



REVISTA LEGEM
ISSN Online 2346-2787

**¿Readaptación social del condenado por medio del encierro carcelario?
-Un análisis desde el Derecho argentino-**

¿Social rehabilitation of convicted persons through imprisonment?
-An analysis from Argentine Law-

Gustavo A. Arocena
Universidad Nacional de Córdoba
gustavo.alberto.arocena@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-3695-1233>

DOI: <https://doi.org/10.15648/legem.1.2023.3729>



Como citar: A. Arocena, G. (2023). ¿Readaptación social del condenado por medio del encierro carcelario? -Un análisis desde el Derecho argentino-. *Legem*, 9(1), 23-46. <https://doi.org/10.15648/legem.1.2023.3729>

RESUMEN

En el presente artículo, el autor analiza la adecuada reinserción social del recluso como finalidad de la ejecución de la pena privativa de la libertad. Con ese propósito, el jurista identifica los diferentes modelos de readaptación social (“readaptación para la moralidad” y “readaptación para la legalidad”), con sus virtudes y críticas. Por último, Arocena examina los condicionamientos que impone un arquetipo de Estado social y democrático de Derecho, a la hora de adherir a uno u otro de esos modelos, y finalmente expone sus razones a favor de un paradigma de readaptación social mínimo.

PALABRAS CLAVE: pena privativa de la libertad, reinserción social del condenado, castigo penal en un Estado social y democrático de Derecho.

ABSTRACT

In this article, the author analyzes the adequate social reintegration of the prisoner as the purpose of the execution of the custodial sentence. To this end, the jurist identifies the different models of social readaptation (“readaptation for morality” and “readaptation for legality”), with their virtues and criticisms. Finally, Arocena examines the conditions imposed by a social and democratic rule of law, when adhering to one or the other of these models, and finally exposes his reasons for a paradigm of minimal social readaptation.

KEYWORDS: penalty of deprivation of liberty, social reintegration of the convicted person, criminal punishment in a social and democratic rule of law.

I. Prolegómenos

1. El Derecho penal constituye un mecanismo de control social que persigue sus fines por medio del instrumento más drástico con el que cuenta el Estado para garantizar la convivencia pacífica, a saber: la pena privativa de la libertad. De allí que el pensamiento penal liberal postule, como uno de los límites fundamentales del *ius puniendi*, el denominado “principio de subsidiariedad” del Derecho penal. Se trata de una directriz que deriva de la idea de Estado social, que sirve para legitimar la función de prevención que se atribuye a la potestad punitiva oficial en la medida en que sea necesaria para proteger a la sociedad.

Así, entre otras causas, el Derecho deja de ser necesario para resguardar a la sociedad cuando esto puede conseguirse por otros medios, que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales. Es una exigencia de economía social coherente con la lógica del Estado social, que debe buscar el mayor bien social con el menor costo social.

De lo anterior se sigue que la utilización del Derecho penal para resguardar a la sociedad ha de ser subsidiaria, en el sentido de constituir la *ultima ratio*, el último recurso a emplear a falta de otros menos lesivos. Para proteger a los intereses de la sociedad, el Estado debe agotar los medios menos lesivos que el Derecho penal, antes de acudir a este. El poder penal del Estado, por ello, debe constituir una herramienta subsidiaria, una *ultima ratio*. Deberá preferirse ante todo la utilización de medios desprovistos del carácter de sanción (p. ej., políticas sociales, económicas, sanitarias, educativas, etc.), a los que seguirán las sanciones no penales, ya sea de tipo civil (v. gr., reparación de daños, nulidad de actos jurídicos, etc.), o de índole administrativa (p. ej., multas, sanciones disciplinarias, etc.).

Pero a todo esto se añade un dato que debe ser especialmente destacado, y que, incluso, muestra acaso mayor relevancia que lo anterior a la hora de reflexionar acerca de la legitimidad de la injerencia punitiva del Estado. Nos referimos a la misma institución jurídica de la pena privativa de la libertad y la función declarada de los sistemas penitenciarios, según normas de Derecho de la más alta jerarquía de nuestro ordenamiento jurídico, que consagran la readaptación o reinserción social del condenado, como finalidad de la ejecución de la pena privativa de la libertad, en todas sus modalidades.

Como afirma, con acierto, Elbert, esta hipótesis resocializadora está –hace bastante tiempo– en crisis y es criticada mayoritariamente por la doctrina, bastando señalar el contrasentido esencial de “preparar para la vida social” a alguien que, justamente, está segregado y sometido a la convivencia forzosa en una institución total, o sea, aquella con caracteres absolutos que le impiden ejercer su autodeterminación (Elbert, 2004, p. 86).

De hecho, los expertos han comprobado los efectos psicológicos de la estancia en prisión –principalmente, cuando es prolongada–, los que incluyen el aumento del grado de dependencia de los sujetos encarcelados, debido al amplio control conductual a que se ven sometidos; la devaluación de la propia imagen y disminución de la autoestima; el aumento de los niveles de dogmatismo y autoritarismo de los presos, que se traduciría en su mayor adhesión a valores carcelarios; y el aumento en el nivel de ansiedad de los encarcelados, entre otras consecuencias (Pérez Fernández – Redondo Illescas, 1991, p. 2). Este conjunto de efectos del encierro carcelario ha sido identificado por Clemmer (1940) con el término “prisionización”, el que pretende designar la asimilación –por parte los internos– de hábitos, usos, costumbres y cultura de la prisión, así como también una disminución general del repertorio de conducta de aquéllos. Son, ciertamente, elementos manifiestamente antagónicos con los hábitos, usos y costumbres que rigen la vida social en libertad, o sea, se encuentran en las antípodas de las habilidades prosociales que allanarían el camino a la adecuada reinserción social del condenado.

Corresponde hacer otras menciones de investigaciones empíricas en la misma dirección.

En este sentido, es insoslayable traer a colación el famoso artículo de Robert Martinson, publicado en *The Public Interest* en 1974 bajo el título “What works? Questions and answers about prison reform”, donde el criminólogo norteamericano, apoyándose en resultados empíricos del modelo resocializador, se pronuncia en clave crítica respecto de la finalidad preventivo-especial positiva del encierro carcelario. Sobre la base de un metaanálisis de 231 estudios de evaluación de programas de tratamiento realizados entre 1945 y 1967, Martinson arriba a la siguiente conclusión: “Con unas pocas excepciones aisladas, los esfuerzos rehabilitadores de los que se tiene noticia no han tenido un efecto apreciable sobre la reincidencia” (Martinson, 1974, p. 25)¹.

Más acá en el tiempo y el territorio, podemos puntualizar que las estadísticas penitenciarias argentinas de 2021 –las más recientes de aquéllas que se encuentran disponibles– señalan que el 28% de las personas que se encuentran alojadas en las cárceles de nuestro país son reincidentes² (18%) o reiterantes³ (10%) –SNEEP, 2021, p. 58–⁴, por lo que podría afirmarse razonablemente que, respecto de este casi 30% de la población penitenciaria, la intervención estatal resocializadora ha fracasado. Y el dato muestra una constante: siguiendo una línea histórica registrada a lo largo de la serie estadística del Sistema Nacional de Estadística sobre Ejecución de la Pena (SNEEP), casi una tercera parte de las personas condenadas no eran primarias, es decir, se trataba de reiterantes o tenían declaración de reincidentes. Para ser más específicos, durante el período 2002–2019, los números parecen ser estables a lo largo de toda la serie. Hay un promedio de reincidencia (art. 50 Cód. Penal) que oscila en torno al 21% de los condenados y presenta una estabilidad entre los años 2002 y 2016, mientras que entre el 2017 y el 2019 se observa una tendencia a la baja, ubicándose este último año en 17% de los condenados. Hubo un aumento importante en la cantidad de condenados al interior de las cárceles. Sin embargo, dentro de ese universo hay una menor proporción de reincidentes, es decir, el fenómeno del aumento de los condenados en las cárceles está caracterizado por tratarse en su mayoría de personas sin condenas previas, situación que coinciden con los datos de condenas que luego veremos del Registro Nacional de Reincidencia. Tomando la reincidencia en sentido amplio, para este lapso 2002–2019, el promedio fue de 29%, con un límite inferior de 26% en 2018 y un límite

1 La traducción es nuestra. En el texto original se lee: “With few and isolated exceptions, the rehabilitative efforts that have been reported so far have had no appreciable effect on recidivism” (Martinson, 1974, p. 25). De cualquier manera, para hacer justicia al pensamiento cabal de este autor, debemos agregar que, cinco años después, en 1979, publicó en *Hofstra Law Review* otro artículo, intitulado “New Findings, New Views: A Note of Caution Regarding Sentencing Reform”, en el que reconsidera aquella conclusión. En efecto, en este último texto, Martinson sentencia: “...algunos programas son beneficiosos bajo ciertas condiciones... . Los tratamientos que son útiles deben ser cuidadosamente distinguidos y aumentados”. Una vez más, la traducción nos corresponde; el texto original expresa: “...some programs are beneficial under certain conditions... . Those treatments that are helpful must be carefully discerned and increased” (Martinson, 1979, p. 258). Sobre estos estudios de Martinson, v. Ortiz de Urbina Gimeno, 2006, p. 4 y 5, donde el jurista, analizando los motivos del declive del ideal resocializador en la historia del pensamiento sociológico y criminológico, añade: “La pérdida de confianza en el ideal resocializador en el sector de la población de donde mayoritariamente provienen quienes han de decidir sobre la política criminal y su ejecución contribuyó a que estos últimos fueran más vulnerables que en otras épocas a las presiones provenientes tanto de la mayoría del electorado como de sectores conservadores ideológicamente opuestos a tal ideal” (Ortiz de Urbina Gimeno, 2006, p. 5).

2 Por “reincidentes” deben entenderse aquellos internos en cuyo testimonio de sentencia obre declaración de reincidencia a tenor de las disposiciones del art. 50 del Cód. Penal argentino, que prescribe: “Habrá reincidencia siempre que quien hubiera cumplido, total o parcialmente, pena privativa de libertad impuesta por un tribunal del país cometiere un nuevo delito punible también con esa clase de pena. “La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta para la reincidencia si ha sido pronunciada por razón de un delito que pueda, según la ley argentina, dar lugar a extradición. “No dará lugar a reincidencia la pena cumplida por delitos políticos, los previstos exclusivamente en el Código de Justicia Militar, los amnistiados o los cometidos por menores de dieciocho años de edad. La pena sufrida no se tendrá en cuenta a los efectos de la reincidencia cuando desde su cumplimiento hubiera transcurrido un término igual a aquél por la que fuera impuesta, que nunca excederá de diez ni será inferior a cinco años”.

3 La noción de “reiterantes” es un concepto criminológico que designa aquellos internos que han cometido varios hechos, pero que no han sido declarados reincidentes.

4 SNEEP 2021, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Dirección Nacional de Política Criminal en materia de Justicia y Legislación Penal, disponible en World Wide Web: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2022/10/informe_sneep_argentina_2021_2.pdf (accedido el 7 de diciembre de 2022).

superior de 33% en 2009. En términos aproximados, uno de cada tres detenidos condenados es reincidente en sentido amplio (comprendiendo a los reincidentes *stricto sensu* y los reiterantes), y si bien hay una leve tendencia a la baja a partir del año 2008, los números no han variado sustancialmente entre los extremos del período.

Finalmente, también podemos acudir a las estadísticas del Registro Nacional de Reincidencia (RNR) de la República Argentina, que es un organismo dependiente de la Subsecretaría de Coordinación y Control de Gestión Registral y la Secretaría de Asuntos Registrales del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Tiene como misión centralizar la información referida a los procesos penales sustanciados en cualquier jurisdicción del país, conforme el régimen que regula la ley argentina 22.117, entre los que se incluye información sobre sentencias condenatorias, procesamientos, dictados de prisión preventiva y suspensión del juicio a prueba, entre otros. De la información que se extrae de este organismo, surge que, entre el año 2002 y el 2011, la tasa de reincidencia (*stricto sensu*) general en Argentina se ubicó en forma estable alrededor del 25% de las condenas. Entre el 2012 y el 2015 aumenta al 30%, y luego, entre 2016 y 2018, atraviesa una caída abrupta, llegando a representar solo el 11% de las condenas totales en 2018, para luego ubicarse en 17% en 2019⁵. De forma muy genérica, podemos aseverar que, en el lapso 2002–2019, la reincidencia en el país mostró un guarismo promedio del 21%. Y, como lo hicimos con los datos anotados en el párrafo precedente, podemos también atribuir razonablemente esa cifra a la cuantificación del fracaso de la intervención resocializadora de los reclusos, llevada a cabo por el Estado argentino por conducto de la ejecución de la pena privativa de la libertad⁶.

Por lo demás, la contradicción institucional que implica la pena de prisión –refrendada por la citada evidencia empírica– no ha sido denunciada sólo por la doctrina jurídica nacional. Antes bien, el pensamiento penal extranjero se ha pronunciado en la misma línea.

Así, por ejemplo, Ferrajoli ha tenido oportunidad de enfatizar: “La cárcel, en suma, bajo múltiples perspectivas, equivale a una contradicción institucional. Es una institución creada por la ley, pero que se rige, más que por el gobierno de la ley, por el gobierno de los hombres. Es un lugar confiado al control total del Estado, pero en cuyo interior no rigen controles ni reglas, sino, sobre todo, la ley del más fuerte: la ley de la fuerza pública de los agentes penitenciarios, pero también la fuerza privada de los presos más prepotentes y mejor organizados. Es una institución pública dirigida a la custodia de los ciudadanos, pero que no logra garantizar los derechos fundamentales más elementales, empezando por el derecho a la vida. Genera una vida completamente artificial, producida por el derecho, pero que en su interior, de hecho, reproduce el estado de naturaleza, sin garantías de seguridad; una sociedad en la que resurge el *homo homini lupus* y donde la máxima seguridad externa se conjuga con la máxima inseguridad interna. Es un aparato coercitivo, máxima expresión del poder del Estado sobre el ciudadano, pero en cuyo interior el Estado mismo está ausente, y no el estado de derecho, sino simplemente el Estado en su acepción hobbesiana, el Estado

5 Para estos datos, v. Centro de Estudios Latinoamericanos sobre Inseguridad y Violencia (CELIV), 2022, p. 23 a 48.

6 Sin perjuicio de todo cuanto hemos anotado, conviene agregar que, como bien lo subraya el Centro de Estudios Latinoamericanos sobre Inseguridad y Violencia (CELIV), 2022, “...el país no cuenta con mediciones adecuadas que permitan estimar la tasa de reincidencia delictiva” (CELIV, 2022, p. 80). Así lo demuestra el hecho de que los datos recogidos del Sistema Nacional de Estadística sobre Ejecución de la Pena (SNEEP) y del Registro Nacional de Reincidencia (RNR) no resultan enteramente coincidentes con los obtenidos por el propio CELIV, conforme lo enfatiza el informe elaborado por este Centro: “Si tomamos en cuenta las encuestas realizadas a población penitenciaria por el CELIV, cuatro de cada diez detenidos condenados mencionaron haber estado presos previamente y la mitad de ellos había sido nuevamente detenida antes del año de ser liberado. Por otro lado, el SNEEP indica que cerca de uno de cada tres es reincidente o reiterante en el período 2002–2019. Considerando que en los últimos años aproximadamente unas 20.000 personas recuperan su libertad, si tomamos como referencia estos parámetros podemos estimar que una gran cantidad de liberados volverá a cometer delitos en un lapso de tiempo muy corto luego de dejar la cárcel” (CELIV, 2022, p. 80). No obstante, las referencias empíricas que hemos citado en el texto principal resultan útiles en tanto datos “duros” que brindan relativo sustento consistente a la idea del fracaso del ideal resocializador. Pero, incluso, más útiles resultan, a estos efectos, los datos del CELIV que acaban de transcribirse.

capaz de asegurar la vida y la integridad personal. Es un lugar de expiación en el cual, en principio, debería realizarse la máxima igualdad frente a la ley y que, en cambio, manifiesta, de hecho, la máxima discriminación clasista, pues está poblado casi exclusivamente por sujetos débiles, social, económica y culturalmente marginados: inmigrantes, drogodependientes, desempleados e infraempleados” (Ferrajoli, 2018, p. 165). En opinión del intelectual italiano, por las razones que se acaban de anotar, debemos “...levantar una sospecha de fondo sobre la legitimidad misma de la institución carcelaria. Debemos preguntarnos si la inhumanidad de la pena carcelaria y la irrealizabilidad de su finalidad reeducativa no son hasta a tal punto intrínsecas a la detención carcelaria como para resultar inevitables, y si el verdadero problema no está en la falta, sino en la imposibilidad de establecer garantías adecuadas, y si la cárcel no será tanto un lugar en el cual con mucha frecuencia y facilidad se cometen, en violación de derechos humanos, abusos que podrían ser sancionados y, sobre todo, prevenidos si existieran expresas técnicas de garantía; sino, más bien, un lugar que por sí mismo, ontológicamente, por la propia naturaleza de la práctica de la segregación —más allá de las frecuentes patologías contingentes, que implican violaciones específicas- genera la violación de los derechos fundamentales y la dignidad de la persona, así como una patología no reformable del estado de derecho” (Ferrajoli, 2018, p. 162).

2. Ahora bien, ante esta palmaria *contradictio institutionalis* –corroborada por constataciones empíricas-, ¿por qué debería conservarse la meta resocializadora como finalidad esencial de la ejecución del encierro carcelario?

La respuesta más sencilla –aunque no por ello menos consistente- a este interrogante es la que surge del hecho elemental, ya mencionado, de que esta finalidad preventivo especial positiva de la ejecución penitenciaria está consagrada por disposiciones jurídicas de jerarquía constitucional. Como anotaremos en el apartado siguiente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁷ (O.N.U., Nueva York, 1966) es claro a la hora de establecer que el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados (art. 10, apartado 3).

Mas, aun, es dable aseverar que la finalidad preventivo especial positiva del encierro carcelario todavía encuentra razonable justificación en que ella sirve para evitar que la materialización de la pena privativa de la libertad termine avalando un retribucionismo irracional derivado de la falta de asidero teórico o de verificación empírica de las restantes teorías de justificación del castigo (reafirmación de la vigencia de la norma, disuasión de posibles infractores, inocuización del sujeto delincuente).

Ante todo esto, parece innegable la importancia de profundizar sobre el sentido y alcance del vigente principio de reinserción social, y de hacerlo, además, en el marco de los condicionamientos que le impone un modelo de Estado social y democrático de Derecho como el argentino.

7 En adelante: P.I.DD.CC.PP.

II. La consagración del “ideal resocializador” en el ordenamiento jurídico de la República Argentina

Por imperio del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional argentina⁸, distintos *instrumentos internacionales de derechos humanos* –entre los que se encuentran el citado P.I.DD.CC.PP. y la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁹ (O.E.A., San José de Costa Rica, 1969)- han adquirido jerarquía constitucional¹⁰.

Como consecuencia de ello, estos instrumentos internacionales, aunque no se han incorporado materialmente al “cuerpo” de la Constitución formal, han pasado a integrar junto con ésta el llamado “bloque de constitucionalidad federal”, que se ubica en la cúspide del orden jurídico interno del Estado y se erige, así, en principio fundante y de referencia para la validez de las restantes normas del sistema.

Ahora bien, en lo que a la ejecución de las penas privativas de la libertad se refiere, este bloque de constitucionalidad federal contiene pautas de política penitenciaria y reglas sobre la situación jurídica de las personas privadas de la libertad que conforman un verdadero programa constitucional de la ejecución de las medidas de encierro carcelario al que debe adaptarse la normativa inferior sobre la materia (Salt, 1999, p. 155).

Con respecto al Derecho penal de las personas mayores de dieciocho años (arg. art. 1 Convención sobre los Derechos del Niño –O.N.U., Nueva York, 1989-), las convenciones internacionales de derechos humanos constitucionalizadas traen normas que, entre otros, y como hemos observado, consagran el derecho a que el *régimen penitenciario* consista en un tratamiento cuya finalidad esencial sea la reforma y la readaptación social del condenado (art. 10, apartado 3, P.I.DD.CC.PP.) o a que las *penas privativas de la libertad en sí mismas* –y no ya el régimen penitenciario- tengan este objetivo fundamental (art. 5, apartado 6°, C.A.DD. HH.)¹¹. Es lo que, en el ámbito de la doctrina jurídica, ha dado en llamarse “ideal resocializador”.

Por otro lado, ya en un peldaño normativo de jerarquía inferior, la ley argentina 24.660, de Ejecución de la Pena Privativa de la libertad, que disciplina la materialización de esta especie de sanción, en todas sus modalidades, también incluye disposiciones que receptan el mencionado ideal resocializador.

En efecto, en su art. 1°, este conjunto normativo, tras la reforma de la ley 27.375, prescribe: “La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de respetar y comprender la ley, así como también la gravedad de sus actos y de la sanción impuesta, procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad, que será parte de la rehabilitación mediante el control directo e indirecto”.

8 Disposición esta que, en lo que interesa a los fines de este texto, establece que los tratados internacionales sobre derechos humanos allí enumerados, “...en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

9 En adelante: C.A.DD.HH.

10 Mediante la regla del artículo 75, inciso 22, C.N. se superó la vieja discusión relativa a la posición jerárquica de los tratados internacionales y las leyes nacionales. Es que la reforma constitucional de 1994, además de equiparar a ciertos tratados internacionales de derechos humanos con la propia Constitución de la Nación, consagró la superioridad jerárquica de los tratados respecto de las leyes; lo hizo en los siguientes categóricos términos: “Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”.

11 Acerca de esto, con agudeza, Zaffaroni ha reparado en el diferente tenor literal de los enunciados del P.I.DD.CC.PP. y la C.A.DD. HH., pues textualmente el Pacto Internacional prescribe: “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados” (art. 10, apartado 3), mientras que la Convención Americana aduce: “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados” (art. 5, apartado 6). Para el jurista argentino, partiendo de la base de que los instrumentos de derechos humanos configuran una unidad (globalización de los derechos humanos), “...no sería posible interpretar la disposición de la Convención Americana en forma dispar con el Pacto Internacional, en particular en cuanto el segundo es más coherente y preciso, más técnico, lo que permite una interpretación no contradictoria” (Zaffaroni, 1997, p. 183). Y el Pacto universal, como se desprende de lo que acabamos de anotar, señala sólo el objetivo de la ejecución de la pena, y no una teoría de la pena.

Para nosotros, y esta es la tesis que defenderemos en el presente *paper*, el universo normativo que acabamos de presentar, e incluso el modelo de Estado que adopta la Argentina, imponen un modelo de readaptación social determinado, a saber: la resocialización para la legalidad.

III. El ideal resocializador en el Estado social y democrático de Derecho argentino frente a los principales modelos de readaptación social

1. La reforma de la Constitución argentina de 1994 ha introducido en el plexo axiológico de la Ley Suprema un cúmulo de cláusulas y expresiones lexicales –tales como “sistema democrático”, “orden institucional” (art. 36), “valores democráticos” (art. 75, inc. 19), “orden democrático” (art. 75, inc. 24), “igualdad real de oportunidades” (art. 37; art. 75, inc. 23), “igualdad de oportunidades” (art. 75, inc. 19) o “acción positiva” (arts. 37 y 75 inc. 23)- que traducen un espíritu, un conjunto de principios, propio de lo que se ha dado en llamar *liberalismo en solidaridad social* o *Estado social y democrático de derecho*¹².

Pero este conjunto de principios paradigmáticos de un Estado social y democrático de Derecho se inserta, en el núcleo básico de nuestra Constitución, dentro de un conjunto normativo que no carece de enunciados que –como el art. 19¹³- abrevian en un *ideario de corte liberal-individualista*.

Esta circunstancia resulta particularmente útil al momento de sustentar una concepción que, como la nuestra, estima que la consagración constitucional de un modelo de Estado de sesgo social y democrático, en modo alguno empece el reconocimiento del máximo goce posible de los derechos de cada ciudadano como objeto al cual debe también tender la organización estatal.

De otro costado, de lo anterior se sigue que la injerencia estatal en la esfera del ciudadano que cumple una pena privativa de la libertad orientada a su adecuada reinserción social no puede ser de cualquier clase, responder a cualquier modelo o habilitar una intensidad ilimitada. Para decirlo con otras palabras, un modelo de Estado social y democrático de Derecho no tolera cualquier paradigma de reinserción social, sino que admite únicamente una resocialización para la legalidad. En términos sustanciales, es, también, la concepción defendida por De la Fuente y Salduna (2019, p. 35), entre otros.

2. Hemos anotado que el art. 1° de la ley 24.660, luego de la reforma de la ley 27.375, establece que la ejecución de la pena privativa de libertad tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de respetar y comprender la ley, procurando su adecuada reinserción social.

A nuestro ver, la norma, además de acoger el fin de la ejecución de las penas privativas de la libertad que –mediante la alocución “readaptación social”- adoptan los tratados internacionales constitucionalizados (art. 10, apartado 3, P.I.DD.CC.PP.¹⁴; art. 5, apartado 6°, C.A.DD.HH.¹⁵), explicita el modelo de programa de readaptación social al que adhiere (Cesano, 1997, p. 145).

En cuanto al aserto precedente, cabe anotar que hay juristas –como, por ejemplo, Cesano- que destacan que “...los instrumentos constitucionalizados, en cierta medida, matizan el fin preventivo especial a través de la readaptación, utilizando la expresión lingüística «esencial». Esto significa ...[asevera el autor] algo

¹² Sobre esto, v. Bidart Campos, 1997, t. VI, p. 243.

¹³ Esta disposición prescribe: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

¹⁴ Textualmente, esta disposición manifiesta: “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica”.

¹⁵ Expresamente, esta regla señala: “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”.

muy interesante: que en ciertos casos la imposición de una pena privativa de libertad puede no dirigirse a la readaptación. En ese caso la legitimación de la pena deberá buscar otros horizontes. En efecto, no será necesario cuando el sujeto condenado no requiera de readaptación. Pero tampoco lo será en aquellos casos en que aun cuando esté necesitado de tratamiento, el interno no admita voluntariamente, en forma libre, someterse al mismo” (Cesano, 2007, p. 95).

No puede negarse que, a partir de la ajustada interpretación gramatical de las disposiciones pertinentes de los tratados internacionales con jerarquía constitucional, esta conclusión se presenta inobjetable.

Es que, el art. 10, apartado 3, del P.I.DD.CC.PP., refiere: “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad *esencial* será la reforma y la readaptación social de los penados”, mientras que el art. 5, apartado 6º, de la C.A.DD.HH. aduce: “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad *esencial* la reforma y la readaptación social de los condenados”.

De esta forma, tanto aquél como ésta, establecen que el ideal resocializador resumirá el fin principal o más importante que debe perseguir la ejecución de la pena de encierro carcelario; pero, a la vez, tales reglas permiten advertir que “fin sustancial” del tratamiento penitenciario no equivale a “fin exclusivo” o “fin único” de tal injerencia estatal; habrá casos –como bien señala Cesano– en los cuales otras finalidades podrán o, incluso, deberán ser las razones que legitiman la materialización del enclaustramiento punitivo.

Sin perjuicio de esto, no puede pasarse por alto que la ley 24.660 –que es un conjunto normativo de jerarquía infraconstitucional, pero que, por versar específicamente sobre la ejecución de la pena privativa de la libertad, puede reputarse reglamentario de los principios constitucionales relativos a dicha materia– consagra la finalidad de reinserción social con un alcance, con una extensión distinta.

Lo aseverado es así, puesto que, según se acaba de puntualizar en el texto principal, el párrafo 1º del art. 1º de la ley dispone, lacónicamente, que la ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad “...lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social”. La norma, pues, prevé para la realización de la sanción privativa de la libertad una única meta legitimante, a saber: la reinserción social del condenado. Ella, en suma, no consagra sino sólo la resocialización del recluso, como exclusivo objetivo cuya persecución legitima el cumplimiento del castigo carcelario.

Frente a este *estado de cosas normativo* cabe preguntarse: ¿cómo deben compatibilizarse una regla constitucional que exige que la privación punitiva de la libertad se dirija *principalmente* –aunque no en forma excluyente– a la readaptación social del condenado y una disposición infraconstitucional que prescribe que el encierro penitenciario debe perseguir *exclusivamente* la reinserción social del recluso?

Pensamos que, para responder adecuadamente a este interrogante, debe repararse en la *naturaleza jurídica* que haya de asignársele al ideal resocializador consagrado en las disposiciones de los tratados internacionales constitucionalizados a las que hemos aludido precedentemente.

Es evidente que el mismo título de la presente tesis adelanta nuestra concepción sobre el punto: se trata de verdaderos principios o directrices, con el alcance que oportunamente se ha dado a esta expresión; se trata, pues, de normas de carácter muy general que, a la manera de ideales regulativos, señalan la deseabilidad de alcanzar ciertos objetivos o fines de carácter económico, social o político.

Por lo demás, la ley 24.660 adopta este entendimiento, desde que la propia rúbrica de su Capítulo I reza: “*Principios básicos de la ejecución*”. En cambio, no proceden de igual manera los tratados constitucionalizados, los que, como se ha visto, consagran la reforma y la readaptación social de los condenados como finalidad esencial de la ejecución del castigo, pero no estipulan cuál es la naturaleza de tal meta resocializadora. De allí que, según he manifestado, resulte imprescindible indagar respecto de este aspecto, pues una será la situación si afirmamos que es un derecho subjetivo o una garantía favorable al recluso, y otra muy distinta si sostenemos que es un principio o directriz.

Veamos.

i. Para aducir válidamente que el ideal resocializador representa un *derecho subjetivo* del condenado, debería poder entenderse como un derecho reconocido por el Estado y verificable en términos de lo que disponen determinadas normas positivas que imponen a los órganos estatales ciertas prestaciones a favor del recluso¹⁶. El derecho subjetivo aparece, así, como correlato de una obligación activa del Estado que tiene como destinatario a una cierta persona, a saber: el recluso. De otro modo, y con palabras de Ferrajoli, el derecho subjetivo se muestra como “...cualquier expectativa positiva (de prestaciones) ...adscrita a un sujeto por una norma jurídica” (Ferrajoli, 1999, p. 37).

A nuestro modo de ver, no es ésta la situación del ideal resocializador que recepta la norma constitucional de origen supranacional.

No lo es, según nuestra opinión, porque la meta resocializadora no resulta empíricamente verificable sobre la base de normas jurídicas positivas. Tanto las disposiciones de los tratados internacionales de jerarquía constitucional relativas a la ejecución penitenciaria, como las prescripciones infraconstitucionales que las reglamentan –en particular, la ley 24.660, de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad¹⁷– consagran, como veremos a lo largo de esta investigación, un importante conjunto de reglas de derechos y garantías de las que es titular el recluso (p. ej., el derecho al trabajo –art. 106–, el derecho de aprender –art. 133 L.E.P.P.L.–, el derecho a la salud –art. 143 L.E.P.P.L.–, el derecho a la libertad de conciencia y de religión –art. 153 L.E.P.P.L.–, el derecho a comunicarse periódicamente con la familia, allegados, curadores y abogados –art. 158 L.E.P.P.L.–, etc.), pero no plasma la reinserción social del condenado como un derecho subjetivo en sí mismo.

De tal suerte, la reforma y la readaptación social del condenado, aun cuando se la pretendiera reconocer como un genuino derecho del recluso, no podrá ser admitida como un derecho jurídico subjetivo, sino como un derecho moral del interno, entendiendo por tal un derecho que, según ciertos principios asumidos como válidos –que dependen de consideraciones meta-éticas–, es incorrecto negar a cualquier de los individuos que componen una cierta clase, el acceso a una situación que sea beneficiosa para cada uno de tales individuos (Nino, 2000, pp. 217 y 218). No es un derecho jurídico subjetivo del condenado desde que no existen normas del sistema jurídico que consagren de modo

¹⁶ Para esta aproximación al concepto de “derecho subjetivo” a partir del pensamiento positivista metodológico, v. Nino, 1999, p. 196.

¹⁷ En adelante: “L.E.P.P.L.”.

inconcuso la obligación, el deber jurídico del Estado de efectuar una prestación cuyo concreto y específico contenido sea el logro –no ya la búsqueda- de la reinserción social de la persona condenada a una pena privativa de la libertad.

Esto no impide que el derecho del recluso a su reinserción social, por ser un derecho moral de aquéllos comúnmente llamados “derechos individuales”¹⁸, sea concebido como un derecho dirigido a los órganos estatales e impliquen su *deber moral* de reconocerlos, dictando el legislador normas que creen el derecho jurídico correspondiente y resolviendo los jueces los casos sometidos a su consideración, teniendo en cuenta dicho derecho moral del interno.

ii. Tampoco parece el ideal resocializador una *garantía favorable al recluso*.

Este aserto, de alguna manera, se vincula con lo desarrollado en el apartado anterior.

Es que, al fin y al cabo, *stricto sensu*, una garantía no otra cosa que la forma de asegurar el cumplimiento de un derecho. En este sentido, Ferrajoli aduce: “...las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional” (Ferrajoli, 1999, p. 25).

A este respecto, conviene puntualizar que el giro lingüístico “readaptación social” es singularmente polisémico y que la formulación misma de la finalidad de la ejecución de la pena de encierro que él designa ha sufrido múltiples configuraciones (reeducación, rehabilitación, repersonalización, reinserción, resocialización), lo cual es sintomático de la diversidad de interpretaciones que ella ha suscitado.

Cabe añadir, incluso, que buena parte de la doctrina jurídica denuncia la crisis de las denominadas “ideologías *re*” y la vulnerabilidad de su “uso nebuloso” por parte de los segmentos penitenciarios del sistema penal.

Así, por ejemplo, Zaffaroni asevera que los “discursos *re*” tienen inconvenientes para estos operadores penitenciarios, tales como los siguientes: a) Hace vulnerables a tales operadores, frente a las críticas que se dirigen a las ideologías en que se basan aquellos discursos; b) Aparecen como discursos anticuados; c) La distancia que separa el discurso de la realidad los hace vulnerables a las críticas periodísticas, políticas y de intereses comprometidos con la “privatización” de la justicia; y d) La convicción de que esta distancia es infranqueable provoca un progresivo efecto de anomia profesional con severos efectos sobre la autoestima (Zaffaroni, 1997, pp. 185 y 186).

En la misma orientación se expide Lewis (h): “...la Constitución –a través del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 10º, p. 3º) y la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 5º, p. 6º)- establece que la «reforma de los penados» o «readaptación social de los penados» son fines esenciales de la ejecución de las penas de prisión. Pese a ello, es claro que el marco de las ideologías «re» hoy se encuentra quebrado, y por esto mismo dichos términos deben ser reinterpretados dentro de una progresividad adecuada a las

18 La consideración del derecho moral a la reinserción social del recluso, como un derecho individual del condenado, no reviste trascendencia menor, si se tiene en cuenta que la presencia de un derecho moral “...no supone necesariamente que haya un deber moral correlativo, sino cuando se resuelven una serie de cuestiones que hacen a la posibilidad de provisión del bien ...[del que se trate] por parte de otros individuos y a la distribución entre ellos de las cargas atinentes a esa provisión” (cfr. Nino, 1999, p. 218). En el caso del derecho del interno a la reinserción social pareciera que el conjunto de reglas de derechos y garantías constitucionales y legales del recluso al que he aludido en el texto principal (derecho al trabajo, derecho de aprender, derecho a la salud, derecho a la libertad de conciencia y de religión, derecho a las relaciones familiares y sociales, entre otros) sientan las condiciones o prerequisites que hacen posible o, incluso, favorecen la mayor factibilidad, la mayor capacidad de realización del ideal resocializador.

transformaciones del conocimiento. En esa línea, las referidas expresiones se pueden entender como imponiendo un trato humano, lo menos deteriorante posible y que ofrezca la posibilidad de reducir los índices de vulnerabilidad” (Lewis, 2002, p. 155).

La reprobación del ideal resocializador, incluso, se mantiene absolutamente vigente en nuestros días. Manifiesta Rafecas: “...hace ya más de medio siglo que sabemos, es decir, que tenemos la completa certeza, de que este discurso justificante del castigo penal, en la *praxis*, no funciona. Lo que se consagra y se sostiene en el plano del *deber ser*, incluso a escala supranacional, en verdad, no tiene un correlato real, en el plano del ser. Más bien, en la realidad social, ocurre lo contrario a las expresiones de deseos que emanan de dichas normas supranacionales.

“En efecto, por más recursos económicos y humanos que dediquemos a sostener un modelo penitenciario, el *ideal resocializador* no se ha visto alcanzado en la realidad” (Rafecas, 2021, p. 141).

También nosotros pensamos que estas críticas dirigidas a las llamadas “ideologías *re*” se encuentran plenamente fundadas sobre la base de *importante evidencia empírica*, como procuraremos demostrarlo más adelante.

Con todo, la vigencia en el ordenamiento jurídico argentino del ideal resocializador, impone al jurista práctico que, más allá de reconocer que aquélla está consagrada por disposiciones –como la del art. 1º de ley 24.660– sancionadas con arreglo a las normas constitucionales que regulan el dictado de la ley, se escudriñe la posibilidad de pergeñar *una interpretación del principio de reinserción social que averse todo peligro de tensión* entre reglas infraconstitucionales y prescripciones de raigambre constitucional.

Incluso la jerarquía constitucional de los arts. 10, apartado 3, del P.I.DD.CC.PP., y 5, apartado 6º, de la C.A.DD.HH. (art. 75, inc. 22, Const. argentina) conduce a que dicho *control de adecuación constitucional* involucre un “análisis” de compatibilidad o coherencia entre distintos enunciados normativos de jerarquía constitucional como la que ostentan, justamente, el “principio de reinserción social” y, por ejemplo, derechos como el relativo a la dignidad humana de los reclusos (art. 10, apartado 1, P.I.DD.CC.PP.; art. 5, apartado 2, 2ª disposición, C.A.DD.HH.).

Para expresarlo, en otros términos, corresponde afirmar que la aplicabilidad de una norma vigente del universo jurídico argentino no se resuelve sólo con un juicio sobre la “legalidad” de la disposición, sino que es necesaria, además, una ponderación de la admisibilidad constitucional del precepto, o sea, sobre su “legitimidad constitucional”.

Y, en el caso, los certeros reproches que han merecido las “ideologías *re*” no impiden –según nuestro parecer– que se proponga una interpretación del ideal resocializador que no resulte lesivo de principios tales como los relativos a la dignidad humana, la autonomía personal y la libertad de pensamiento, entre otros.

Lo mismo pensamos en orden al instituto de la “*calificación de concepto*” instituido en el art. 101 de la ley 24.660 que, tras señalar que *el interno será calificado de acuerdo al concepto que merezca*, estipula: “Se entenderá por concepto la ponderación de su evolución personal de la que se deducible su mayor o menor posibilidad de adecuada reinserción social”.

Es que, aun cuando haya propuestas a favor de una reforma penitenciaria para que se abandone la práctica de evaluar la evolución personal del interno como actividad central resocializadora integrante

de una pena privativa de la libertad, por ser ella propia de un Derecho penal de autor y resultar lesiva de los principios constitucionales de acto, legalidad, jurisdiccionalidad y defensa¹⁹, existe la posibilidad de concebir una interpretación de la “nota conceptual” que la torne aceptable en términos constitucionales.

En el desarrollo del presente texto procuraremos exponer dichas interpretaciones.

Más allá de las críticas presentadas a las nociones de “reinserción social” y de “calificación de concepto”, hay sociólogos que, igualmente sobre la base de constataciones empíricas, sumadas a una inquebrantable convicción, defienden la finalidad preventivo-especial positiva de la ejecución penitenciaria como algo “posible”, como algo que no es un “mero postulado teórico”.

Entre estos autores, podemos citar a Segovia, quien se reconoce “convencido de la importancia de mantener el postulado de la reinserción social como horizonte último del sistema penal y, singularmente, como orientación del sistema punitivo y penitenciario. La reinserción social de los infractores [asegura este especialista] no es un mero vano deseo alumbrado por los primeros ilustrados, retomado por humanismo cristiano y los correccionalistas y asumido cordialmente por toda la tradición humanizadora del derecho penal. El horizonte de la reinserción —en muchos casos, sería mejor hablar de inserción, pues no ha llegado a haber nunca plenamente aquélla— se asienta en el *principio de perfectibilidad humana*. Éste [sostiene Segovia] no es otro que la innata capacidad humana no sólo para modificar el entorno que habita, sino para cambiarse y perfeccionarse a sí mismo. Sin él, no habría aprendizaje posible, la enseñanza, la transmisión de la experiencia, serían tareas inútiles. En último término, esta nota de la condición humana supone el *principio de responsabilidad* (en otro caso barreríamos de un plumazo el sistema penal) y encuentra su fundamento último en la mismísima dignidad de la persona. Por eso [enfatisa el sociólogo], el ser humano es capaz de reconducir su vida, de retomar el rumbo frenético en el que le han introducido las circunstancias de la vida, de romper con toda suerte de espirales deterministas, adicciones sin salida aparente, patologías sin cura y hacerse conductor responsable de su propia existencia. Tan importante como que alguien pueda cambiar [remata el escritor], es la concurrencia de un facilitador casi imprescindible: alguien que crea en la recuperabilidad de la persona y tenga la audacia de apostar comprometidamente por ello” (Segovia, 2005, p. 32).

Por lo demás, y en lo tocante a la *calificación de concepto*, cabe afirmar que el origen del instituto en los paradigmas de la criminología clínica de principios del siglo XX no impide que al mismo se conciba *contextualizadamente*, reparando en las exigencias de un paradigma constitucional de la ejecución de la pena de encierro carcelario que, como el que rige en Argentina, recepta coetáneamente los principios de “reinserción social”, “dignidad humana del recluso” y, como derivación de este último, “autodeterminación del condenado”.

Una tal interpretación surgirá, como veremos *infra*, de la concepción del ideal resocializador “en términos mínimos”, y del entendimiento de que todo esfuerzo que *libre y voluntariamente realice el condenado* que reconozca la conveniencia de no cometer delitos²⁰ y, aún, procure reducir la eventual vulnerabilidad que lo llevó a la cárcel no puede resultar *irrelevante* o *carente de significación* en relación con la injerencia punitiva del Estado dirigida a su futura adecuada reinserción social y hacia los operadores

19 V., por todos, Lewis, 2002, p. 155.

20 En la misma orientación, de la Fuente y Salduna: “...mediante la idea de reinserción social se debe procurar... que la persona penada comprenda la obligación de respetar la ley. Es decir, aun cuando no esté de acuerdo con el sistema de valores que rige nuestro ordenamiento jurídico, a través de la ejecución de la pena se debe procurar que conozca y entienda que el cumplimiento de las normas resulta obligatorio y es una necesidad para una adecuada convivencia social” (de la Fuente – Salduna, 2019, pp. 35 y 36).

de las instancias de aplicación del sistema penal²¹. Un emprendimiento del recluso en aquella dirección puede reconocerse, *sin que exista afectación alguna a su derecho a la autodeterminación y la libertad de pensamiento*, como una trascendente contribución para su futuro desenvolvimiento eficaz en la sociedad libre y, secundariamente, para la finalidad elemental del Derecho penal de asegurar la convivencia pacífica. En términos concretos: si, por ejemplo, puede sostenerse razonablemente que una persona resultó encarcelada, no por su temeridad o la eficiencia del aparato de persecución penal del Estado, sino por la torpe comisión de un delito derivada de su limitada instrucción, su nula capacitación laboral y su consiguiente falta de empleo, no parece ilegítimo, arbitrario o descabellado que se valore positivamente durante la ejecución de la privación de su libertad *todo esfuerzo dirigido a adquirir los elementos que le aporten una mayor instrucción, una plausible capacitación laboral y una consecuente probabilidad mayor de lograr -sin incurrir en conductas que lo lleven a la prisión- el sustento propio necesario y el de los suyos*. Desde luego que la falta de cualquier iniciativa del condenado en aras de la superación de las circunstancias por las que cometió el delito y las que lo hacen vulnerable a la selectividad inherente al poder punitivo del Estado en modo alguno puede ser valorada en su contra; si así se lo hiciera, habría, aquí sí, una inadmisble violación de su derecho a configurar su plan de vida con arreglo a los propios valores, intereses y preferencias. Pero, insistimos, en caso de ausencia de toda imposición al condenado, su realización de actividades que le permitan comprender las consecuencias de la desmañada comisión de delitos, a la vez que apartarse de su situación de vulnerabilidad, materializa un comportamiento intramuros que implica una *expresión de sentido* relevante para la finalidad de lograr que, en el futuro, el recluso opte por una conducta apegada a la legalidad.

3. Sentado todo lo anterior, puede anotarse que dos son los principales modelos de readaptación social que se presentan, según la intensidad de la resocialización, a saber: la resocialización para la moralidad y la resocialización para la legalidad (Muñoz Conde, 1979, p. 630). Se los denomina, también, programas de resocialización máximos y programas de resocialización mínimos (García-Pablos de Molina, 1979, p. 664), respectivamente. Más acá en el tiempo, igual clasificación de modelos de readaptación social defiende, por ejemplo, Cesano (2009, p. 44 y ss.) y nosotros mismos (Arocena, 2014, p. 61 y ss.).

En los paradigmas de resocialización para la moralidad o paradigmas resocializadores máximos, el objetivo del encierro carcelario es que el individuo interiorice y haga suyos los criterios valorativos dominantes en la sociedad en que ha de integrarse, pues la “regeneración moral” es la única vía de retorno a la sociedad sin riesgo de comisión de futuros delitos (De la Cuesta Arzamendi, 1993, p. 12).

Estas concepciones han merecido fundadas críticas, basadas en el convencimiento de que la imposición de creencias y convicciones, orientada a la aceptación acrítica del sistema vigente, es intolerable en regímenes políticos democráticos, pluralistas y respetuosos de la libertad de pensamiento del ser humano.

Así, por ejemplo, Landa Gorostiza manifiesta: “En un ...Estado [social y democrático de Derecho] el proceso de reinserción debe orientarse a lograr el respeto externo a la ley: no el interno. El foro interno de la persona, su «transformación» o «reorientación» en determinada dirección, no puede ser legítimamente la diana a la que dirigir exigencias en forma de requisitos sin los cuales (*sine qua non*) no se abren las

21 Hemos hecho referencia a la “vulnerabilidad” del sujeto, que lo lleva al delito y, con éste, a su prisionización. Para quien pueda entender que esta no es una cuestión que goce de común aceptación, y para evitar disputas aparentes fundadas en equívocos verbales, procuraremos explicitar el concepto o noción de “vulnerabilidad” al que adherimos y señalar su contenido teórico. En nuestra opinión, por “personas vulnerables” ha de entenderse aquellos sujetos que tienen bajas defensas frente al poder punitivo y devienen más frágiles o desvalidos respecto de la criminalización secundaria (acción punitiva ejercida sobre personas concretas), porque (a) sus personales características encuadran en los estereotipos criminales; (b) su entrenamiento sólo les permite producir obras ilícitas toscas y, por ende, de fácil detección; y (c) porque el etiquetamiento produce la asunción del rol correspondiente al estereotipo, con lo que su comportamiento termina correspondiendo al mismo (Zaffaroni – Alagia – Slokar, 2000, p. 9).

compuertas para la progresión de grado hacia regímenes de semilibertad o liberación condicional. Confirmada la capacidad y voluntad de la persona presa para respetar la ley penal, los motivos por los cuales se toma la citada decisión pueden ser éticos, fruto del sincero arrepentimiento, resultado de una transformación de las creencias religiosas de la persona, consecuencia de su contraste con las víctimas de sus crímenes. O también puede ser fruto de un cálculo de utilidad, estratégico, incluso sostenido en motivos cínicos pero firmes e irreversibles. La «calidad» de tales motivos puede precipitar mecanismos premiales y estar a disposición del programa rehabilitador, pero no como elementos coactivos sin los cuales se bloquea la progresión de grado. Los elementos coactivos, «presupuestos obstáculo», que van más allá de la nuda exigencia de abandono de la violencia o del correspondiente programa vital pro futuro sin recurso al delito resultan intrusivos, ilegítimos” (Landa Gorostiza, 2017, p. 133).

Por el contrario, en los paradigmas de resocialización para la legalidad o paradigmas resocializadores mínimos, la ejecución de la pena privativa de la libertad, en un Estado de Derecho, debe orientarse sólo a lograr que el delincuente adecue su comportamiento externo al marco de la ley.

También estas posiciones han sido objeto de embates, por reputarse que la mera adecuación del comportamiento externo a la legalidad formal no implica verdadera resocialización. Asimismo, se sostiene que son enfoques que soslayan que el Derecho penal tiene una cierta función pedagógica respecto de los valores protegidos, cuyo respeto es parte de la normalidad social.

Sin perjuicio de las críticas mencionadas, parece innegable que en un Estado social y democrático de Derecho y basado en el principio de la autonomía individual, como el argentino, la única alternativa posible es la resocialización para la legalidad.

En la misma dirección, se ha sentenciado: “...la imposición del tratamiento en un Estado de derecho resulta inadmisibles, ya que no se pueden imponer determinadas costumbres o modificaciones de la personalidad a un individuo. Lo anterior encuentra sentido en que tal imposición constituiría una violación a los principios de autonomía y dignidad; aunado a que el respeto a la dignidad humana durante la ejecución de la pena privativa de libertad está asegurado por disposiciones constitucionales” (Sáenz Rojas, 2007, p. 131).

Es que, como retóricamente pregunta Roxin: “¿Qué legitima a la mayoría de una población a obligar a la minoría a acomodarse a las formas de vida gratas a aquélla? ¿De dónde obtenemos el derecho de poder educar y someter a tratamiento contra su voluntad a personas adultas? ¿Por qué no han de poder vivir los que lo hacen al margen de la sociedad -bien se piense en mendigos o prostitutas, bien en homosexuales- del modo que deseen? La circunstancia de que son incómodos o molestos para muchos de sus conciudadanos, ¿es causa suficiente para proceder contra ellos con penas discriminantes?” (Roxin, 2008, p. 58).

La respuesta no puede ser otra que ésta: ningún argumento jurídico legitima a una porción mayoritaria de la sociedad a imponer a otra, minoritaria, sus valores, intereses o preferencias; no hay razones que genuinamente impidan que cualquier persona configure su propio plan de vida al margen de la axiología dominante en una determinada comunidad, siempre que ello no lesiones bienes jurídicos de terceros; no es suficiente, en suma, que ciertas personas, por sus elecciones de vida contrarias a las de la mayoría, sean reprochadas mediante una sanción penal.

Si se admitiera un modelo de readaptación –como el de la resocialización para la moralidad- en el que el Estado, a través de la ejecución de la pena privativa de la libertad, pretende imponer las creencias, convicciones, valores, ideologías e ideales que definen al sistema vigente, se habilitaría una intolerable violación del derecho a la dignidad humana, que –como hemos visto- ha sido específicamente consagrado

por el art. 10, apartado 1, P.I.DD.CC.PP., y por el art. 5, apartado 2, 2ª disposición, C.A.DD.HH., respecto de toda persona privada de libertad.

Este derecho a la dignidad personal reconoce, como perteneciente a cada ser humano, una capacidad personal que le permite adoptar –libremente, sin ninguna injerencia estatal– sus propias decisiones sobre sí mismo, sobre su conciencia y sobre la configuración del mundo que lo rodea (Cesano, 1997, p. 115).

Sobre esto, puede afirmarse que, aunque existan disensos respecto de su sentido y alcance²², las oscuridades teóricas del concepto de “dignidad” no impiden que la concibamos en términos *kantianos*, entendiéndola como aquello que constituye la condición para que algo sea fin en sí mismo, o sea, algo que no tiene un valor meramente relativo, sino un valor interno²³. Con arreglo al pensamiento de Kant, el ser humano es un fin en sí mismo porque es un ser dotado de razón y voluntad libre, que, a su vez, puede proponerse fines²⁴. El hombre es un ser capaz de hacerse preguntas morales, de discernir entre lo justo y lo injusto, de distinguir entre acciones morales e inmorales, y de obrar según principios morales, es decir, de obrar de forma responsable. Es, justamente, esta aptitud para comportarse responsablemente la que hace que a las personas puedan *imputárseles* sus acciones y que aquéllas se erijan en fines en sí mismas: son *autónomas* y merecen, por ello, un *respeto incondicionado*. “El valor de la persona no remite al mercado ni a apreciaciones meramente subjetivas (de conveniencia, de utilidad, etcétera), sino que proviene de la dignidad que le es inherente a los seres racionales libres y autónomos” (Michellini, 2010, p. 42). Se advierte, pues, que la autonomía moral es el concepto central con el que Kant caracteriza al ser humano, y constituye la *razón de ser* de la dignidad humana: “La *autonomía* es ...el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional” (Kant, 1996, p. 49).

Por su parte, Schünemann ha enfatizado que “...el libre albedrío no es un mero dato biofísico, sino una parte de la llamada *reconstrucción social de la realidad* e incluso, según creo, pertenece a una capa especialmente elemental de la cultura occidental, cuyo abandono sólo sería concebible en caso de liquidación de esta cultura en su globalidad. Dado que las singularidades lingüísticas de una sociedad y, en especial, la gramática de su lengua, de conformidad con la convincente tesis central de la teoría del lenguaje de Humboldt y Whorf, ponen de manifiesto una determinada visión del mundo, difícilmente podrá

22 En este aspecto, coincidimos con la aseveración de Pérez Triviño: “A pesar de la importancia que tiene la noción de dignidad en los principales textos jurídicos internacionales o constitucionales, lo cierto es que no ha sido un concepto especialmente debatido por parte de la filosofía jurídica y moral de las últimas décadas” (Pérez Triviño, 2007, p. 160). En un texto de 2006, Garzón Valdés hace un magnífico intento dirigido a poner de manifiesto la relevancia moral del concepto de dignidad humana: v. Garzón Valdés, 2006, pp. 13 a 58.

23 No se equivoca Häberle cuando afirma la dependencia cultural (y, sobre todo, religiosa) de las concepciones de la dignidad humana: “De las diversas cláusulas sobre la dignidad humana de las constituciones [puntualiza el constitucionalista alemán] se llega a percibir, «entre líneas», que aquéllas [las fórmulas de lo que es la dignidad humana] están referidas a una concepción culturalmente específica de la dignidad humana” (Häberle, 2007, p. 289, con negrita agregada). Sin embargo, y como lo reconoce el propio constitucionalista europeo, pensamos que existe un núcleo del concepto de “dignidad humana” que es independiente del ámbito cultural, toda vez que hay “...ciertos componentes fundamentales de la personalidad humana [que] deben ser tomados en cuenta en todas las culturas, con lo cual se convierten en contenido de un concepto de dignidad humana que no sea [rectius: es] reductible a una cultura específica” (Häberle, 2007, p. 291). Por eso, en el texto principal, procuraremos delinear un concepto, quizás sólo una noción, de “dignidad humana”, con validez “universal”, esto es, para cualquier país, con independencia de sus concepciones culturales y religiosas.

24 La propia Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ha empleado una concepción kantiana de dignidad humana a los fines de justificar su decisión a favor de la no punibilidad del llamado “aborto sentimental”, o sea, el aborto practicado respecto de una mujer que ha quedado embarazada como consecuencia de una violación. Se trata del precedente “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva”, en el que el Alto Cuerpo aseveró: “...de la dignidad de las personas, reconocida en varias normas convencionales (art. 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 1º, Declaración Universal de los Derechos Humanos; y Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre), se desprende el principio que las consagra como un fin en sí mismas y proscrib[e] que sean tratadas utilitariamente”, para luego sostener: “...la pretensión de exigir, a toda otra víctima de un delito sexual [se refiere a toda mujer que no sea incapaz mental], llevar a término un embarazo, que es la consecuencia de un ataque contra sus derechos más fundamentales, resulta, a todas luces, desproporcionada y contraria al postulado, derivado del mencionado principio, que impide exigirle a las personas que realicen, en beneficio de otras o de un bien colectivo, sacrificios de envergadura imposible de conmensurar”. C.S.J.N. (2012). Caso F., A. L. s/ medida autosatisfactiva. Sentencia de 13 de marzo de 2012. Considerando 16.

discutirse, al menos en el caso de las lenguas indogermánicas, lo arraigado del libre albedrío en las más elementales formas gramaticales. En efecto, la construcción de las frases con un sujeto agente y un objeto que padece la acción, así como las formas gramaticales de la voz activa y la pasiva muestra una visión del mundo conformada por el sujeto activo, y, en última instancia, por su *libertad de acción*, que constituye un punto de partida del que no se puede prescindir en tanto en cuanto tales estructuras lingüísticas dominen nuestra sociedad” (Schünemann, 1991, pp. 154 y 155).

Pensamos, en definitiva, que el principio de respeto a la dignidad inherente del ser humano exige que nunca se trate a éste de una manera que niegue la importancia distintiva de su propia vida; y la dignidad de las personas en general, *no es un atributo accidental*, sino una expresión equivalente a la afirmación de su humanidad, de su capacidad para actuar autónomamente, sin injerencias estatales o de terceros que le sean impuestas coactivamente.

Sentado todo lo anterior, puede afirmarse que el derecho a la dignidad humana *lleva implícito* el principio de autonomía personal que –sobre la base de la ya citada “*regla de reserva*” del art. 19 Const. argentina– permite a cada ser humano delinear y realizar libremente, sin injerencias de terceros, su propio plan de vida.

El principio de autonomía personal se muestra, así, como un precepto que “...marca la esfera de autonomía individual que por su naturaleza escapa a toda reglamentación, colocando al hombre frente a su creador en un refugio que es fortaleza impenetrable y por la cual desfilan la libertad de conciencia, la libertad de pensamiento y, en definitiva, toda su intimidad” (Midón, 2009, t. 1, p. 205).

Es evidente que, conforme antes aseveráramos, en un Estado de Derecho, pluralista y democrático como el argentino, no existe una facultad para reprimir con una sanción penal lo *distinto*, lo que *discrepa con la axiología y la subjetividad social* dominante en una sociedad, en un tiempo y un lugar determinado.

Por lo demás, desde que en toda sociedad coexisten diferentes sistemas sociales parciales (familia, clase, subcultura, etcétera), con distintos sistemas de valores y diversas concepciones del mundo, la recuperación del condenado para la sociedad, que presupone el ideal resocializador, no puede aspirar a otra cosa que a hacer aceptar al penado las normas básicas y generalmente vinculantes que rigen en esa sociedad.

No se equivocaba Würtenberger cuando, ya en 1967, sostenía que la legalidad puede ser concebida como una *forma específica de la actitud humana frente al poder del legislador*, a la vez que añadía que a la *esencia de la legalidad* corresponde el que *a los sometidos a la ley no pueda exigírseles una motivación de su actuar que afecte los principios éticos del orden jurídico*, por más que aquella pueda, a menudo, existir; y es que la peculiaridad de la legalidad con respecto a la moralidad consiste más bien, en primer lugar, en un *reconocimiento de la existencia del orden legal en tanto tal*. Por consiguiente, quien en la realización de las acciones de legalidad respeta las normas de la ley afirma la idea jurídica del orden personificada en la ley. *No es necesario* –remarcaba el intelectual alemán– *que la intención del que actúa legalmente abarque otros elementos*. El que actúa conscientemente de acuerdo con las normas –expresaba, citando a Husserl– *orienta su conducta según la ley como dato que no necesita ser examinado en el fundamento de su validez*, y que encuentra ya dado en el ámbito vital del mundo social. Quien así procede, pues, reconoce en el actuar de acuerdo con la ley, el orden realizado en ella, en la medida en que, en tanto súbdito del Derecho, utiliza al poder protector del orden jurídico también para sí. Ya esto –manifestaba el profesor germano, para concluir–, demuestra en qué medida la actitud de la legalidad está caracterizada por una cierta sobriedad y una frialdad objetiva. Cuando la comunidad jurídica y el Estado exigen del hombre la conducta legal del respeto voluntario a la norma, *no plantean estos poderes exigencias exageradas al actuar del individuo, no lo convocan a la entrega completa a objetivos éticos supremos o a deberes* (Würtenberger, 1967, pp. 84, 93, 94 y 95).

De allí que un paradigma de resocialización para la legalidad deba admitir que tanto la “actitud de legalidad” como la conciencia jurídica orientada por la ley jurídica *puedan contradecir los criterios “superiores” de la ética*.

Y es por esto mismo que la doctrina jurídica sentencia que “...se debe abandonar el criterio por el que se busca incidir en la personalidad de quien delinque y centrarse en un enfoque de intervención frente a los *hechos y las causas estructurales del delito*” (González Placencia, 2011, p. 374) o –según los términos que hemos propuesto en la presente tesis- los hechos y las causas estructurales *de la prisionización de una persona por la comisión de un delito*.

La ejecución de la pena privativa de la libertad se muestra, así, como el instrumento enderezado a lograr restablecer en el condenado el respeto por las normas penales fundamentales que él ha inobservado, para lograr que, absteniéndose de cometer nuevos delitos, acomode su comportamiento futuro a las expectativas de conducta contenidas en tales disposiciones.

Con arreglo a esta lógica discursiva, se advierte que el medio para la consecución de dicho objetivo no puede ser otro que ofrecerle al condenado los elementos para un desarrollo personal que le permita fortalecer su *competencia* para configurar su propio plan de vida y su capacidad de reflexión sobre las consecuencias de su propia acción, para que de ese modo, al recuperar su libertad, pueda desenvolverse eficazmente en la vida en sociedad mediante el cumplimiento de las expectativas inherentes a un *rol visto como “positivo” por la comunidad en que habrá de reinsertarse*.

No podrá consistir en una imposición de “reforma” de su personalidad -habida cuenta que ello constituiría una injerencia intolerable en su derecho a la autodeterminación personal-, sino sólo en un ofrecimiento de los medios que le permitan un desarrollo idóneo para remover las causas que lo llevaron al delito y a la prisión.

Si se admite, a partir de la evidencia empírica²⁵ que acredita que en la mayoría de los casos –en la República Argentina, en particular, y en toda América Latina, en general- la prisionización tiene por causa, no ya la comisión de delitos²⁶, sino la *vulnerabilidad* del sujeto y la *torpeza* en la perpetración de aquéllos (Zaffaroni, 1997, p. 190) –manifestada en la importante cantidad de hechos sorprendidos en flagrancia-, puede sostenerse que las herramientas de un tal desarrollo personal del preso son aquellos que le hagan reducir su nivel de vulnerabilidad frente al sistema penal del Estado²⁷. Sólo así podrá lograrse la remoción de las causas de la prisionización del condenado.

25 El Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (SNEEP) de la República Argentina, en su “Informe Ejecutivo 2021”, señala que el 95,4% de las personas detenidas en el país son varones; sólo el 10% han completado la escolaridad secundaria, mientras que el 57% tiene a lo sumo el instrucción primaria completa; el 38% estaban desocupados al momento de su prisionización, y el 43% no tenía ni oficio ni profesión; y, finalmente, los delitos con mayores menciones como motivo del encierro son los robos y las tentativas de robos, que llegan casi al 28,3% de los casos. Para acceder a este informe, v. SNEEP 2021, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Dirección Nacional de Política Criminal en materia de Justicia y Legislación Penal, disponible en World Wide Web: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2022/10/informe_sneep_argentina_2021_2.pdf (accedido el 7 de diciembre de 2022).

26 O, incluso, otras razones como, por ejemplo, la temeridad del delincuente que asume los riesgos de resultar perseguido penalmente, juzgado y prisionizado por la comisión de delitos que le permiten “ganarse fácilmente la vida” o la eficiencia de las instancias de aplicación del poder penal del Estado.

27 Ciertamente que esto no significa que postulemos el absurdo de que la ejecución de la pena privativa de la libertad tenga por finalidad lograr que el condenado “perfeccione” su actividad delictiva. Todo lo contrario. Lo que pretendemos significar en el texto principal es que la constatación de que, en la gran mayoría de los casos de personas prisionizadas en Argentina, se trata de hombres sin instrucción, carentes de trabajo y que cometen delitos contra la propiedad, conduce al entendimiento de que se trata de sujetos con “reducida competencia” para desenvolverse eficazmente en la vida lícita en sociedad que, por ello, optan por el delito como medio para costear una vida sin padecimientos, muy difícil de lograr mediante el empleo de sus acotadas “competencias sociales” en el desenvolvimiento cotidiano dentro del marco de la legalidad. Si esto es así, parece razonable postular que la ejecución del encierro penitenciario ha de tender a lograr que el interno –que así lo desee- pueda “superar” las circunstancias que limitan su capacidad de desarrollarse exitosamente en la vida social, a la vez que conocer, y poder escoger, con atendibles posibilidades de realización, formas de vida despegadas de lo delictivo.

La reinserción social del recluso, en definitiva, habrá de procurarse mediante el ofrecimiento -al condenado- de un proceso de formación integral de su personalidad que lo dote de instrumentos eficientes para su propia emancipación y preparación para la vida en libertad²⁸.

Se trata, en otros términos, de que el condenado pueda conocer opciones de vida diferentes al delito para que, a través de las mismas, opte por configurar el mundo haciendo uso de su libertad sin dañar a los demás.

Esto, desde luego, no implica que deba entenderse que el Estado no ha cumplido cabalmente su deber en esta materia, al ofrecerle al interno un catálogo de alternativas de vida alejadas de lo delictivo, que aquél, por cuestiones meramente utilitaristas, decide no seguir. Si una persona prefiere asumir los riesgos de resultar perseguido penalmente, juzgado y prisionizado por la comisión de delitos que le permiten lograr el sustento propio necesario y el de los suyos sin la necesidad del esfuerzo que suele implicar el hacerlo a través del mejor cumplimiento posible de las reglas que ordenan la vida en comunidad, tal decisión es algo que escapa al ámbito de incumbencias de un Estado que se pretenda apartado de toda actitud “eticizante” –*sit venia verbo*- y respetuoso del ámbito de reserva del ser humano.

Desde otra perspectiva, es dable afirmar que el ineludible efecto aflictivo, deteriorante y criminógeno que la privación de la libertad tiene respecto de toda persona institucionalizada no puede ser pasado por alto a la hora de delinear los contornos del concepto de “reinserción social”.

Precisamente, la *repercusión que las consecuencias negativas de la prisionización de un ser humano revelan en orden a la “meta resocializadora”* impone que la *construcción* de la idea de readaptación social no se lleve a cabo en *clave* excluyentemente dogmático-jurídica, sino que, para ello, se repare igualmente en los datos empíricos materializados en tales secuelas nocivas del encierro carcelario.

En esta sintonía, Cervelló Donderis sostiene: “...la reinserción social no se puede entender en términos estrictamente jurídicos sino que *hay que completar su interpretación con los conocimientos criminológicos relacionados con las variables del delito y las posibilidades reales de prevención y de tratamiento*” (Cervelló Donderis, 2005, p. 232, tras lo cual alude a la “viabilidad” de “efectos” tales como, por ejemplo, la disminución de la nocividad de la cárcel a través de la consagración del carácter excepcional del aislamiento y de las sanciones, o el desarrollo del recluso mediante un tratamiento educativo dirigido a cubrir sus necesidades sociales de falta instrucción, carencia de formación laboral o escaso desarrollo de habilidades sociales.

La “reinserción social”, así, no queda definida sólo por el “dato” *dogmático-jurídico* materializado en la sujeción del comportamiento externo del condenado a la ley, derivada de una injerencia penitenciaria que pone a su disposición los elementos para un desarrollo de su personalidad que le permita comprender la conveniencia de configurar su vida al margen de la torpe comisión de delitos, sino también por un “dato” *empírico*, a saber: que la adecuación de la conducta externa a la ley tiene como “presupuesto” un trabajo intracarcelario orientado a reducir los efectos desocializantes de la prisionización²⁹.

Ya en 1989, Beristain puntualizaba: “La *investigación y la docencia de los avances criminológicos* conseguidos en los últimos decenios han de servir como instrumento científico (respetuoso de los derechos humanos) para la repersonalización de los privados de libertad” (Beristain, 1989, p. 161³⁰).

28 En igual sentido, aunque en relación con el Derecho español, v. Rodríguez Núñez, 2004, p. 736.

29 En esta sintonía, Gil Gil señala que, en la jurisprudencia española, se percibe “...en muchas resoluciones una trasmutación del mandato resocializador en uno meramente no desocializador” (Gil Gil, 2021, p. 94).

30 Allí el criminólogo agregaba: “Al mismo fin han de tender los estudios sobre las cuestiones introducidas recientemente en el campo de la Criminología. Nos referimos, en concreto, a la superación del triple objeto de la Criminología tradicional: delito, delincuente y pena. Como todos sabemos, a estos tres temas se han añadido hoy: la víctima y los encargados del control social...”.

Junto a todo cuanto se ha expresado, y como consecuencia de ello, cabe asegurar que, en materia de ejecución penitenciaria, el orden jurídico argentino ha adoptado un modelo de readaptación social mínimo.

Lo ha hecho de modo explícito la literalidad del art. 1º de la ley 24.660, en cuanto alude a la reinserción social del condenado mediante su adquisición de "...la capacidad de comprender y respetar la ley", conformándose con una alineación de la actuación externa del delincuente a la legalidad formal que le permita restablecer su respeto por las normas básicas que rigen en la sociedad.

Pero lo ha realizado también en forma implícita el sistema normativo del bloque de constitucionalidad federal –o sea, el ordenamiento constitucional integrado por la Constitución argentina y los tratados internacionales de derechos humanos que adquirieron raigambre constitucional por virtud del art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema-, en cuanto eleva a la categoría de principio de jerarquía constitucional el derecho a la dignidad humana de la persona privada de la libertad (art. 10, apartado 1, P.I.DD.CC.PP.; art. 5, apartado 2, 2ª disposición, C.A.DD.HH.; art. 75, inc. 22, Const. argentina), que impide cualquier injerencia estatal –incluso la intervención penitenciaria- con aptitud para interferir, entre muchos aspectos, en las actitudes internas, en las opciones ideológicas y en la escala de valores del condenado.

Por lo demás, también las reglas del *soft law* se inclinan por los paradigmas resocializadores mínimos.

Así parecieran hacerlo, por ejemplo, las "Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos" (Reglas Mandela) establecen: "Los objetivos de las penas y medidas privativas de libertad son principalmente proteger a la sociedad contra el delito y reducir la reincidencia. Esos objetivos solo pueden alcanzarse si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, la reinserción de los exreclusos en la sociedad tras su puesta en libertad, de modo que *puedan vivir conforme a la ley* y mantenerse con el producto de su trabajo" (regla 4.1).

En nuestra opinión, la expresión "*puedan* [los reclusos] *vivir conforme a la ley*", por su textura abierta, puede razonablemente ser interpretada como sinónimo de "*quiera* [el recluso] *sujetar su comportamiento externo a lo que exige la ley*" y, primordialmente, *tenga los recursos personales que le permitan hacerlo*. Es que, según puede apreciarse a partir de la transcripción de esta directriz, ella en modo alguno exige que el condenado desee respetar la ley en función de su "plausibilidad" *axiológica* o *moral*, sino que se conforma con el mero apego del comportamiento externo del sujeto a las exigencias de la legalidad, cualquiera sea las motivaciones que impulsan esa elección.

Por lo demás, no debe verse esto como una suerte de "hipocresía moral", sino como la consecuencia de una legislación penal, como la nuestra, cuyo objetivo es garantizar la convivencia social y no la vigencia de determinados principios trascendentales u objetivos metafísicos.

Aparentemente en la misma línea, la organización Reforma Penal Internacional aduce en su "Manual de buena práctica penitenciaria" que la protección de la sociedad mediante la persecución de la adecuada reinserción del condenado debe intentarse "...mediante la limitación de los efectos dañinos del encarcelamiento tanto como sea posible, tratando de persuadir al recluso para que enfrente su comportamiento delictual y ayudándolo a utilizar las oportunidades disponibles, para que se prepare para una vida socialmente responsable y aceptable después de recuperar la libertad" (Reforma Penal Internacional, 2002, p. 29).

IV. Conclusiones

1. Ante la contradicción institucional de la institución carcelaria, e incluso ante el fracaso de la finalidad resocializadora que se atribuye a ella y los efectos deteriorantes del alojamiento del recluso en una institución total, resulta insoslayable volver la mirada sobre la legitimidad misma de la pena de prisión.

2. Sin perjuicio de lo anterior, cabe sostener que el problema de la *función de la pena* se vincula con las *finalidades* que se atribuyen a ella, y es un asunto de importancia radical, pues las finalidades que la privación de la libertad *debe* cumplir y, ya en el plano empírico –analizado con perspectiva sociológica–, las que *efectivamente cumple*, constituyen condiciones de legitimación del sometimiento de un ser humano concreto a persecución, juzgamiento y castigo por la comisión de un hecho delictuoso.

Por lo demás, la función de la pena constituye un tema inevitablemente *valorativo*, opinable y sustraído a la posibilidad de una respuesta independiente del punto de vista que se adopte ante la cuestión de la función a atribuir al Estado. La pena es, en efecto, uno de los instrumentos más característicos con que cuenta el Estado para imponer sus normas jurídicas, y su función depende de la que se asigne al Estado.

3. Ahora bien, el *programa constitucional de la ejecución de las medidas de encierro carcelario de nuestro país*, y también su normativa infraconstitucional, consagran el llamado “ideal resocializador”, con arreglo al cual la finalidad esencial del encierro carcelario ha de consistir en la reforma y la readaptación social del condenado (art. 10, apartado 3, P.I.DD.CC.PP.; art. 5, apartado 6º, C.A.DD.HH.), o sea, en su adecuada reinserción social (art. 1 ley 24.660, de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad).

4. En un Estado social y democrático de Derecho como el argentino, que brinda tutela constitucional al derecho a la dignidad humana de toda persona (art. 10, apartado 1, P.I.DD.CC.PP.; art. 5, apartado 2, 2ª disposición, C.A.DD.HH.), el *único modelo de resocialización que es admisible es la resocialización para la legalidad o paradigma resocializador mínimo*, conforme el cual la ejecución de la pena privativa de la libertad debe orientarse sólo a lograr que el delincuente adecue su comportamiento externo al marco de la ley. El derecho a la dignidad personal –concebida en términos kantianos– reconoce, como perteneciente a cada ser humano, una capacidad personal que le permite adoptar –libremente, sin ninguna injerencia estatal– sus propias decisiones sobre sí mismo, sobre su conciencia y sobre la configuración del mundo que lo rodea.

Idéntica conclusión –en orden a la exclusiva admisibilidad constitucional de un paradigma reeducador mínimo– viene impuesta por las propias disposiciones de la ley penitenciaria que receptan el ideal resocializador; principalmente, el art. 1 de la ley 24.600, de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad.

La ejecución de la pena privativa de la libertad se muestra, así, como el instrumento enderezado a lograr restablecer en el condenado el respeto por las normas penales fundamentales que él ha inobservado, para lograr que, absteniéndose de cometer nuevos delitos, acomode su comportamiento futuro a las expectativas de conducta contenidas en tales disposiciones.

Con arreglo a esta lógica discursiva, el medio para la consecución de dicho objetivo no puede ser otro que ofrecerle al condenado los elementos para un desarrollo personal que le permita fortalecer su *competencia* para configurar su propio plan de vida y su capacidad de reflexión sobre las consecuencias de su propia acción, para que de ese modo, al recuperar su libertad, pueda desenvolverse eficazmente en la vida en sociedad mediante el cumplimiento de las expectativas inherentes a un *rol visto como “positivo” por la comunidad en que habrá de reinsertarse*.

Si se admite que en la mayoría de los casos la prisionización tiene por causa, no ya la comisión de delitos, sino la *vulnerabilidad* del sujeto y la *torpeza* en la perpetración de aquéllos –evidenciada en la importante cantidad de hechos sorprendidos en flagrancia–, puede sostenerse que las herramientas de un tal desarrollo personal del preso son aquellos que le hagan reducir su nivel de vulnerabilidad frente al sistema penal del Estado. Sólo así podrá lograrse la remoción de las causas de la prisionización del condenado.

La reinserción social del recluso, en definitiva, habrá de procurarse mediante el ofrecimiento –al condenado– de un proceso de formación integral de su personalidad que lo dote de instrumentos eficientes para su propia emancipación y preparación para la vida en libertad.

Se trata, al fin y al cabo, de que el condenado pueda conocer opciones de vida diferentes al delito para que, a través de las mismas, opte por configurar el mundo haciendo uso de su libertad sin dañar a los demás.

V. Referencias

- Arocena, G.A. (2014). *Principios básicos de la ejecución de la pena privativa de la libertad*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Beristain, A. (1989). “La aportación de los institutos de criminología a las instituciones penitenciarias”. En *Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología de San Sebastián*, número extraordinario 2, 161-162.
- Bidart Campos, G. (1997). *Tratado elemental de derecho constitucional*. Buenos Aires: Ediar.
- Centro de Estudios Latinoamericanos sobre Inseguridad y Violencia – CELIV (2022). *Reincidencia en Argentina. Informe 2022*. Buenos Aires: Universidad Nacional Tres de Febrero.
- Cervelló Donderis, V. (2005). “El sentido actual del principio constitucional de reeducación y reinserción social”. En AA.VV., *Presente y futuro de la Constitución española de 1978*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cesano, J.D. (2007). “Ejecución de la pena privativa de la libertad y voluntariedad del tratamiento”. En *LexisNexis Córdoba*, nº 2.
- (2009). *La ejecución de la pena privativa de libertad. Una lectura desde la perspectiva del Derecho internacional de los derechos humanos*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana – Grupo Editorial Ibáñez.
- (1997). *Los objetivos constitucionales de la ejecución penitenciaria*. Córdoba: Alveroni.
- Clemmer, P. (1940). *The prison community*. Boston: Cristopher Publishing Co.
- De la Cuesta Arzamendi, J.L. (1993). “La resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria”. En *Papers d'Estudis i Formació*, nº 12.
- De la Fuente, J.E. – Salduna, M. (2019). “Capítulo I. Principios básicos de la ejecución”. En AA.VV., *Ejecución de la pena privativa de la libertad. Comentario a la Ley n.º 24.660 reformada por la Ley n.º 27.375*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editores del Sur.
- Elbert, C. (2004). *Manual básico de criminología*. 3ª edición. Buenos Aires: Eudeba.
- Ferrajoli, L. (1999). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- (2018). *El paradigma garantista. Filosofía crítica del derecho penal*. Edición de Dario Ippolito y Simone Spina. Revisión de la edición española de Andrea Greppi. Madrid: Trotta.
- García-Pablos de Molina, A. (1979). “La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo”. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid: Ministerio de Justicia.

- Garzón Valdés, E. (2006). “¿Cuál es la relevancia moral de la dignidad humana?”. En Bulygin, Eugenio, *El positivismo jurídico*. México: Fontamara.
- Gil Gil, A. (2021). “El concepto de resocialización en la jurisprudencia española. Especial atención a la delincuencia de motivación política”. En *ADPCP*, vol. LXXIV.
- González Placencia, L. – Morales Sánchez, J. (2011). “Los derechos humanos de las personas privadas de la libertad: Fundamento de la ejecución de la pena y la reinserción social”. En AA.VV., *Entre libertad y castigo: dilemas del estado contemporáneo. Estudios en homenaje a la Maestra Emma Mendoza Bremauntz*. México: Facultad de Derecho (U.N.A.M.) – Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminológica de la Universidad Autónoma de Nuevo León – Comunidad Jurídica – Editora Laguna – El Colegio de Guerrero – Criminogénesis – Instituto de Estudios Parlamentarios “Eduardo Neri”.
- Häberle, P. (2007). *El Estado constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- Kant, I. (1996). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. México: Porrúa.
- Landa Gorostiza, J.M. (2017). “Fines de la pena en fase de ejecución penitenciaria: reflexiones a la luz de la prisión permanente revisable”. En *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, n.º 18, pp. 91-140.
- Lewis, J.T. (2002). “El juicio acerca del grado de reinserción alcanzado”. En AA.VV., *Anuario de Derecho de Ejecución Penal. IV Encuentro Nacional de Ejecución Penal -Mar del Plata, 21, 22 y 23 de noviembre de 2002-*. Mar del Plata: Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata – Ediciones Suárez.
- Martinson, R. (1979). “New Findings, New Views: A Note of Caution Regarding Sentencing Reform”. En *Hofstra Law Review*, volume 7, issue 2.
- (1974). “What works? Questions and answers about prison reform”. En *The Public Interest*, vol. 35, p. 22-54. Washington, DC: National Affairs Inc.
- Michellini, D.J. (2010). “Dignidad humana en Kant y Habermas”. En *Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las Ideas*. Revista anual de la Unidad de Historiografía e Historia de las Ideas (INCIHUSA – CONICET / Mendoza), vol. 12, n.º 1.
- Midón, M.A.R. (2009). “El Estado de Derecho y el principio de legalidad”. En AA.VV., *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Muñoz Conde, F. (1979). “La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito”. En *Doctrina Penal*, año 2, n.ºs 5 a 8.
- Nino, C.S. (2000). *Fundamentos de derecho constitucional*. 1ª edición, 1ª reimpresión. Buenos Aires: Astrea.
- (1999). *Introducción al análisis del Derecho*. 9ª edición. Barcelona: Ariel.
- Ortiz de Urbina Gimeno, Í. (2006). “¿Y ahora qué? La criminología y los criminólogos tras el declive del ideal resocializador”. En *Revista de Libros*, 1 de marzo.
- Pérez Fernández, E. – Redondo Illescas, S. (1991). “Efectos psicológicos de la estancia en prisión”. En *Papeles del Psicólogo*, vol. 48.
- Pérez Triviño, J.L. (2007). “La relevancia de la dignidad humana. Un comentario”. En *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 30.
- Rafecas, D. (2021). *Derecho penal sobre bases constitucionales*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot.
- Reforma Penal Internacional (2002). *Manual de Buena Práctica Penitenciaria*. 2ª edición. San José (Guayacán).

- Rodríguez Núñez, A. (2004). "Fórmulas para la resocialización del delincuente en la legislación y el sistema penitenciario españoles". En AA.VV., *El penalista liberal. Controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, procesal penal y Criminología*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Roxin, C. (2008). "Sentido y límites de la pena estatal". En Roxin, C. *Fundamentos político-criminales del Derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Sáenz Rojas, M.A. (2007). "El discurso resocializador: hacia una nueva propuesta para el sistema penitenciario". En *Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Costa Rica*, nº 115 (I).
- Salt, M.G. (1999). "Los derechos fundamentales de los reclusos en Argentina". En Rivera Beiras, I. – Salt, M.G. *Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Segovia, J.L. (2005). "Del sueño de la reinserción social a la pura retribución. Cambio de paradigma y reformas penales". En AA.VV., *Las cárceles de la democracia. Del déficit de ciudadanía a la producción de control*. Madrid: Ediciones Bajo Cero.
- SNEEP 2021, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Dirección Nacional de Política Criminal en materia de Justicia y Legislación Penal, disponible en World Wide Web: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2022/10/informe_sneep_argentina_2021_2.pdf (accedido el 7 de diciembre de 2022).
- Würtenberger, T. (1967). *Persona y ley jurídica. Contribución a una futura antropología del Derecho*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, Dirección General de Publicaciones.
- Zaffaroni, E.R. (1997). "Los objetivos del sistema penitenciario y las normas constitucionales". En AA.VV., *Jornadas sobre sistema penitenciario y derechos humanos*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Zaffaroni, E.R. – Alagia, A. – Slokar, A. (2000). *Derecho penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar.