

Pedro Biscay y Pablo Vacani

Entre la irracionalidad penitenciaria y la inmadurez judicial... o de la necesidad de decirle más verdades a lo cierto.

"...entonces un jefe a la hora de resolver un conflicto puede apoyarse ya en el carácter vinculante de normas jurídicas reconocidas, pero no en el carácter moralmente vinculante de su juicio..."(Jürgen Habermas)

I.

El presente trabajo tiene por objeto analizar las posibilidades de efectiva vigencia de las garantías procesales en la etapa de ejecución de la pena privativa de la libertad. Ello en el marco de la ley 24.660, que entre sus principios articuladores determina la necesidad de establecer los cambios cualitativos operados a nivel de la pena, en base al respeto de los principios de legalidad y jurisdiccionalidad.

Vamos a sostener en las líneas que siguen que pese al reconocimiento de tales principios, su operatividad no permite un efectivo respeto de los derechos fundamentales en la etapa ejecutiva, no respondiendo ello tanto a una cuestión reducible a deficiencia y/o vacíos procesales, sino a una decisión político criminal previa que articula la racionalidad de todo el cuerpo dogmático de la ley 24.660.

II.

La ley 24.660 establece en su art. 2º que el interno podrá ejercer todos los derechos no afectados por la sentencia de condena o la ley(1). Es decir, consagra a nivel legislativo el mandato de reserva constitucional (CN:19). De este modo, se reconoce normativamente la condición jurídica de los internos como portadores de derechos fundamentales(2).

Tal reconocimiento, que desde ya no importa negar que la pena es producción de dolor corporal residual, es acorde a la normativa constitucional y de derechos humanos. Los arts. 1, 2 de la DUDH, establecen el reconocimiento de la dignidad humana y el principio de igualdad ante la ley (no discriminación). Por su parte, los arts. 18 C.N., 7, 10.1 PIDCP y 5 CADH introducen el principio de humanidad en la ejecución de la pena, lo cual impone en cabeza del estado la

obligación de brindar debido trato en prisión(3).

Tales presupuestos constitucionales generan una línea de continuidad hacia el sustento mismo de los derechos fundamentales, de modo que las personas privadas de libertad no pierden su calidad de ciudadanos como titulares de derechos subjetivos. Esto exige, a fin de respetar el principio de igualdad jurídica, una desigual consideración entre la categoría de privado y no privado de libertad; pues las condiciones estructurales de lo carcelario (efectos desocializantes, criminógenos, suicidógenos) generan una mayor aflicción del prisionizado, haciéndolo portador de expectativas positivas (de prestación) y negativas (de no lesión) que deben ser asegurados por el Estado, atendiendo la mayor posibilidad de lesión de los derechos fundamentales dentro del ámbito carcelario(4).

III.

No puede dejar de señalarse que desde las instancias operativas del sistema penal se viene desarrollando en los últimos años una política criminal orientada al aumento de las campañas de ley y orden, lo que ha dado lugar a una demanda de mayor punibilidad, cambiando la percepción cualitativa sobre el sujeto delincuente(5). Este discurso ha penetrado en todas las agencias del estado, que con sus practicas espasmódicas han colaborado aún más en la construcción de la demanda de punibilidad. El sistema penal ha incrementado los niveles de penalidad y encarcelamiento, para gobernar las crecientes situaciones de conflicto social generadas por un modelo económico basado en practicas de exclusión y explotación. El sistema carcelario se convierte en la última herramienta para hacer frente a la ausencia de políticas sociales, de modo que la prisión adquiere nuevas funciones que muestran - una vez más- la estrecha vinculación entre ésta y la estructura económica(6), y la consecuente autonomización a las reglas del derecho. A esta altura, ya no puede ocultarse la insostenible situación que genera la sobrepoblación carcelaria, pues se evidencia una correlación directa entre el crecimiento de los niveles de encarcelamiento y los niveles de crecimiento de la pobreza, de modo que ya no podemos hacer referencia a la cárcel como casa de corrección y/o normalización/adaptación al mercado de trabajo, puesto que en las circunstancias actuales, es una alternativa al empleo; un método para neutralizar o deshacerse de una parte importante de la población a la que no se necesita como productora ni para la cual hay trabajo al que deba ser "devuelta"(7).

IV.

En este marco, debemos preguntarnos si el fin resocializador (art. 1) consagrado como principio rector en la ley 24.660, existe como objetivo que el estado debe perseguir durante la ejecución, ó bien como discurso de mera legitimación de la institución carcelaria como instancia de control social.

Si bien la normativa del art. 1 de la ley 24.660 -de conformidad con las normas de derechos humanos (CADH:5.6; PIDCyP: 10.3) - adhiere a programas mínimos de readaptación social(8), ya que sólo tiende a lograr que la persona respete la ley, la realidad ha evidenciado el fracaso del conjunto de las ideologías re(9). La finalidad específica de tal ideología parte del desconocimiento de la relación de exclusión que ejerce la cárcel como instancia máxima de control social, entre la sociedad (excluyente) y el prisionizado (excluido); pues es imposible segregar personas y pretender al mismo tiempo reintegrarlas(10). Asimismo, desde una perspectiva criminológica un programa destinado a lograr el respeto de la ley no es fácticamente realizable en tanto que desconoce la complejidad del fenómeno delictual como proceso de construcción social, y la correspondiente selectividad operada como motor de realización(11). La praxis carcelaria evidencia que tal ideal ha permitido apelar a la reeducación social como discurso legitimante de la institución carcelaria, lo cual facilitó el accionar del Estado para segregar a la parte de la población disfuncional al modelo político económico impuesto hegemonícamente(12).

No sólo resulta paradójico, sino además sumamente riesgoso, diseñar un modelo normativo como hace el legislador con la ley 24.660, en torno al ideal resocializador cuando se sabe de antemano que este -fruto de su falsedad- es imposible de realizar como objetivo político criminal. Decimos que es riesgoso en la medida que no toma un dato de la realidad sino que la inventa - y luego la normativiza- con lo cual no sólo diluye cualquier límite óntico(13), sino que además hace imposible asumir una intencionalidad teleológica determinada(14). Un discurso falso formulado sobre una invención de la realidad, por más liberal y humanitario que pueda parecer conduce al autoritarismo(15).

El abandono del estado providencia y su reemplazo por el estado penitencia(16), ha dado paso a un modelo carcelario en el que el fin resocializador opera solamente como cobertura preventivo

especial positiva, bajo la cual la ejecución de la pena actúa como instancia de control social. A continuación, nos referiremos al ejercicio de dicho control, tanto a nivel penitenciario (constitutivo del orden interno) como a nivel judicial (constitutivo de su falta de verificación objetiva). Para ello, el ideal resocializador se instrumentaliza bajo la forma del tratamiento carcelario que, como veremos seguidamente, no es sino una tecnología autoritaria y moralizante(17)

V.

En el ámbito normativo el art. 5 de la ley 24.660 define el carácter voluntario del tratamiento, con excepción de las normas que regulan los aspectos vinculados a la convivencia, disciplina y el trabajo(18). Ello, no sólo resulta contradictorio con el principio de progresividad (art.6) que, como modalidad básica de la ejecución, define el carácter objetivo de avance durante el tiempo de injerencia existencial de la pena, sino también con el art.1 del Régimen de Modalidades Básicas (Dec. 396/99, en adelante RMB) que, como programa legislativo propio de la progresividad, considera al tratamiento como su base imprescindible.

El tratamiento actúa como un dispositivo de poder mediante el cual las autoridades penitenciarias establecen un principio de diferenciación en base a grados de clasificación que actúa ante un doble guarismo: concepto y conducta. Con esto se establece un equilibrio dinámico entre los internos y la burocracia administrativa que actúa del siguiente modo: el tratamiento clasifica, ubica y produce dos categorías de internos: adaptados e inadaptados(19). Los primeros reciben un tratamiento domesticador y mediante negociaciones premiales con las autoridades penitenciarias acceden a la posibilidad de modificar sus condiciones cualitativas de cumplimiento de la pena en un sentido favorable, es decir avanzando en el cumplimiento de la misma. Por el contrario la rotulación como inadaptado a las pautas carcelarias trae aparejado como consecuencia directa una modificación más gravosas de las condiciones en el cumplimiento de la condena(20).

Así, se prepara el terreno propicio a un proceso que, mediante la premialidad de la pena flexible, introduce un segundo juicio(21) cuyas practicas abandonan el pasado e investigan el presente y el futuro; un proceso que desde lo penitenciario define como debe ser el interno y asimismo, pronostica sus posibilidades de reincidencia(22). Un proceso que desde la función semántica del

leguaje legislativo, permite acotar el criterio objetivo de la progresividad como sistema de avance-atenuación de la penalidad en tanto, al fusionar el tratamiento a la progresividad, introduce un parámetro eminentemente subjetivo, discrecional e incontrolable, que impide cualquier garantía de certeza sobre la determinación cualitativa de la pena, lo que genera una fisura a la seguridad jurídica(23).

El tratamiento penitenciario - alzando la bandera del ideal resocializador- al introducir un discurso subjetivo e incontrolable, disocia la pena en una concepción lineal (pena justa) y una concepción existencial (pena útil)(24). Es así que, en los hechos, el interno deja de ser sujeto de derechos, para hacerse objeto de lógica premial. La ejecución de la pena como instancia del proceso penal se coloca en un ámbito del no derecho(25), y permite el ingreso de saberes ajenos - vgr. saberes clínicos, psiquiátricos, en última instancia saberes médicos- que como saberes no secantes ejercen un poder de imposible control(26) (saber-poder). Esto permite a la agencia judicial delegar una cuota de su poder en una agencia ajena que opera una socialización sustitutiva(27) que permitirá una relación de docilidad - utilidad, constitutiva del régimen disciplinario y reproductora del control social(28).

VI.

Es necesario ver lo antedicho desde el discurso normativo. El periodo de tratamiento como la segunda fase del régimen progresivo es el período en el que el interno pasará la mayor cantidad de tiempo de su condena. Como período en el que más se pueden evidenciar los cambios cualitativos de la pena, su definición queda librada a la regulación del RMB, que se encarga de definir las fases(29). Esto viola el principio de legalidad, pues las condiciones de acceso a cada una de ellas -como avance en la progresividad - no están determinadas taxativamente por ley formal, lo cual es una muestra del fenómeno de administrativización de la ejecución de la pena. Pues, tanto los art. 20 RMB (requisitos para avanzar de fase de consolidación a la fase de confianza) como el art. 23 RMB (fase de confianza al periodo de prueba) y el art. 17 de la ley 24.660(30 -31) (posibilidad de acceder a las salidas transitorias y semilibertad) no sólo precinden del factor tiempo, como pauta objetiva que rige el avance en la progresividad (art.6), sino que establecen requisitos de imposible control judicial como "cumplir con las normas socialmente aceptadas"; "demostrar hábitos de higiene". Ello no es todo, sino que aún

cumpliendo en interno con tales requisitos debe sortear un doble filtro para conseguir su avance en el régimen, en la medida que se le exigirá el dictamen favorable del consejo correccional. Resulta preciso indicar que tal organismo, conforme el art. 93 del RMB, es el organismo colegiado que efectúa el seguimiento continuo del tratamiento del interno y la evaluación de su resultado, a fin de adoptar decisiones en los casos de su competencia o de asesorar a las autoridades pertinentes, de acuerdo a las leyes y a los reglamentos vigentes(32). La actividad central del consejo reside en su facultad de emitir dictámenes (art.102) Consideramos importante resaltar uno de los aspectos del contenido de tales informes, en cuanto visualiza la intromisión de un saber-poder ajeno al judicial. Así en el art.102.b del Dec. 1139/00 se establece que el dictamen contendrá entre uno de sus contenidos mínimos un informe criminológico relativo a determinar las causales de la conducta punible, elaborar un perfil psicológico, tratamientos psiquiátricos o psicológicos aplicados y su resultado, resumen actualizado de la Historia Criminológica precisando la trayectoria del interno en la progresividad del régimen y pronóstico de reinserción social(33).

De proyectarse tal discurso en la practica judicial -que es lo que usualmente acontece pese a su carácter no vinculante (arts. 3 y 4 ley 24.660)- el magistrado renunciaría a sus funciones para realizar tareas burocrático administrativas, que lo único que hacen es refrendan las decisiones previas tomadas en sede penitenciaria, lo cual devalúa la jurisdiccionalidad como garantía rectora de la legalidad ejecutiva.

De tal forma este discurso -ahora judicial- fortalece la concepción de "sujeto peligroso"(34) y permite que la decisión judicial adquiera carácter intuitivo ligado a juicios apriorísticos que giran en torno a un pronóstico futuro de carácter azaroso y difícil refutación. Tal como afirma Pavarini (en referencia a la flexibilidad en etapa ejecutiva) el proceso sobre el autor se construye sobre valoraciones de peligrosidad que por su intrínseca naturaleza escapan a todo criterio de certeza(35)

Vemos como el informe del consejo correccional articula su discurso sobre la mayor o menor posibilidad de reinserción social. Por tanto, consideramos vital aquí, prever el contenido que debe asignársele a tal ideal -plasmado como vimos anteriormente como programa constitucional- a los efectos de evitar o reducir las consecuencias dogmáticas que el mismo genera.

VII.

Esto exige una interpretación progresiva del principio de resocialización a fin de no caer en la pérdida de vigencia del texto constitucional.

Necesitamos alterar el contenido del discurso del tratamiento, reinterpretándolo como una exigencia de trato. No sólo debe ser realizable conforme las prestaciones que exige la tutela de los derechos fundamentales, sino que además, reclama el respeto del principio de mínima afectación en función de la proscripción de penas, tratos crueles inhumanos y degradantes. Todo ello sustentado en una política criminal humanitaria(36) fundada en una ética de derechos humanos que proteja el concepto de persona, pues así lo exige el diseño político criminal constitucional(37) (CN: 1, 18, 19, 28, 31, 75.22)

El mismo debe quedar redefinido dentro de la siguiente sistemática limitativa: a) una política penitenciaria orientada en perspectiva humanitaria, exige en primer lugar que la agencia penitenciaria asuma el dato de realidad de los efectos deteriorizantes que implica toda institución de secuestro. Es decir, se necesita lograr que el operador penitenciario salga de su alienación cotidiana: ello será posible en la medida que se reconozca que los efectos deteriorizantes de toda prisionización afectan negativamente también al personal de prisiones. b) el ideal resocializador no puede ser un instrumento limitador que permita ser utilizado para impedir el avance en la progresividad o fundar su retroceso, esto tendría como efecto alterar el sistema de guarismos clasificatorios(38). c) todo trato en prisión debe estar destinado a reducir los niveles de vulnerabilidad, con lo cual la ideología que construye el control en torno al diagnóstico criminológico pierde su sentido como practica de indagación sobre el delito cometido y su pronóstico de peligrosidad. El trato debe operar sobre la causa real de prisionización (selectividad conforme a rol) con lo cual deberá estar destinado a deconstruir el estereotipo previamente introyectado(39). d). el discurso re. formulado desde las instancias judiciales debe guardar un máximo de proporcionalidad con la real operatividad penitenciaria, lo que exige tomar en consideración datos relevantes de la deficiencia estructural del sistema carcelario actual(40) (anomia profesional; proporción entre cantidad de internos y grupo de operarios penitenciarios, etc.). e). el trato realizable impediría el manejo de presupuestos subjetivos incontrolables, de modo que la decisión judicial debe estar motivada en criterios de

comprobación fáctico-objetivo. De tal modo el portador del discurso re. ya no sería más la administración sino la instancia judicial en un sentido reductor(41). f). un criterio de mínima afectación debe funcionar como limite que impida la injerencia del tratamiento como condición de avance en la progresividad. g). salvaguardar la seguridad jurídica del recluso mediante la aplicación de la estricta legalidad ejecutiva, de modo que la practica social penitenciaria se observe desde las leyes de máxima jerarquía. Así se limitaría no solo las previsibles decisiones penitenciarias, actuadas conforme a paradigmas criminológicos de neto corte positivista, sino también la racionalización utilitaria del principio de jurisdiccionalidad (seguridad de respuesta como seguridad jurídica). h). el ideal resocializador como meta fin no debe caer en una mera convención penal referida subjetivamente a personas como instrumento operador de socialización sustitutiva. Ya que esto contrastaría con la legalidad ejecutiva (art.18 CN) que exige en forma previa y taxativa el carácter legal del criterio resocializador.

Este conjunto de limites deben concebirse como una necesidad ineludible de invertir la situación actual donde el ideal resocializador se encuentra inserto en la estructura de poder del organismo penitenciario que como esquema de control social neutraliza el sistema de derechos fundamentales.

La reinterpretación debe estar guiada de manera que el conjunto de expectativas de prestación (positiva) y no lesión (negativa) del interno se transformen en obligación de prestación y no lesión a cargo del Estado, conforme al correspondiente deber jurídico que se le asigna desde el nivel constitucional. Este postulado, involucra directamente a la agencia judicial como órgano responsable de ejercer el control de constitucionalidad, en el caso ejecutiva, de las acciones u omisiones estatales que impliquen un menoscabo a los derechos fundamentales de los internos(42). Esto nos permitiría reformular la facticidad de la relación de sujeción especial(43) - que ha servido para racionalizar la dominación del interno al poder estatal - invirtiendo la dialéctica de tal sujeción no ya al estado, sino a la garantización de los derechos fundamentales(44).

Pero teniendo en cuenta que la praxis carcelaria evidencia que el ideal resocializador opera como rector del orden penitenciario, sistematizando la dominación ejercida desde el estado hacia el interno, debemos preguntarnos lo siguiente: ¿no es el mandato judicial el que determina como factor legitimante que entre la administración y el interno exista una relación de especial

sujeción?. La respuesta no puede esconder su afirmación: la agencia judicial como un operador más de control social, no solo actúa como un instrumento que equilibrara el sistema sino que como última herramienta de legitimación (decisión judicial y control constitucional) protege y reproduce estrategias custodiales de exclusión.

VIII.

Resulta característico que los segmentos del sistema penal en los que la violencia alcanza límites máximos - es decir en los que la intervención punitiva es más manifiesta- se evidencie una mayor escasez en materia de protección de garantías(45). Es decir, entre el respeto por las garantías y la violencia del poder punitivo existe una relación inversa.

La correcta garantización de los derechos fundamentales en la etapa ejecutiva, requiere el respeto por la estricta jurisdiccionalidad (art.3 y 4 ley 24.660). Sin perjuicio de que toda modificación cualitativa de la pena, implique previamente una decisión en sede judicial, - con respeto de los principios de contradicción, tercero imparcial, etc. - lo cierto es que tal modificación debe sustentarse sobre un concepto de verdad. En tal sentido el dictamen elaborado por el consejo da cuenta de una construcción de verdad. Pero lo cierto es que se trata de un modo de verdad unilateral(46), que edifica un proceso de tipo inquisitivo(47) en el que las decisiones provienen desde lo alto, pues la resolución la toma un cuerpo de notables(48) (¿?) cuya decisión, por su opacidad, es poco menos que impenetrable y, desde ya, inapelable. Tal modelo de construcción de verdad, no es el fruto de una dinámica basada en la contradicción de intereses (negación al principio de bilateralidad), ni tiene como finalidad sentar un juicio de conocimiento sobre hipótesis ontológicamente verificables(49), sino solamente mantener el gerenciamiento de lo carcelario.

Esto implica que la verdad proviene de una estructura de poder que recorta la jurisdiccionalidad, pues la agencia judicial ha delegado de modo previo su poder de decisión al orden penitenciario(50).

De tal manera, se abre paso a que la decisión judicial sobre la determinación de la pena en esta etapa, no sea jurisdiccionalmente refutable (imposibilidad de ejercer el derecho de defensa) en virtud de haber adquirido previamente una naturaleza administrativa(51), por tanto, no jurídica. El presupuesto de aplicación de la pena, requiere la correspondencia entre el principio de estricta

legalidad y el de estricta jurisdiccionalidad(52). De tal modo, la verdad cumple una función de garantía procesal que exige que el presupuesto hipotético de variabilidad de la pena se adecue al presupuesto de su determinación legal previa. Por la importancia que el lenguaje tiene en materia penal(53), vemos que el adecuado respeto por el principio de legalidad exige que el conjunto de la semántica legislativa exprese una descripción clara y precisa de las situaciones fácticas que presupuestan la ejecución de la pena(54). Esto excluye ab initio toda convención penal que involucre juicios de valor, pues todo signo valorativo es indeterminado e indeterminable(55). Es la dogmática de la ley 24.660, que al operativizar el tratamiento condiciona la progresividad a criterios de pronósticos futuros de evolución del interno, y por lo tanto, edifica un proceso penal de autor, que produce el desvanecimiento de cualquier control probatorio realizador de las formas del contradictorio, defensa en juicio y tercero imparcial. En última instancia, produce el desvanecimiento del debido proceso legal como macroestructura de garantías constitucionales(56), impuestas como condición necesaria para que el proceso penal permita arribar - conforme nuestro modelo constitucional - a un acto jurisdiccional dotado de validez jurídica(57).

Desde la óptica de estas fallas de verificación fáctica y jurídica no puede hablarse de estricta jurisdiccionalidad ya que la decisión judicial no se funda en motivaciones cognitivas. Por lo tanto ninguna caracterización semántica es posible - sino sólo pragmática- ante la falta de un sistema coherente y plural de datos empíricos; es decir, no hay jurisdicción sino sólo dictum(58). Ante la crisis de correspondencia descripta - fruto de la fusión tratamiento- progresividad - vemos a la ejecución de la pena como un proceso disolutorio e inoperante de las garantías procesales y del respeto de la verdad objetiva. Esta imposibilidad de verificación genera que el derecho de defensa en juicio pierda su efectividad como garantía del justiciable, pues la inverificabilidad de los presupuestos que operan los cambios cualitativos de la ejecución, elimina su potencialidad como arma procesal de refutación.

Así, se abre paso al decisionismo judicial como negación de cognocitivismo procesal, lo que limita -por no decir imposibilita- la efectividad de la garantía de motivación razonada como presupuesto de validez jurídica del acto resolutorio(59).

De la sistemática de la ley, no puede predicarse que garantice la refutabilidad de los presupuestos determinantes de la pena, con lo cual el centro de la discusión no puede girar alrededor de si más

o menos herramientas procesales; pues la institucionalización de las mismas a lo sumo permitirían al interno - vgr. supuesto que se le corriera vista previa del informe- recurrir a la argumentabilidad, pero nunca a la refutación concreta de tales presupuestos, pues estos son valorativos e inverificables(60). Si la ley no respeta el binomino verificable-verificación(61), no puede hablarse de respeto del sistema de garantías. La clave del debate debe re-centrarse sobre el presupuesto de política criminal que articula la dogmática de la ley, y sólo una vez resuelta esta discusión, será operativa y efectiva la discusión sobre los institutos procesales.

IX.

Sin perjuicio de ello, es una necesidad ineludible que la agencia judicial recupere el poder delegado en la administración penitenciaria -pues es lo único que esta agencia puede hacer- delimitando un discurso acotador sobre la base de asumir la operatividad penitenciaria dentro de un campo de características objetivas. Esto implica, confirmar el principio de progresividad del régimen como de excepcional retroceso a fin de adecuar los postulados internacionales a la práctica social(62), conforme la aplicabilidad de constitucionalismo pleno. Es decir, siendo el interno portador de derechos subjetivos (art.2) el estado en su carácter de garante primario de los mismos (deber jurídico) debe cumplir con sus obligaciones, correlativas a las expectativas positivas y negativas de los internos. Ello implica, no tener en cuenta la adaptabilidad(63) del interno al régimen penitenciario sino adecuar la ejecución de la pena a las reales condiciones estructurales del sistema carcelario (lugar de alojamiento del interno, posibilidades de realización de tareas laborales, satisfacción de atenciones médicas etc..) siendo éste criterio de proporcionalidad un principio de central importancia - pues reintroduce el límite óptico- para la determinación de la pena.

Así, las garantías procesales y penales deberán operar dentro de la propia función secante del discurso jurídico como "rescate" del control judicial, generándose un ámbito de sanción e invalidez ante el no reconocimiento de las normas y garantías primarias(64). Conforme lo dicho, el sistema de derechos fundamentales operaría como fuente de invalidación y deslegitimación estatal ante su incumplimiento.

.....

Bibliografía consultada:

Baratta Alessandro, Criminología crítica y crítica al derecho penal, ed. S.XXI, 1986; Resocialización o control social. Por un concepto crítico de la reintegración social del condenado, en Rev. No Hay Derecho, n° 3, Buenos Aires; Bauman, Zygmunt, La globalización. Consecuencias Humanas, ed. Fondo de Cultura, Buenos Aires, 1999; Binder, Alberto, Introducción al derecho procesal penal, ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1999; El incumplimiento de las formas procesales, ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2000; Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal, ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2000; Buján, Javier, La cárcel argentina. Una perspectiva crítica. ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1999; Cesano, José Daniel, Los objetivos constitucionales de la ejecución penitenciaria, ed. Alveroni, Córdoba, 1997; Panorama normativo del Derecho Penitenciario Argentino, versión digital cesano@ciudad.com.ar; De la Rúa, Fernando, La casación penal, ed. Depalma, Bs. As. 2000; Ferrajoli, Luigi, Derecho y Razón, ed. Trotta. Madrid, 1995; Derechos y garantías - La ley del más débil, ed. Trotta, Madrid, 1999; ; Garantías, en Rev. Garantías N° 2, Año 4, Publicaciones CEDEP, 2000; Foucault, Michel, Vigilar y castigar - Nacimiento de la prisión, ed. S.XXI, Buenos Aires, 1979, La vida de los hombres infames, ed Altamira, Buenos Aires, 1996; La verdad y las formas jurídicas, en Estrategias de poder - Obras esenciales Vol. II, ed. Paidós, 1999, Buenos Aires; La evolución del concepto de individuo peligroso en la psiquiatría legal del S.XIX, en Estética, ética y hermenéutica - Obras Esenciales Vol. III, ed. Piados, Barcelona, 1999; Garcia Mendez, Emilio, De los derechos y de la infancia, Del Puerto, Buenos Aires, 1998;Gavier, Ernesto, La motivación de las sentencias en Revista Comercio y Justicia, 15/10/61; Georg Rusche- Otto Kirchheimer, Pena y estructura social, Ed. Temis. Bogotá; Hassemer, Winfred, Crítica al derecho penal hoy, ed. Universidad Externado de Colombia,1998, Bogotá; Maier, Julio.B.J., Derecho procesal penal - Fundamentos, Del Puerto, 1999; Manzanos Bilbao, César, Reproducción de lo carcelario. El caso de las ideologías resocializadoras, en Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales, ed. J.M. Bosch, Barcelona; Mapelli Caffarena, Borja Ejecución y proceso penal en Jornadas sobre sistemas penitenciarios y derechos humanos, Del Puerto, Buenos Aires, 1994; Martinez Larburu, Pablo María, El jurista criminológico en prisión: ¿clínico o burócrata?, en Eguzkilore -

Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología N° 11, Universidad del País Vasco, San Sebastián, Diciembre 1997; Melossi Dario, Teoría social y cambios en las representaciones del delito, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año VII, N° 13, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001; Muñoz Conde, Francisco, La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito, en A.A.V.V. Política criminal y reforma del derecho penal, ed. Temis, Bogotá, 1999; Nino, Carlos, Fundamentos de derecho constitucional, ed. Astrea, Buenos Aires; Pavarini, Massimo, La miseria del reformismo penitenciario, Introducción al libro de Beira-Salt, Los derechos ...; La negociabilidad de la pena. Entre la parsimonia y el despilfarro represivo, publicado en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal - Criminología n° 1, ed. Ad Hoc, 2002, Buenos Aires; Procuración Penitenciaria - Informe 2000-2001; Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de la O.N.U; Rivera Beiras, Iñaki, La construcción de unos derechos de segunda categoría (los derechos fundamentales de los reclusos en España), en NDP 1998/A, ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1998; Rivera Beiras, Iñaki - Salt, Marcos Gabriel, Los derechos fundamentales de los reclusos, Del Puerto, Buenos Aires, 1999; Salt, Marcos, La opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre registros corporales a las visitas de establecimientos carcelarios, en NDP 1997/A, Del Puerto, Buenos Aires.; Los derechos fundamentales de los reclusos, Del Puerto, Buenos Aires, 1999, Silva Sánchez, Jesús María, Política criminal y persona, ed. Ad. Hoc, Buenos Aires, 2000; Slokar, Alejandro, Forma-Estado Democrática y actuación penitenciaria - Poder y libertad en el ámbito penitenciario en Lecciones y Ensayos n° 66, UBA- Dpto. de Publicaciones, Buenos Aires, 1996, pp. 29 y ss.; Índice para una progresión garantista y reductora de la praxis carcelaria, en Rev. Defensa Pública n° 3, publicaciones CEDEP (Centro de Estudios Para la Defensa Penal); Wacquant Loï c, Las cárceles de la miseria, Ed. Manantial 2000; Zaffaroni - Alagia - Slokar, Derecho Penal. Parte General, Ediar, Buenos Aires, 2000.

.....

Notas.

§ Por Pedro Biscay y Pablo Vacani, estudiantes de derecho de la Universidad de Buenos Aires. Ponencia presentada en el X Congreso Nacional de Derecho Penal y Criminología, 5 al 7 de septiembre de 2002, Universidad de Derecho, Buenos Aires, Argentina; y en el XIV Congreso

Latinoamericano, VI Iberoamericano y II Nacional de Derecho Penal y Criminología, 25 al 28 de septiembre de 2002, Valparaíso - Chile.

(1) Cabe destacar que la ley 24.660:2, introduce un ámbito de discrecionalidad en el sentido de incluir la posibilidad de restringir derechos fundamentales por vía reglamentaria. Esto es de importancia en la materia, en la medida que da paso a la autoridad penitenciaria para modificar las condiciones cualitativas de la pena. Esto denota una continua tensión entre la consideración del interno como portador de derechos y garantías y la permanencia del "orden penitenciario". Resulta claro que el poder ejecutivo en ejercicio de sus facultades reglamentarias, no puede nunca -pues la Carta Magna se lo impide- restringir un derecho, pues esto importa alterar el contenido y los estándares de vigencia de derechos fundamentales, que sólo pueden ser restringidos por vía jurisdiccional y en función de criterios de legalidad estricta, proporcionalidad y razonabilidad. Véase Cesano José Daniel, Panorama normativo del Derecho Penitenciario Argentino, versión digital cesano@ciudad.com.ar; Pinto, Mónica, Temas de Derechos Humanos, ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 87 y ss; Salt, Marcos, La opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre registros corporales a las visitas de establecimientos carcelarios, en NDP 1997/A, Del Puerto, Buenos Aires.

(2) El concepto de derechos fundamentales "... tienen que ver con las relaciones entre los derechos y sus garantías. Los derechos fundamentales (...) consisten en expectativas negativas o positivas a las que corresponden obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión). Convengo en llamar garantías primarias a estas obligaciones y a estas prohibiciones, y garantías secundarias a las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, es decir las violaciones de sus garantías primarias. (...) Frente a la tesis de la confusión entre los derechos y sus garantías, que quiere decir negar la existencia de los primeros en ausencia de las segundas, sostendré la tesis de su distinción", cfr. Ferrajoli, Luigi, Derechos y garantías - La ley del más débil, ed. Trotta, Madrid, 1999, pp. 43

(3) Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de la O.N.U, disponen que el sistema penitenciario no debe agravar el sufrimiento inherente a la privación de libertad (R.57); asimismo exigen que en la ejecución de la pena se reduzcan al mínimo las diferencias entre la vida dentro de la prisión y la vida en libertad (R. 60).

- (4) Cfr. Rivera Beiras, Iñaki - Salt, Marcos Gabriel, Los derechos fundamentales de los reclusos, Del Puerto, Buenos Aires, 1999, pp.179
- (5) Cfr. Melossi Dario, Teoría social y cambios en las representaciones del delito, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año VII, N° 13, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 115-147
- (6) Cfr George Rusche- Otto Kirchheimer, Pena y estructura social, Ed. Temis. Bogotá.
- (7) Cfr. Bauman, Zygmunt, La globalización. Consecuencias Humanas, Ed. Fondo de Cultura, Buenos Aires, 1999 , pp. 145.; en igual sentido Wacquant Loïc, Las cárceles de la miseria, Ed. Manantial.
- (8) Cfr. Cesano, José Daniel, Los objetivos constitucionales de la ejecución penitenciaria, ed. Alveroni, Córdoba, 1997. Sobre el concepto de resocialización mínima véase Muñoz Conde, Francisco. La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito, en A.A.V.V. Política criminal y reforma del derecho penal, ed. Temis, Bogotá, 1999.
- (9) Cfr. Zaffaroni - Alagia - Slokar, Derecho Penal. Parte General, Ediar, Buenos Aires, 2000, pp. 891 y ss
- (10) Cfr. Baratta Alessandro, Resocialización o control social. Por un concepto crítico de la reintegración social del condenado, en Rev. No Hay Derecho, n° 3, Buenos Aires, pp.77
- (11) La ejecución de la pena como instancia del proceso penal no se contradice en su actuación con el resto del sistema penal, esto es no pierde su funcionalidad como proceso de criminalización secundaria reproduciendo su actuación conforme a postulados positivistas. A ello no es ajeno su actividad opaca y hermética, pues en las distintas fases que componen el sistema penal las garantías penales no gravitan con la misma presión en cada fase, es característico de las agencias policiales y penitenciarias el desarrollo en un ámbito de mayor discrecionalidad que de la agencia judicial, pues al operar en los extremos máximos de tensión del control social, su actividad está gobernada prioritariamente por principios políticos.
- (12) Cfr. Buján - Ferrando, La cárcel argentina. Una perspectiva crítica. Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1999, pp. 43
- (13) Zaffaroni, op. cit. pp. 369.
- (14) Desde aquí puede explicarse la inconsistencia e imprecisión del ideal resocializador, que puede ser utilizado tanto para fines preventivo especiales positivos como negativos. El ejemplo

más claro en nuestro contexto normativo lo encontramos en el antagonismo entre la ley de ejecución de la Provincia de Buenos Aires (ley 12.256) y su contrarreforma (ley 12.543) que niega palmariamente el fin resocializador en tanto parte de una decisión política criminal contrapuesta.

(15) Zaffaroni, op. cit., pp. 370.

(16) Cfr. Wacquant Loïc, Las cárceles de la miseria, ed. Manantial, Buenos Aires, 2000.

(17) Buján - Ferrando, op. cit., pp. 43

(18) La ley 24.660 dispone que el tratamiento es voluntario, excepto lo referido a convivencia, trabajo y disciplina, la amplitud de los términos abarca prácticamente la totalidad de la vida carcelaria.

(19) Cfr. Manzanos Bilbao, César, Reproducción de lo carcelario. El caso de las ideologías resocializadoras, en Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales, ed. J.M. Bosch, Barcelona, pp. 124 y ss.

(20) Esto puede operarse de diversos modos, siendo el más común de ellos la imposibilidad de avanzar en la progresividad del régimen como consecuencia de evidenciarse un deficiente desarrollo en su proceso de adaptación, o no alcanzar los puntajes exigidos en materia de conducta y concepto.

(21) Posterior al juicio de conocimiento en el que se determina la imputación de hechos verificados, y la culpabilidad del autor por la comisión del injusto penal.

(22) Cfr. Pavarini, Massimo, La miseria del reformismo penitenciario, Introducción al libro de Beira-Salt, Los derechos ..., pp. 4 .

(23) La centralidad de esta estrategia de dominación se basa en la posibilidad que tiene la administración penitenciaria de controlar y definir la indeterminación del tiempo existencial dentro de la cota máxima impuesta por la sentencia. El objetivo final buscado no es -como podría pensarse en clave conspirativa- generar aflicción y deterioro en la vida de los internos, pues los niveles de violencia ejercidos por el status quo carcelario son también deteriorizantes para el personal penitenciario. Por el contrario, lo único que se busca desde la agencia penitenciaria es mantener el equilibrio regimental propio del sistema penitenciario.

(24) "...La distinción entre pena justa y pena útil pertenece a una suerte de lenguaje paradigmático a fin de poner orden sobre una antigua cuestión. La distinción / contraposición (...)

se ha manifestado convincente (...) desde la sociedad de los juristas y de los científicos de la legislación penal. En los orígenes del derecho penal moderno, la pena útil indicaba aquella en abstracto y, por lo tanto, coincidía con el objeto del derecho penal que se legitimaba a los fines utilitarios de prevención; pena justa indicaba, por escrúpulos o preocupación por las garantías, la pena en concreto, resultante del momento commensurativo, precisamente donde la persona no puede ser nunca objeto de política criminal..."; Cfr. Pavarinni, Masimo La negociabilidad de la pena. Entre la parsimonia y el despilfarro represivo, publicado en Cuadernos de Criminología n° 1, ed. Ad Hoc, 2002, Buenos Aires, pp. 23

(25) Cfr. idem pp. 24 y ss.

(26) Para un análisis de las razones políticas que implicaron que desde el control social las psiquiatras patologizaran el derecho penal y, en consecuencia dominaran un espacio importante de poder y disciplina sobre el cuerpo social, téngase en cuenta el avance de las problemáticas urbanas propias de la modernidad industrial y el consiguiente peligro colectivo generado para la clase dominante, véase el trabajo de Foucault, Michel, La evolución del concepto de individuo peligroso en la psiquiatría legal del S.XIX, en Estética, ética y hermenéutica - Obras Esenciales Vol. III, ed. Piados, Barcelona, 1999, pp. 37 y ss.

(27) Los informes elaborados por el Consejo Correccional hacen referencia - en forma permanente- a los defectos en la socialización primaria de los internos, como admisibilidad de avance en el régimen progresivo. Este discurso acentúa el carácter selectivo del sistema penal abstracto, así se estudian los prejuicios y los estereotipos que guían su acción de gobierno dentro de la cárcel (input) y demuestran (output) que llevan a encontrar la verdadera criminalidad donde es normal esperarla. Se percibe un proceso en espiral que comienza en los primeros años, cuando opera el control social a nivel escolar; allí las prácticas del examen y las calificaciones generar todo un mecanismo de clasificación y selección discriminante entre buenos y malos escolares. Esto genera una asignación de roles en virtud de la cual a los malos escolares, poco a poco, dejará de corresponderle la institución escolar, pues esta será sustituida por el instituto de menores. Así, se construyen desde la reacción social los primeros pasos del proceso de selectivización y criminalización secundaria que a la mayoría de edad repercutirá en el ingreso al sistema carcelario. El informe criminológico al hacer referencia a los defectos de socialización

primaria cierra el ciclo descrito. Sobre el punto véase Baratta Alessandro op. cit. 179 y ss.; Garcia Mendez, Emilio, De los derechos y de la infancia, Del Puerto, Buenos Aires, 1998, pp. 97 (28) Expresa Foucault "...la prisión no corrige, atrae incesantemente a los mismos, produce poco a poco una población marginalizada que es utilizada para presionar sobre las irregularidades o ilegalismos que no se deben tolerar (...) la prisión presenta la ventaja de producir la delincuencia, es un instrumento de control y de presión sobre los ilegalismos ...", Cfr. Foucault Michel, La vida de los hombres infames, ed Altamira, Buenos Aires, 1996, pp. 50.

(29) El dec. 396/99 estructura el periodo de tratamiento en tres fases: a. socialización; b. consolidación y c. confianza. Es necesario señalar que conforme el art. 15 del RMB se define el objetivo de la fase de socialización consistente "...en la aplicación intensiva de técnicas individuales y grupales tendientes a consolidar y promover los factores positivos de la personalidad del interno y a modificar o disminuir sus aspectos disvaliosos". De tal forma resulta evidente la confusión existente entre tratamiento y régimen. Véase Salt, Marcos, op. cit. pp. 238 y ss. La incidencia que la fase señalada tiene sobre el cumplimiento de la condena, puede evaluarse a la luz comparativa del siguiente relevamiento efectuado por la Procuración Penitenciaria en la U.2; en el que se expresa que de los 568 condenados (al momento del informe 2000-2001) ... 54 se encuentran en el período de observación, 395 se encuentran en socialización, 49 en consolidación, 50 en confianza y 19 se hallan en el Período de Prueba, siendo que a tres de estos últimos les han otorgado judicialmente salidas transitorias y a uno semilibertad..." Adviértase la palmaria diferencia cuantitativa entre condenados que se encuentran en la fase de tratamiento y los escasos casos que se encuentran en periodo de prueba. Cfr. Procuración Penitenciaria - Informe 2000-2001.

(30) Cfr. art.17. IV . En igual sentido, el Régimen de Modalidades Básicas, establece los requisitos que deben cumplirse para acceder al período de prueba, lo cual supone avanzar en la progresividad del régimen. Si bien fija requisitos de cumplimiento objetivo - y por tanto de verificación empírica- como por ejemplo no tener causa abierta, haber cumplido un tiempo de condena en encierro, contar con evaluación de conducta, también se exige contar con dictamen favorable del Consejo Correccional y del Director del Establecimiento. Este último requisito, cuya demostración es harto dificultosa, abre la posibilidad de manejos arbitrarios y

discrecionales por parte de las autoridades penitenciarias. El tema no es menor en la medida que acceder al período de prueba supone un cambio sustancial en la modalidad de cumplimiento de la pena, pues tal período al estar fundado en el principio de autodisciplina importa una considerable disminución de la coerción.

(31) La jurisprudencia de los tribunales de ejecución ha interpretado mayoritariamente que el cumplimiento de los requisitos del art. 17, no es suficiente para la obtención de las salidas transitorios o el acceso al régimen de semilibertad. Según esta postura, el art. 17 debe interpretarse conjuntamente con el art. 15, lo cual implica además de cumplir con los requisitos del art. 17, estar incorporado al período de prueba. Pues es evidente que dicha interpretación es inconstitucional, pues viola el principio de legalidad ya que agrega un requisito (necesidad de que el interno deba haber avanzado hasta el periodo de prueba).

(32) El art. 94 del Dec. 396/99 establece que son funciones del Consejo Correccional: a) Calificar trimestralmente la conducta y el concepto del interno, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 58 y 64; b) Proponer al Director del establecimiento el avance o retroceso del interno en la progresividad del régimen penitenciario; c) Dictaminar en los casos de: 1) Salidas Transitorias; 2) Régimen de Semilibertad; 3) Libertad Condicional; 4) Libertad Asistida; 5) Permanencia en instituciones o secciones especiales para jóvenes adultos, de internos que hayan cumplido Veintiún (21) años; 6) Ejecución de las sanciones disciplinarias de cambio de sección o traslado a otro establecimiento; 7) Otorgamiento de recompensas; 8) Traslado a otro establecimiento; 9) Pedidos de indulto o de conmutación de pena, cuando le sea solicitado, d) Determinar en cada caso y con la anticipación suficiente la fecha concreta en que debe iniciarse el Programa de Prelibertad de cada interno; e) Considerar las cuestiones que el Director presente para su examen en sesiones extraordinarias.

(33) Sobre el contenido del informe técnico-criminológico en el ámbito penitenciario véase Martínez Larburu, Pablo María, El jurista criminológico en prisión: ¿clínico o burócrata?, en Eguzkilore - Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología Nº 11, Universidad del País Vasco, San Sebastián, Diciembre 1997, pp. 115 y ss.

(34) Cfr. Foucault, Michel La evolución ... op. cit., pp. 37 y ss.

(35) Pavarini, Massimo, La miseria del reformismo penitenciario, introducción al libro de Rivera Beiras - Salt, Derechos fundamentales de los reclusos, op. cit. pp. 7

(36) Cfr. Silva Sánchez, Jesús María, Política criminal y persona, ed. Ad. Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 87 y ss.

(37) Cfr. Binder, Alberto, Introducción al derecho procesal penal, ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1999.

(38) La ley 24660, como protectora de seguridad jurídica, debe regular específicamente de que manera va a desarrollarse la ejecución de la pena conforme a sus características cualitativas. Por lo cual todo cambio cualitativo de la pena debe estar sujeto a regulación legal. De tal forma, si el resultado de las clasificaciones impuestas no permite el avance en la progresividad, lo que hace a un cambio cualitativo de la pena, deviene su inconstitucionalidad por violación al principio de legalidad ejecutiva. La falta de legalidad como consecuencia del poder de disposición y decisión dejada librada a la administración (producto de la cultura jurídica burocratizada bajo el signo de una eficiencia automatizada) es producto no solo de inseguridad jurídica, sino de una doble punición: por un lado legal, que a través de la sentencia determina el tiempo lineal de la pena, y por otro administrativa que a través de las clasificaciones impuestas por el Servicio Penitenciario condiciona el tiempo existencial de la pena.

(39) Tal postulado no es de imposible realización, pues sólo requiere que la agencia penitenciaria preste atención a los datos y avances científicos operados por el saber sociológico.

(40) Para un panorama actualizado, véase Procuración Penitenciaria Informe 2000-20001.

(41) Esto permitiría impedir racionalizar en forma tecnocrática los cambios cualitativos de la pena. Lo que a nivel judicial facilita el ejercicio decisionista del discurso.

(42) La última parte del art. 18 CN, establece que "... toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice".

(43) Sobre el origen del concepto, contenido dogmático y actual aplicación de la doctrina de la Relación de Sujeción Especial, véase Rivera Beiras Iñaki, La construcción de unos derechos de segunda categoría (los derechos fundamentales de los reclusos en España), en NDP 1998/A, ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1998.

(44) Cfr. Slokar, Alejandro Forma-Estado Democrática y actuación penitenciaria - Poder y libertad en el ámbito penitenciario en Lecciones y Ensayos n° 66, UBA- Dpto. de Publicaciones, Buenos Aires, 1996, pp. 29 y ss. De modo que tal ideal "lejos de una burda expresión paternalista o autoritaria, implique en su contenido la mayor oferta estatal a favor del preso para mitigar la

situación originaria de desventaja social y revertir la desventaja que supone la institucionalización". Véase Cfr. Slokar, Alejandro, Índice para una progresión garantista y reductora de la praxis carcelaria, en Rev. Defensa Pública n° 3, publicaciones CEDEP (Centro de Estudios Para la Defensa Penal)

(45) Cfr. Mapelli Caffarena, Borja Ejecución y proceso penal en Jornadas sobre sistemas penitenciarios y derechos humanos, Del Puerto, Buenos Aires, 1994, pp. 58

(46) Cfr. Binder, Alberto, El incumplimiento de las formas procesales, ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 70,

(47) Cfr. Maier, Julio.B.J., Derecho procesal penal - Fundamentos, Del Puerto, 1999, pp. 446 y ss.

(48) Con las siguientes palabras, se refiere Foucault al modelo de investigación de la encuesta: "... el poder, para determinar la verdad, se dirige a los notables, a personas consideradas capaces de saber (...) consulta a los notables sin forzarlos a decir la verdad sino sólo planteando cuestiones. Se les pide que se reúnan libremente y que formulen un dictamen colectivo. Se les deja decir colectivamente lo que consideran que es la verdad ..."; Cfr. Foucault, Michel, La verdad y las formas jurídicas, en Estrategias de poder - Obras esenciales Vol. II, ed. Paidós, 1999, Buenos Aires, pp. 215.

(49) Cfr. Maier, Julio B.J., op. cit. pp. 841 y ss.

(50) Cfr. Foucault, Michel, Vigilar y castigar - Nacimiento de la prisión, ed. S.XXI, Buenos Aires, 1976, . pp.29

(51) Cfr. Ferrajoli, Luigi, Derecho y Razón, ed Trotta.,1995, p.408: "Por más dotados de humanidad y de sabiduría que puedan estar los jueces de vigilancia penitenciaria, es el objeto y la naturaleza de sus decisiones lo que hace que su función no sea jurisdiccional sino administrativa. La autoridad que dispensa o que niega un beneficio penal, no comprueba hechos en régimen de contradicción y publicidad, sino valora y juzga directamente la interioridad de las personas".

(52) idem

(53) Cfr. Hassemer, Winfred, Crítica al derecho penal hoy, ed. Universidad Externado de Colombia,1998, Bogotá, pp. 13 y ss.

(54) Un discurso judicial (principio de jurisdiccionalidad) resulta ser verificable (en función del carácter de refutabilidad como presupuesto del derecho de defensa) si y solo sí, los términos empleados en la decisión judicial están presupuestos legalmente de extensión determinada. Lo cual es imposible que existe intención objetiva (principio de estricta racionalidad penal) si su extensión es indeterminable dado que no se connotan características objetivas sino valorativas. Sobre el modelo de cognocitivismo procesal véase Ferrajoli, Luigi, Derecho y Razón.

(55) Cfr. Ferrajoli, Luigi, Derecho y ..., op. cit. pp. 35

(56) Cfr. Binder, Alberto, EL incumplimiento ... op. cit., pp. 73

(57) Cfr. Maier, Julio, op. cit., pp. 490

(58) "...entonces la verdad ya no va a ser una construcción del diálogo, del debate, de la discusión entre las partes, sino que es un proceso interior, casi moral, del descubrimiento de la verdad, que finalmente no va a ser el resultado de un debate, sino una especie de afirmación de verdad con muchas connotaciones morales que hace una sola persona ..."; Cfr. Binder, Alberto, Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal, ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 162

(59) Clariá Olmedo define la motivación como el "conjunto de razonamientos, tanto en el aspecto fáctico como en el jurídico, en los cuales el tribunal apoya las conclusiones que han de ser el basamento del dispositivo" (citado por De la Rúa, Fernando, La casación penal, ed. Depalma, Bs. As. 2000, pp. 105 y ss., nota nº 216.) Dicha obligación, no es sino el correlato verdadero de la garantía de control ciudadano sobre las decisiones judiciales, a fin de evitar pronunciamientos arbitrarios de los jueces, quienes no pueden tomar ninguna decisión por impresiones subjetivas, sino que están "obligados a enunciar las pruebas que dan base a su juicio y valorarlas racionalmente"(Gavier, Ernesto, La motivación de las sentencias en Revista Comercio y Justicia, 15/10/61).En este orden de ideas, la C.S.J.N. ha declarado que "la exigencia de que los fallos judiciales tengan fundamentos serios reconoce raíz constitucional"(C.S.J.N., 240:160; 247:263) y que "la sentencia que aparece destituida de fundamentos legales, viola la garantía constitucional de la defensa en juicio" (C.S.J.N., 243:100) Por tanto, la motivación no sólo es un requisito formal al que debe ajustarse toda sentencia, sino que su contenido valorativo, crítico y lógico supone el respeto de garantías constitucionales de defensa en juicio, debido proceso en aras de garantizar una protección judicial efectiva. La falta de motivación, abre la posibilidad impugnativa y, como tal, aparece reconocida por el art. 25 de la CADH, que consagra

al acceso a la protección judicial efectiva, como derecho al recurso aún cuando la violación alegada "sea cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales". La Comisión Interamericana, ha expresado que "el derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el art. 25 no se agota en el libre acceso y desarrollo del recurso judicial. Es necesario que el órgano interviniente produzca una conclusión razonada sobre los méritos del reclamo, que establezca la procedencia o improcedencia de la pretensión jurídica que, precisamente, da origen al recurso judicial. Es más, esa decisión final es el fundamento y el objeto final del derecho al recurso judicial reconocido por la Convención Americana en el art. 25..." (CIDH, Informe 30/97, caso 10.087: Argentina, 30/09/97, L.L. 1998 - E - 260).

(60) En estos casos la argumentación como técnica de defensa, estaría siempre referida a discusiones sobre caracteres subjetivos. Hablamos de argumentación en contraposición a refutación, pues mientras este último implica la posibilidad de "decir" la verdad o falsedad del objeto cognoscitivo previsto, el primero se acota a juicios de valorativos, por tanto relativos.

(61) Cfr. Binder, ALberto, El incumplimiento ..., op. cit., pp. 71

(62) "... El diseño institucional apto para consolidar la vigencia del constitucionalismo, la articulación de los principios morales que hacen valioso tal constitucionalismo y la determinación de los alcances de la constitución vigente una vez demostrada su relevancia para el razonamiento práctico, convergen en una sola tarea: la de adaptar las prácticas constitucionales vigentes de modo de aproximarlas a desiderata que hacen tanto a su legitimidad subjetiva cuanto a su legitimidad objetiva, o sea a la satisfacción de exigencias valorativas que justifican moralmente tales prácticas", Nino, Carlos, Fundamentos de derecho constitucional, ed. Astrea, Buenos Aires, p.10

(63) Cfr. Manzanos Bilbao, César, op. cit. pp. 124 y ss.

(64) Cfr. Ferrajoli, Luigi, Garantías, en Rev. Garantías N° 2, Año 4, Publicaciones CEDEP, 2000, pp. 8; véase del mismo autor Derechos y garantías ...op. cit, pp. 59 y ss.