos derechos pero no se debe entender como un factor que excluya el deber del Estado de implementar estos derechos en la mayor medida de sus posibilidades. El principio de progresividad exige más bien que, a medida que mejora el nivel de desarrollo de un Estado, mejore el nivel de compromiso de garantizar los derechos económicos, sociales y culturales. Y, ello, porque garantizar los derechos económicos, sociales y culturales exige en la mayoría de los casos un gasto público destinado a programas sociales[.]

En teoría, la idea es que, cuantos más recursos tenga un Estado, mayor será su capacidad para brindar servicios que garanticen los derechos económicos, sociales y culturales. Esta idea se reafirma en el artículo 32 de la Carta de la OEA, donde se describe el desarrollo como la ´responsabilidad primordial de cada país y debe

constituir un proceso continuo e integral para el establecimiento de un orden económico y social más justo...’”⁷.

Es decir, los derechos humanos mencionados y reconocidos por los tratados internacionales de derechos humanos no pueden ser jamás interpretados como los únicos o el máximo de derechos a alcanzar, sino un piso mínimo indispensable del que se debe partir en miras de la progresión, que deberá ser analizada en cada Estado en particular.

De manera complementaria, el principio de progresividad también incumbe al principio de prohibición de regresividad o irreversibilidad: que impone que una vez logrado el avance de los derechos a un nivel determinado, no es posible disminuir ni regresar a un estadio anterior al mismo.

Es decir, el estado no podrá disminuir el goce de los derechos que han llegado a un determinado estándar. No puede revertirse el contenido y alcance de los derechos. En caso de que ello suceda estaremos en peor situación jurídica y vulneraríamos la prohibición de regresividad tanto como el de progresividad de la realización de los derechos humanos. La irreversibilidad, o sea, la imposibilidad de que se reduzca la protección ya acordada, está reconocida para todos los derechos humanos en el PIDCP y en el PIDESC (art. 4 de ambos). Este principio vendría ser, además, una consecuencia del criterio de conservación o no derogación del régimen más favorable para el ser humano.

En función a lo regulado por los instrumentos internacionales (fundamentalmente del artículo 26° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del artículo del 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. En efecto el artículo 2.1 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales) se ha llegado a considerar que el principio de progresividad de los derechos humanos contiene una doble dimensión: la primera a

⁷ Ídem.

la que podemos denominar positiva, lo cual "está expresado a través del avance gradual en orden a la satisfacción plena y universal de los derechos tutelados, que supone decisiones estratégicas en miras a la preeminencia o la postergación de ciertos derechos por razones sociales, económicas o culturales" y la otra a la que podemos denominar negativa que se cristaliza a través de la prohibición del retorno, o también llamado principio de no regresividad". Son ambos las dos caras de una misma moneda.

Los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de ejecución Penal:

Brevemente pasaremos a repasar los estándares generales que la Corte Interamericana ha ido delineando a través de sus sentencias a lo largo del tiempo en materia de prisión.

Elas pueden dividirse, en los siguientes⁸:

1. Obligaciones del Estado respecto de las personas privadas de libertad
2. Condiciones en lugares de detención
3. Trato a las personas privadas de libertad y medidas de seguridad
4. Penas corporales: penas prohibidas
5. Personas pertenecientes a grupos en situación de vulneración de sus derechos
6. Integridad de los visitantes
7. Habeas corpus
8. Reparaciones

Nos interesan particularmente a los fines de la exposición, circunscribirnos a los puntos 1, 2, 3 y 4, no porque los otros no sean esenciales, sino para atravesar un camino lógico que nos permita pensar y definir de manera armoniosa lo que

⁸ Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 9, sobre Personas Privadas de libertad.

podemos denominar el fin de la pena privativa de la libertad y sus consecuencias, en los parámetros interamericanos y una interpretación armoniosa de la Constitución Nacional.

En el orden de la primera cuestión, es decir, sobre las obligaciones que pesan sobre el Estado frente a las personas privadas de libertad, la Corte Interamericana tiene reiterada jurisprudencia que sostiene que: el Estado es garante de las personas que se encuentren privadas de libertad, y que además es un vínculo que importa una especial responsabilidad. En ese sentido ha expresado que "en los términos del art. 5.2 de la Convención toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con la dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal. En consecuencia, el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es garante de estos derechos de los detenidos" (Caso Neira Alegria y otros Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995; en igual sentido, Caso Castillo Pertuzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999; entre otros).

También he interpretado que: "el artículo 1.1 de la Convención señala el deber que tienen los Estados partes de respetar los derechos y libertades en ella consagrados y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, incluidos... los reclusos... en consecuencia el Estado debe adoptar las medidas de seguridad necesarias para la protección de los derechos y libertades de todos los individuos que se encuentren bajo su jurisdicción... [en caso de personas reclusas] se debe presumir la responsabilidad estatal en lo que ocurra a las personas que se encuentran bajo su custodia" (Asunto de la Cárcel de Urso Branco respecto de Brasil. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de junio de 2002). Aún más contundente ha sido el mismo tribunal al sostener que: [el Estado tiene el deber] de "aplicar

procedimientos conforme a Derecho y respetuoso de los derechos fundamentales" (Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003). Continuando en esa tesitura, insistió en que: "es preciso que el Estado tome de forma inmediata todas las medidas necesarias para asegurar que los derechos a la vida y a la integridad física se preserven" [y que] "en su obligación internacional de garantizar a toda persona el pleno ejercicio de los derechos humanos el Estado debe diseñar y aplicar una política penitenciaria de prevención de situaciones críticas..." (cárcel de Urso Branco, sentencia de 7 de junio citada y Asunto del Centro Penitenciario de la Región Capital Yare I y Yare II respecto Venezuela. Resolución de las CorteIDH de 30 de marzo de 2006).

En el caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004 fue contundente es sustentar que: "las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas bajo custodia. De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso de le impide satisfacer por cuenta propias una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna".

Por último, podemos afirmar que la afirmación del máximo tribunal interamericano en cuanto a que: [las restricciones de otros derechos, consecuencia de la privación de libertad] debe limitarse de manera rigurosa, puesto que toda restricción a un derecho humano sólo es justificable ante el Derecho Internacional cuando es necesaria en una sociedad democrática [y que] la restricción de la vida, la integridad personal, la libertad religiosa y el debido proceso, no tienen justificación fundada en la prisión (Caso Caesar Vs. Trinidad y

Tobago. Sentencia de 11 de marzo de 2005 y Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Sentencia de 20 de junio del mismo año). Mas adelante fue con el Caso Fleury y otros Vs. Haití, donde destacó que el estado debe tomar diversas iniciativas para garantizar a las personas presas las condiciones necesarias para contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse (sentencia de 23 de noviembre de 2011). También afirmó que vulnera el art. 5 de la Convención cualquier circunstancia que pueda causar sufrimientos de una intensidad que exceda el limite inevitable de sufrimiento que acarrea la detención , y que el Estado no puede ampararse en causas económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares internacionales mínimos (Caso J. Vs. Perú.s entencia de 27 de noviembre de 2013).

En cuanto a la segunda cuestión, cual es el referido a los estándares fijados en materia de lugares de detención, la CorteIDH ha fijado algunas pautas esenciales:

- (a) En el marco del art. 5.2 de la Convención, todo centro de detención debe garantizar la vida digna;
- (b) Ello importa que la medida de detención no debe someter al preso a angustia o dificultad que exceda el nivel inevitable de sufrimiento propio del encierro y debe garantizar su bienestar físico y mental, brindándole atención médica y alimentación adecuada;
- (c) Es inaceptable mantener a una persona detenida en hacinamiento, con falta de ventilación y luz natural, sin cama de reposo ni condiciones adecuadas de higiene, en aislamiento e incomunicación o con restricciones indebidas a visitas (Caso Tibi Vs. Ecuador. Sentencia de 7 de septiembre de 2004; Fermin Ramirez, sentencia de 25 de noviembre de 2006; Caso Penitenciarias de Mendoza. Resolución de 22 de noviembre de 2004, entre otros);
- (d) Reconoce los estándares de condiciones dignas de los organismos

internacionales de protección de los derechos humanos, como parámetros válidos (Caso Lopez Alvarez Vs. Honduras. Sentencia de 1 de febrero de 2006);

(e) las lesiones, sufrimientos, daño a la salud o perjuicios sufridos por una persona presa pueden llegar a constituir trato cruel prohibido por el 5.2 de la Convención.

(f) Cuando se trata de personas que sufren condena, las situaciones descritas son contrarias a la "finalidad esencial" de las penas, según lo establece el inciso 6 del mencionado artículo, es decir, "la reforma y readaptación social de los condenados" (Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2006).

(g) Los tratamientos pueden ser llevados fuera de esos parámetros y en ese caso vulneran los derechos de las personas privadas de libertad y hacen responsable al Estado;

(h) El Estado debe garantizar a todos detenido el acceso al agua potable, así como debe prever y prevenir situaciones de contingencias de seguridad tales como incendios, y actuar con la debida diligencia, con protocolos, alarmas, etc. Con el objeto de salvaguardar la seguridad de los detenidos;

(i) La falta de prevención y previsión del estado en cuanto a situaciones de contingencia, emergencia o violencia hacen responsables al Estado por negligencia;

(j) Es necesaria la separación entre condenados y procesados; mujeres y hombres; etc, de acuerdo al art. 5.4 de la Convención. En igual sentido, los estándares internacionales, en especial la reciente actualización de las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos: Las Reglas Nelson Mandela.

(k) Reconoce los parámetros del Comité Europeo para la Prevención de la

Tortura y las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT) y establece que 7 mts². Por cada prisionero es una guía aproximada y deseable para una celda (Caso Montero Aranguren y otro (retén de Catia) vs. Venezuela. Sentencia de 5 de julio de 2006);

El tercer aspecto, es aquél concerniente al trato brindado a las personas privadas de libertad. En ese sentido la Corte Interamericana ha expresado:

- (a) Que no es un trato digno mantener a los detenidos incomunicados
- (b) Que a fin de garantizar el trato digno se debe llevar registro de los detenidos en el que conste identidades, motivos de detención, autoridad que la dispuso, día y hora de ingreso y salida, el registro debe ser completo y fiable;
- (c) No es un trato digno la prolongación del encierro en aislamiento
- (d) La vestimenta infamante
- (e) La utilización desproporcionada de la fuerza contra las personas presas, lo que se extiende a las omisiones que produzcan también violencia. En ambos casos dichos tratos son considerados crueles, inhumanos y degradantes
- (f) Las torturas, vejaciones, apremios, amenazas y cualquier otra forma de trato que implique una violencia física o psíquica contra los detenidos;
- (g) Impone el deber de investigar actos constitutivos de tortura y muertes de personas privadas de libertad;
- (h) La utilización de armas lesivas, uso de gases, y humo
- (i) Las violencias sexuales dentro de la cárcel y cualquier otra
- (j) También la aplicación de sanciones disciplinarias puede ser interpretada como malos tratos cuando importan el aislamiento, el uso de la fuerza o la permanencia en celda oscura.

Si me permiten, me interesa resaltar en particular el caso Bueno Alves Vs.

Argentina, en el que la Corte enfatizó que "cuando existen alegatos de supuestas torturas o malos tratos, el tiempo transcurrido para la realización de las correspondientes pericias médicas es esencial para determinar fehacientemente la existencia del daño, sobre todo cuando no se cuenta con testigos más allá de los perpetradores y las propias víctimas y, en consecuencia, los elementos de evidencia pueden ser escasos", lo que conlleva a afirmar que cuando el Estado no cumple con las previsiones, éste será responsable de ellos.

En orden al cuarto eje de estándares es claro que la Corte IDH niega toda posibilidad de aplicación de penas corporales, afirmando que "los castigos corporales son incompatibles con las prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas y degradantes contenidas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes, y en la Convención contra la Tortura..." (Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago. Sentencia de 11 de marzo de 2005, entre muchos otros).

Hemos visto hasta aquí una gran cantidad de parámetros, estándares que la Corte Interamericana ha fijado a través de casos específicos, casos en donde las vulneraciones de los derechos de las personas privadas de libertad han sido vastos y patentes, varios de ellos incluso, han sido tristemente casos argentinos: por todos, el Caso de las Penitenciarías de Mendoza.

Pues la pregunta entonces que debemos hacernos es:

Cómo operan los principios y estándares interamericanos en nuestro país:

Permítanme aclarar que aquí y tanto antes, podríamos diferenciar dos planos

claros en el que operan los estándares y principios:

Uno es el plano jurídico, al que circunscribo un poco esta presentación, tan solo en honor a la brevedad.

Pero otro tanto o más importante, es el plano de la realidad: cuando hablo de realidad no es que el plano jurídico se patentice tan solo en el deber ser, pero los estándares pretenden de algún modo ser el deber ser al que aspiramos alcanzar.

En cambio, el plano de la realidad es mucho más complejo, baste hablar de la provincia de Buenos Aires, donde nos encontramos en esta charla para dejar plasmado el cuadro de situación sobre el cual estamos esbozando este esquema: la provincia de buenos aires triplica los detenidos del sistema penitenciario federal, las cifras no están todas de acuerdo pero es aceptable afirmar que aproximadamente el 60 por ciento de los detenidos de la provincia lo está de manera provisoria, por las dudas, es decir, que la detención para todos ellos opera en los hechos como una pena anticipada; alcanza leer los informes de la Comisión por la Memoria o los habeas corpus tristemente conocidos por todos para saber que gran parte de las condiciones que marcan los estándares no se cumplen o lo hacen de modo parcial. Todo ello es muy cierto, y es necesario mantener el estado de alerta y denuncia sobre esta situación y las que se puedan presentar.

Pero las leyes no son inocuas, para bien o para mal. Un ejemplo de los últimos, los del mal, también lo conocemos en la provincia de Buenos Aires: las leyes de (in)excarcelación que se reiteran cada tanto nos demuestran el rápido efecto que se produce en el aumento de la población penitenciaria, y que en poco tiempo podría volver a llevar al colapso de un sistema ya complicado.

Aunque también las leyes, y los órganos jurisdiccionales, que son quienes aproximan y aplican las normas en aras de limitar y contener la irracionalidad del poder punitivo podrían ayudar a evitar esas situaciones de desplome.

Volviendo a nuestra pregunta reciente: cómo operan o hacer operar los principios y estándares interamericanos en nuestro país, la respuesta viene dada desde la propia Constitución Nacional, que en salvaguarda de derechos y garantías tras la reforma del año 1994 incorporó al "Bloque de constitucionalidad" los tratados internacionales de derechos humanos, entre ellos los americanos como la Declaración Americana de Derechos Humanos y el Pacto de San José de Costa Rica (por todos). Esto ha implicado, además de la incorporación enumerativa de derechos y garantías antes implícitos en la Constitución, la obligación de nuestro Estado, como estado parte, de cumplir con las normas interamericanas, a lo que además -una vez aceptada la jurisdicción interamericana- nos comprometió en el cumplimiento de las sentencias de la misma. Ello, por lo demás, fue afirmado en sendas sentencias de la Corte Suprema de la Nación Argentina, en las que reconoce la obligatoriedad de cumplimiento de las resoluciones de la Corteidh. (Caso de las penitenciarías de Mendoza, menores a perpetua, Espósito, entre otras).

Pero además, el fallo Verbitsky, ha brindado en materia de ejecución penal un estándar que la Corte Suprema impuso para el cumplimiento de las obligaciones estatales en las prisiones: cual es reconocer que los estándares del sistema interamericano deben respetarse tanto como los contenidos en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, actualmente las Reglas Nelson Mandela (la versión ultra mejorada de ellas).

Entiendo que esta interpretación armónica de cómo deben ser aplicados y entendidos los estándares internacionales y aun también nacionales deben estar vigente de pleno derecho en nuestro país.

Qué entendemos por el "fin de la ejecución de la pena privativa de libertad" en clave internacional y constitucional?

Hace ya unos veinte años, el maestro Raúl Zaffaroni, brindó luz y claridad en cuanto al modo en que debería ser reformulado el concepto de reinserción social como finalidad de la ejecución de la pena privativa de libertad⁹.

Así, explicó que: En la década pasada la Argentina se incorporó al derecho internacional de los Derechos Humanos, con lo cual dio jerarquía supralegal a la "readaptación social de los penados" como finalidad "esencial" del régimen penitenciario o, directamente, de las "penas privativas de la libertad". La cuestión de la unidad del derecho quedó definitivamente resuelta con la reforma constitucional de 1994, toda vez que el vigente inciso 22° del art. 75, al declarar que "tienen jerarquía constitucional", entre otros, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o "Pacto de San José de Costa Rica", el 22 de diciembre de 1969.

También advirtió que no es lógico que el sistema internacional de derechos humanos haya optado por una finalidad de la pena, sino más bien de su ejecución, y ello siempre dentro del marco de los estándares y parámetro de los derechos humanos.

Explicó que: "no es razonable que un texto se decida por una teoría de la pena respecto de la prisión y no lo haga respecto del resto de las penas, como si los fines de las mismas (y con ello su naturaleza) pudiesen escindirse arbitrariamente por decisión política nacional o internacional"¹⁰. Ante lo inaceptable de una incoherencia dentro de la propia Convención Americana, se impone una alternativa que permite interpretar que ésta quiere significar que la reforma y la

⁹ Zaffaroni, E. R "Los objetivos del sistema penitenciario y las normas constitucionales". En El derecho penal hoy. Homenaje al profesor David Baigún, 115-129. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1995.

¹⁰ Ídem.

readaptación social son fines esenciales de las penas de prisión, más no de las penas.

Así, propuso como única forma posible la de revalorar la función del segmento penitenciario y al mismo tiempo de formular un discurso jurídico que no ignore datos elementales de la realidad, consiste en atribuir a las personas un trato conforme a sentido realizable y compatible con las disposiciones de la Constitución. Dejando de lado cualquier pretensión moralizante y también cualquier planteamiento de legitimidad, es decir, asumiendo como un simple dato de realidad que hay una máquina que atrapa y encierra personas, y, por ende, que en este encierro es ineludible, debe ser proporcionado algún trato lo menos incompatible con los Derechos Humanos, de lo que se deriva o impone:

1. Que ese trato sea lo más humano posible, en el sentido de la seguridad personal, de la higiene, etcétera.
2. Que sea lo menos deteriorante posible, o sea que dentro del general efecto deteriorante de la institucionalización, que condiciona una cierta patología regresiva, trate de que la misma sea lo menos marcada que las circunstancias permitan.
3. Que le ofrezca la posibilidad de abandonar el rol que motivó su selección criminalizante, es decir, de renunciar a su comportamiento autoagresivo, o sea, de elevar su nivel de invulnerabilidad al sistema penal, de reducir su nivel de vulnerabilidad hacia éste, de salirse del estereotipo selectivo del poder punitivo.

No se trataría de que el sistema penal trabaje sobre los delitos cometidos como causas de la prisonización, lo que es falso, sino sobre la verdadera causa de ésta, que es el encuadre en el estereotipo y la consiguiente asunción de los roles asociados a éste, o sea, de la vulnerabilidad de la persona al sistema penal. El eje se desplaza de la conducta delictiva al Comportamiento vulnerable: el preso no está preso porque su conducta fue delictiva, sino porque fue vulnerable.

La reformulación en la interpretación de los textos en cuanto a "reforma" y la "readaptación" en clave constitucional concluye, y nosotros adherimos, sólo es posible como trato humano, lo menos deteriorante y que trate de reducir la vulnerabilidad penal de la persona, lo que constituye un programa penitenciariamente realizable y jurídicamente compatible con las normas constitucionales, dotándolas de sentido pero sacándolas del marco originario de las ideologías "re", que además de vetusto e irrealizable, es incompatible con el encuadre general de los Derechos Humanos (por presuponer una inferioridad en el preso).

También enseñó Zaffaroni que se debe asignar un sentido a la expresión "finalidad esencial del régimen penitenciario". ¿Qué quiere decir el texto con "esencial"? Entendemos que la expresión cumple una doble función.

Por un lado, en una interpretación compatible con la totalidad o plexo de los Derechos Humanos, "esencial" debe entenderse como "no único" en el sentido de que la posibilidad de reducción del nivel de vulnerabilidad debe ser un ofrecimiento al preso, y en ningún caso una imposición de "reforma" que, inevitablemente, sería una injerencia en su personalidad, para lo cual no puede considerarse autorizado ningún estado del mundo sin incurrir en una violación intolerable a los Derechos Humanos.

Por otro lado, cuando nos referimos al objetivo de reducción del nivel de vulnerabilidad, nos estamos refiriendo al grueso de la población penal de casi todos los países, o sea, la que es criminalizada por delitos más o menos groseros contra la propiedad o con fin de lucro, vale decir, a la clientela frecuente de la prisión. Esto excluye un mínimo de casos, muy reducido, en que el contenido injusto es muy grave o que escapan a la regla general del alto nivel de vulnerabilidad, en que lo único posible es la parte de trato humano. Cuando la

causa de la prisonización es un esfuerzo personal muy grande por alcanzar el nivel de vulnerabilidad en la situación concreta, pese a que la persona haya partido de un estado relativamente bajo de vulnerabilidad (es decir, no responde a estereotipo, por ejemplo) lo único que puede hacer un sistema penitenciario respetuoso de Derechos Humanos es deparar un trato humano¹¹.

Las expresiones "reforma" y "readaptación" usadas constitucionalmente, provienen del marco "re", pero ante la quiebra de ese marco deben ser reinterpretadas dentro de una progresividad adecuada a las transformaciones del conocimiento.

En esa línea se pueden entender como imponiendo un trato humano, lo menos deteriorante posible y que ofrezca la posibilidad de reducir los niveles de vulnerabilidad.

Dado que la vulnerabilidad es la causa real de la prisonización, el sistema penitenciario desplazaría su eje del delito cometido (como falsa causa de criminalización) a la vulnerabilidad

Esa finalidad sería la "esencial", en el sentido de que siempre sería un "ofrecimiento" y nunca una imposición o coacción modificadora de la personalidad.

Pero, ¿qué pasa con las nuevas reformas que se pretenden introducir en la ley de ejecución penal? Es que nos hemos olvidado del fin resocializador de la pena - entendido en clave actual y constitucional como de trato digno y disminución de la vulnerabilidad?

La ley de ejecución penal, su pretendida reforma y los problemas que plantea en cuanto a la regresión de los derechos humanos en materia de ejecución penal: una política prohibida.

¹¹ Obcit.

Para adentrarnos en el terreno cruel de la actualidad legislativa en materia de ejecución penal permítanme sintetizar -muy brevemente- algunos de los ejes centrales del proyecto al que la Cámara de Diputados de la Nación dio media sanción¹² a iniciativa del presidente de la Comisión de Seguridad Interior, Luis Petri (UCR)¹³.

Básicamente, los núcleos problemáticos radican en que prohíbe las salidas transitorias y libertad condicional a ciertos autores de delitos graves¹⁴, tratando a los derechos como beneficios, es decir pleitesías que el juez o legislador podría elegir otorgar¹⁵.

Además, el proyecto aprobado restringe el acceso al período de prueba, a la libertad condicional y a la libertad asistida; se amplía el listado de delitos del artículo 56 bis, que se reproducen en el artículo 14 del Código Penal, y se admite la posibilidad de que condenados a penas mayores a 10 años en abstracto tampoco accedan a esos derechos; se elevan las exigencias en cuanto a conducta y concepto para progresar dentro de las fases en el período de tratamiento o para ingresar al período de prueba y, en el primer caso, se exige conducta y concepto "Muy Bueno", mientras que en el segundo, conducta y concepto "Ejemplar".

En igual sentido, se modifican los tiempos de condena cumplida exigidos para ingresar al período de prueba. Ahora será necesario haber cumplido: a) Pena temporal sin la accesoria del artículo 52 del Código Penal: la mitad de la condena;

12 La iniciativa modifica la Ley 24.660 -de Ejecución de la Pena- y obtuvo 134 votos a favor y 69 en contra, tras lo cual fue girada al Senado.

13 acompañado por la presidenta de la Comisión de Legislación Penal, Gabriela Burgos (UCR-Cambiemos, Jujuy).

14 delitos violentos tales como los homicidios, las violaciones o los robos con armas de fuego. Estas personas deberán cumplir la totalidad de la condena.

15 <http://diputados.ucr.org.ar/media-sancion-para-la-ley-de-luis-petri-que-prohibe-salidas-transitorias-y-libertad-condicional-a-los-autores-de-delitos-violentos/>
https://www.google.com.ar/?gfe_rd=cr&ei=bqBtWOvWB8eSwASg9pqgDA#q=proyecto+de+refor+ma+ley+de+ejecucion+diputado+petri+media+sancion

b) Penas perpetuas sin la accesoria del artículo 52 del Código Penal: quince (15) años; c) Accesoria del artículo 52 del Código Penal, cumplida la pena: tres (3) años.

Se ajustan asimismo los tiempos exigidos para acceder a las salidas transitorias, que ahora se elevan a: a) Penas mayores a diez (10) años: un año desde el ingreso al período de prueba; b) Penas mayores a cinco (5) años: seis meses desde el ingreso al período de prueba; c) Penas menores a cinco (5) años: desde el ingreso al período de prueba.

Se prevé que en todos los supuestos las salidas transitorias deban ser realizadas bajo supervisión de un profesional de un servicio social, se crea el Registro Nacional de Beneficios(!).

Qué importa en sus consecuencias esta reforma, entonces?, pues básicamente importa- como decíamos al principio de nuestra charla -una regresión prohibida de los derechos humanos en materia de ejecución de la pena privativa de libertad. No es posible aceptar jurídicamente, en especial aplicando los principios de un derecho penal iushumanista que surgen del sistema internacional de protección tanto como de la propia constitución Nacional, una regresión en la fase ejecutiva de la pena que importe esas consecuencias retrógradas. No es posible pues ya hace tiempo se ha zanjado la discusión sobre la progresividad como un derecho y no como una cuestión graciable, tanto como aquella que mucho tiempo atrás afirmaba que el preso no era sujeto de derechos.

Los principios de irreversibilidad y progresividad de los derechos humanos nos imponen legislativamente y jurisdiccionalmente, como estado comprometido en sus obligaciones internacionales y constitucionales, una posibilidad de reforma en pos de la mejora del trato penitenciario cuanto de los derechos harto reconocidos en la constitución nacional y la legislación dictada conforme a ella.

Como decíamos al inicio: el estado no puede disminuir el goce de los derechos que han llegado a un determinado estándar. No puede revertirse el contenido y alcance de los derechos. En caso de que ello suceda estaremos en peor situación jurídica y vulneraríamos la prohibición de regresividad tanto como el de progresividad de la realización de los derechos.

Por ello, no queda más que descalificar a la pretendida reforma como regresiva y además prohibida en una interpretación armoniosa de las normas del plexo constitucional.

Nuestra Propuesta: es indispensable armonizar las obligaciones internacionales y constitucionales en materia de ejecución penal, reconocer cualquier otra postura en esa cuestión implica vulnerar los derechos de las personas presas, que en la mayoría de los casos responden a una doble situación de vulnerabilidad: el gran porcentaje de personas pobres privadas de libertad, tanto como de otros grupos vulnerables que se encuentran detenidos al que se le suma la propia privación de libertad ambulatoria. Volvemos sobre un concepto antiguo y una discusión ya saldada hace tiempo: es posible que el estado imponga una moral? Es posible que la pena privativa de libertad tenga algún otro objetivo que el de brindar las herramientas para superar la vulnerabilidad y reinsertarse socialmente de un modo satisfactorio? Pues entiendo que en clave constitucional no. Creo que deberían ser muchos y plagar los tribunales los planteos de inconstitucionalidad de la pretendida nueva reforma de la ley de ejecución penal si es que finalmente queda sancionada, pues ha modificado el fin constitucional y convencional de la pena convirtiéndolo en un espectáculo más del show mediático que se hace llamar: LA SEGURIDAD.