

RONI Y ENSAYOS



DOSSIER: SISTEMA CARCELARIO

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL: *Las penas crueles son penas.*

SLOKAR, ALEJANDRO W.: *Forma-Estado democrática y actuación penitenciaria (poder y libertad en el ámbito carcelario)*

NIÑO, LUIS FERNANDO: *La situación carcelaria en la América latina de fin de siglo y el malestar en la cultura jurídica.*

NEUMAN, ELIJAH: *No a la prisión.*

ELBERT, CARLOS ALBERTO: *Cárceles y penas, al filo del tercer milenio.*

PEGORARO, JUAN S.: *Notas sobre la cuestión carcelaria y las teorías sociales.*

FERNÁNDEZ BLANCO, CAROLINA: *La prisión preventiva, su adecuación al programa constitucional argentino.*

INFORME AL HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN SOBRE LAS TAREAS DESARROLLADAS POR EL PROCURADOR PENITENCIARIO, DOCTOR EUGENIO PABLO FRIEDAS, EN EL SEGUNDO AÑO DE GESTIÓN (1994-95).

ROTMAN, EDGARDO: *El sistema carcelario en Estados Unidos. Régimen legal de las cárceles y derechos de los presos (situación actual en los Estados Unidos).*

RESOLUCIONES DE LAS JORNADAS LATINOAMERICANAS DE DERECHO TRIBUTARIO.

LECCIONES

CORTI, HORACIO G. A.: *Derecho e ideología.*

FILIPETTO, MARÍA VICTORIA: *Difamación y real malicia en EE.UU. y Argentina: reseña y comparación.*

ENSAYOS

FONDEVILA, GUSTAVO: *Comprensión y método: para un modelo de ciencia social del Derecho.*

UNIVERSITARIAS

FINC, OWEN M.: *Los derechos humanos como un ideal social.*

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
ARGENTINA



LECCIONES Y ENSAYOS
DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Donacion 18/02/98
F. S. B. A.

LECCIONES Y ENSAYOS



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Decano

Prof. Andrés A. J. D'Aleixo

Vicedecano

Prof. Guillermo E. Moncayo

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Director

Prof. Héctor Raúl Sandler

Subdirectora

Mary Ana Beloff

Secretaria

Carlos Parise

Consejo asesor

Prof. Héctor Alegria

Prof. Julio C. Costa Rica

Prof. Marcelo U. Salerno

Prof. Marcelo A. Sancinetti

Prof. Horacio Sanguinetti

REVISTA LECCIONES Y ENSAYOS

Directora (interina): Silvia G. Peratelli

Redactores: Leonardo G. Filippini

Juan Francisco Freire Aurich

Laura E. Lado

Julieta Rossi

Colaboradoras:

Denise Bloch

Maria Cristal

Agustín Fleh

Rodrigo P. Freire Méndez

Graciela Ledesma

Natalia Méndez

Ezequiel Nino

Jacqueline Sánchez

Elana Santanastaglia

C5:34
L462

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

LECCIONES Y ENSAYOS

1996 - 66



ABELEDOPERROT
BUENOS AIRES

Esta publicación es tribuna libre de expresión de las ideas
y opiniones de juristas y estudiantes. El Consejo Directivo
no se solidariza con las expresiones vertidas por los autores
en los artículos.

Correspondencia: Dirigirse a
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
Departamento de Publicaciones

Figueras Alcorta 2263
1425 - Buenos Aires - Argentina

Todos los derechos reservados
© by ABELEDO-PERROT S.A.E. e I.
Lavalle 1280 - 1048 - Buenos Aires - Argentina

I.S.S.N.: 0024-0079

Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723

Se terminó de imprimir el día 5 de noviembre de 1996,
en ARTES GRÁFICAS CANDIL S.R.L.,
sito en la calle Nauragua 4463, Buenos Aires, República Argentina.

EDITORIAL

La tolerancia y el respeto mutuos, y particularmente la pacífica aceptación de que la posición del "otro" es tan defendible como la propia, son virtudes indispensables para la discusión democrática. Es por ello que, en el proceso de toma de decisiones, aun cuando este tipo de discusión no garantiza el mejor resultado, garantiza sí el menos arbitrario.

Sin embargo, los prejuicios, la soberbia y la desconfianza muchas veces obstruyen el intercambio de ideas, aumentando así el margen de injusticia de las decisiones comunitarias.

A pesar de sus ya históricas limitaciones, *Lecciones y Ensayos* intenta ser el resultado de una discusión democrática. Ello no siempre se logra. Lo seguimos intentando.

ÍNDICE

Editorial	7
-----------------	---

DOSSIER: SISTEMA CARCELARIO

Zaffaroni, Eugenio Raúl, Las penas crueles son penas ..	13 ✓
Slekar, Alejandro W., Forma-Estado democrática y actuación penitenciaria (poder y libertad en el ámbito carcelario)	29
Niño, Luis Fernando, La situación carcelaria en la América latina de fin de siglo y el malestar en la cultura jurídica	35 ✓
Neuman, Elías, No a la prisión	45 /
Elbert, Carlos Alberto, Cárceles y penas, al filo del tercer milenio	65 ✓
Pegoraro, Juan S., Notas sobre la cuestión carcelaria y las teorías sociales	69 /
Fernández Blanco, Carolina, La prisión preventiva, su adecuación al programa constitucional argentino	89 ✓
Informe al Honorable Congreso de la Nación sobre las tareas desarrolladas por el Procurador Penitenciario, doctor Eugenio Pablo Preixas, en el segundo año de gestión (1994-95)	113 -
Rotman, Edgardo, El sistema carcelario en Estados Unidos. Régimen legal de las cárceles y derechos de los presos (situación actual en los Estados Unidos)	149 /

LECCIONES

Corti, Horacio G. A., Derecho e ideología	175	/
Filipetto, María Victoria, Difamación y real malicia en EE.UU y Argentina: reseña y comparación	209	

ENSAYOS

Fondevila, Gustavo, Comprensión y método: para un modelo de ciencia social del Derecho	225	
--	-----	--

UNIVERSITARIAS

Fiss, Owen M., Los derechos humanos como un ideal social	249	
--	-----	--

DOSSIER:
SISTEMA CARCELARIO

LAS PENAS CRUELES SON PENAS*

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI**

I. PLANTEAMIENTO

El título de la presente relación es una verdad de Perogrullo, pero con demasiada frecuencia este género de verdades deben ser descubiertas en el plano jurídico, donde suelen ocultarlas los discursos que no discriminan entre lo descriptivo y lo prescriptivo.

Por ello apelo a ese enunciado simplista para tratar de plantear los efectos que debe tener sobre la pena legal la circunstancia de que al sujeto de la misma se lo victimice por parte de los propios agentes del Estado —o por omisión de los mismos— y en razón del delito cometido, como sujeto pasivo de desaparición forzada, torturas, malos tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, prohibidas por el artículo 12³ constitucional.

Mucho se ha escrito en cuanto a la depuración de las fórmulas que garantizan contra tales hechos en el plano consti-

* El presente artículo fue publicado con anterioridad en la revista *Nuevo Foro Penal*, Medellín (Colombia), 1994.

** Profesor en la Universidad de Buenos Aires, Director del Departamento de Derecho Penal y Criminología.

³ N. de la R. El artículo 12 de la Constitución política de Colombia dice: "Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes".

tucional e internacional, como también en cuanto a la técnica de construcción de los tipos penales de *delicto propio* de los funcionarios responsables. No obstante la cuestión del efecto que esos actos deben tener sobre las penas que se impongan o que vengan cumpliendo sus víctimas, puede decirse que se ha pasado por alto. Dicho vacío parece significar que la mencionada victimización es absolutamente irrelevante en cuanto a la punibilidad y en cuanto a la cuantificación e individualización de las penas.

Algunas leyes de la región han dispuesto rebajas generales de penas, acudiendo a fórmulas emparentadas con la amnistía, en razón del maltrato sufrido en cárceles dictatoriales. Tales fueron los casos de Argentina y Uruguay al término de las dictaduras militares en la década pasada. Pero en términos dogmático-jurídicos el debate respectivo no se ha planteado, o sea que, de *lege lata*, poco o nada se ha dicho. alguna sentencia ha recogido esa circunstancia como atenuante, pero, como corresponde a una sentencia, sin una teorización al respecto. La doctrina latinoamericana guarda un silencio casi absoluto.

En las legislaciones no existe ninguna disposición expresa y el silencio absoluto de la doctrina latinoamericana puede atribuirse, en buena medida al menos, a que la principal fuente inspiradora de la misma es europea, doctrina para la cual, como mínimo desde la posguerra, el problema es casi abstracto en su realidad, especialmente en los países con mayor desarrollo teórico. Lamentablemente en América latina sucede todo lo contrario: los hechos que prohíbe el artículo 12 constitucional son muy numerosos y lo mismo puede decirse de la gran parte de los países periféricos del poder mundial, como es comprobable con la simple lectura de los informes y boletines de "Amnesty", por ejemplo.

El tema no es, pues, abstracto o especulativo en nuestra región, sino de altísimo nivel práctico cotidiano.

En la realidad operativa de nuestros sistemas penales, la omisión o silencio en torno del problema provoca una paradoja realmente irritante: la denuncia de los hechos, cuando las víctimas vencen el temor y la formulan, permite por lo general su comprobación por vía médico-forense o análoga, pero las precauciones tomadas por sus autores impiden en la mayor parte de los casos su individualización, por lo que la investigación policial concluye en sobreesimiento o prescripción, en

tanto que las víctimas son condenadas o continúan cumpliendo su pena, sin que esos hechos tengan sobre la pena que se impone o la que sufre más efecto que el de una mera circunstancia anecdótica o de lamentable accidente. La situación permanece "normalizada" en estos términos y como nadie la problematiza, pareciera que se presuponen argumentos jurídicos sólidos para sostenerla, cuando en realidad nadie los ha enunciado ni explicitado y su supuesta obviedad, cuando la tocamos levemente con criterio jurídico, se nos desmorona sorprendentemente, mostrando su inconsistencia.

La ausencia de debate y de problematización de la cuestión nos priva de los argumentos reales que sustentan la indiferencia de las victimizaciones del artículo 12 constitucional sobre las penas impuestas o en vías de ejecución sobre las víctimas. Por ende, no nos resta otro camino que apelar a argumentos imaginarios, no explicitados hasta ahora.

Así, en un nivel teórico muy bajo, podría argumentarse que ante el silencio de la ley se impone no relevar la victimización del autor respecto de la pena formal. También en el caso del penado sobre el que se ejecutase una pena cruel mientras está cumpliendo la pena legal, podría imaginarse la invocación de la intangibilidad de la "cosa juzgada".

En otro nivel, aunque no muy alto, es imaginable la invocación de una caricatura de dialéctica idealista, afirmando que las penas crueles son actos injustos que quedan cancelados con la aplicación de la respectiva pena que reafirma el derecho frente a ellos, por lo que no podrían ser relevados a ningún otro efecto, inclusive, por supuesto, en la cuantía de la pena que se imponga o se haga ejecutar a la víctima.

Insistimos en que estas argumentaciones son supuestas, por lo que nos vemos necesitados a confrontar discursos imaginarios. De los mencionados, no nos ocuparemos aquí de la caricatura de dialéctica idealista, porque corresponde a un concepto de pena que prácticamente se ha descartado en la doctrina contemporánea. Cabe aclarar, aunque la discusión no tenga más valor que el histórico, que incluso dentro de esa corriente no sería admisible, por lo que preferimos hablar de "caricatura" y no del verdadero discurso de la dialéctica idealista.

Del mismo modo, no vale la pena detenerse en la cuestión de la "cosa juzgada", puesto que ésta es una garantía para el

penado, que siempre cede ante un hecho posterior y cuya valoración jurisdiccional sólo puede beneficiarle. Es absurdo oponer una garantía para perjudicar al que la garantía ampara. Lamentablemente, éste suele ser el criterio perverso con que se manipulan algunos principios garantizadores, en particular cuando se invoca la "certeza" del Derecho, pretendiendo confundir la seguridad de respuesta con la seguridad jurídica. Se olvida que la seguridad jurídica la proporcionan los límites máximos claros a la autoridad estatal, pero que la posibilidad de que la autoridad estatal no avance hasta ese límite no afecta la seguridad del ciudadano o seguridad jurídica, aunque debilite la seguridad de respuesta. Un derecho penal que sancione todos los delitos con la pena de muerte tendría una seguridad de respuesta absoluta, aunque no tendría ninguna seguridad jurídica el sometido al mismo.

Como consecuencia de lo expuesto, nos centraremos únicamente en el argumento basado en el supuesto silencio de la ley. En tal sentido, es bien obvio que los códigos guardan absoluto silencio. No obstante, eso no prueba en modo alguno el pretendido silencio de la ley. En la actualidad es criterio unánime que la primera fuente de conocimiento del derecho penal es la ley constitucional y que ello corresponde exactamente a la moderna idea del "Estado de Derecho" (art. 1º constitucional)². La Constitución colombiana dice claramente que ésta es "norma de normas" (art. 4º)³. La cuestión se traslada, pues, a un interrogante de interpretación constitucional: ante el silencio de la ley penal ¿qué solución impone la ley constitucional?

² *N. de la R.* El artículo 1º constitucional dice: "Colombia es un Estado social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general".

³ *N. de la R.* El artículo 4º constitucional dice: "La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

"Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes y respetar y obedecer a las autoridades".

**II. EN LA CONSTITUCIÓN HAY DOS CONCEPTOS DE "PENAS":
UNO DESCRIPTIVO, GENÉRICO (O SEMÁNTICO)
Y OTRO PRESCRIPTIVO (O CONSTITUCIONAL
EN SENTIDO ESTRICTO)**

No podemos pasar por alto la observación que seguramente se formulará de que no hay un concepto constitucional de "pena" porque la Constitución política no define a la pena. Este género de argumentos olvida que las vacas eran vacas antes de que alguien las definiera y, aún más, las vacas no se han enterado de que están definidas.

La Constitución política, como cualquier discurso que menta la pena, no necesita definirla, como no necesitamos definir todos los entes que mencionamos, ni en el lenguaje corriente ni en el legislativo. No hay definiciones constitucionales del hombre y de la mujer, del perro y del gato, de la casa y de los ríos y mares. Se mencionan las cosas y se presupone la incorporación de su sentido semántico corriente. Así, el sentido semántico corriente de la pena no puede ser otro que el de respuesta estatal a un delito. Esto es pena para cualquiera y también para la Constitución política. No es más que un sentido genérico al que la Constitución se vincula, para luego distinguir las penas constitucionales de las penas inconstitucionales o prohibidas.

La definición constitucional de pena —cuya ausencia algunos lamentarán— nunca puede pasar del conjunto de requisitos que deban cumplir las penas para ser constitucionales. Para continuar con los ejemplos vacunos, digamos que si la Constitución política dispusiera que el Estado compre vacas negras, esto no significaría que las restantes vacas no fuesen vacas. Las famosas definiciones constitucionales o legales de las penas no son más que síntesis de los requisitos que deben cumplir las penas para ser legales o constitucionales. Es una mera cuestión de técnica legislativa decidir si es preferible enumerar esos requisitos o exponerlos sintéticamente, o hacer ambas cosas. Por nuestra parte, preferimos que un texto constitucional los enumere claramente y que la síntesis la deje librada a la doctrina, pues justamente el cometido de la doctrina es la formulación de síntesis, en tanto que el de la legislación es precisar los requisitos con exactitud, en el entendimiento de que siempre se trata de requisitos de las penas constitucionales, o sea, *prescripciones* que

equivalen a decir "el Estado colombiano sólo debe imponer y ejecutar penas con los requisitos a, b, c..." o, lo que es lo mismo, "el Estado colombiano no debe imponer ni ejecutar penas sin los requisitos a, b, c...".

Las definiciones legales de pena siempre son conceptos prescriptivos que indican el *deber ser* de las penas legales, pero no son descripciones de "la" pena, que inevitablemente deben darse por presupuestas y pertenecientes al lenguaje ordinario, como género ineludible al que el discurso legislativo debe vincularse para elaborar sus prescripciones. Se puede prohibir u ordenar algo que acontece en la realidad y para ello no puede menos que apelarse a un lenguaje que denote la parte de la realidad que se quiere regular con la prescripción o la prohibición. De lo contrario se pretendería un absurdo inextricable e incomprensible: se pretendería construir por prescripción (*deber ser*) un ámbito para regularlo con otra prescripción (*deber ser*), con lo cual la prescripción sería como *debe ser* algo que *debe ser*: las vacas manchadas, overas, blancas, etcétera, no deben ser vacas; luego, se prohíben las vacas no vacas.

Este absurdo no sólo está vedado por el simple ejercicio de la razón, sino que lo prohíbe el principio republicano de gobierno (art. 1º constitucional), que impone la racionalidad de los actos de gobierno, abarcando en tal carácter, sin duda, a los actos jurisdiccionales o sentencias.

En el artículo 12 constitucional queda claro que no se pretende un absurdo semejante. Ese dispositivo prohíbe las penas crueles, inhumanas o degradantes. Esto significa que *no deben imponerse ni ejecutarse penas crueles (prescripción)*. Lo mismo puede decirse del artículo 29*: *no deben imponerse*

* *N. de la R.* El artículo 29 constitucional dice: "El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

"Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

"En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

"Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y al juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presen-

ni ejecutarse penas sino después del debido proceso. El "las penas no deben ser así" (deber ser) presupone que "puede haber penas que sean así" (ser), pero las penas que sean y las que no sean así, ambas son penas, en el sentido semántico o descriptivo al que la Constitución se vincula, como único recurso para distinguir dentro de un género "pena" cuáles son las especies prohibidas y cuáles las no prohibidas. Para el artículo 12 constitucional, sin duda, las penas crueles, inhumanas o degradantes son penas.

Descendiendo al plano legislativo y pese a ser criticable (por su inexplicable y peligrosa contradicción) el artículo 12 del Código Penal ("la pena tiene función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora"), no se tratarían más que de requisitos legales de las penas que completarían los constitucionales, pero siempre como prescripción y no como concepto semántico o descriptivo. No puede ser entendido de otro modo que como "la pena legal debe tener por función", siendo pena ilegal la que no tenga esa función, sin que por ser ilegal deje de ser pena.

III. LA ESTRUCTURA CONCEPTUAL DEL ARTÍCULO 12 CONSTITUCIONAL

La lectura superficial del artículo 12 constitucional, cuando declara enfáticamente que "nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes", podría dar lugar a la falsa idea de que las desapariciones forzadas, la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes, no son penas. Esta lectura sería demasiado simplista y aún menos que exagética. Este texto, como cualquier texto jurídico, requiere una interpretación dogmática.

Los conceptos del artículo 12 no son independientes, sino que están vinculados por diferentes ámbitos abarcativos, que los conectan como más amplios y más reducidos dentro de un

tar pruebas y a controvertir las que se allegan en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

"Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso".

fenómeno único. La jerarquización por el ámbito conmutativo de sus enunciados, responde a un doble criterio: a) en cuanto a la entidad del mal inferido; b) en cuanto a la causa por la cual se infiere ese mal.

a) Es innegable que la tortura es un trato cruel, inhumano y degradante. También lo es la desaparición forzada de personas. Podría decirse que ambos son casos extremos dentro del género de los tratos crueles, inhumanos o degradantes. Luego:

Tratos crueles, inhumanos o degradantes	{	desaparición forzada de personas; torturas;
		otros tratos análogamente crueles, inhumanos o degradantes.

b) El texto se refiere a "tratos o penas crueles". Toda pena es, sin duda, un trato que se depara a una persona. Según el sentido descriptivo o semántico al que la Constitución se vincula, la pena sería el trato que se depara a una persona por parte del Estado en razón o a causa de un delito que esta persona haya cometido. Por ende, los tratos crueles, inhumanos o degradantes pueden o no ser penas, según que sean impuestos a causa de un delito que la víctima haya cometido o por otra causa diferente (mera antipatía política, por ejemplo).

Por ende, "tratos crueles, inhumanos o degradantes" es un género que abarca a los que se imponen con sentido punitivo tanto como a los que se imponen sin ese sentido.

Luego:

Tratos crueles, inhumanos o degradantes	{	penas crueles, inhumanas o degradantes
		simples tratos crueles, inhumanos o degradantes

En ambos casos (a y b), el *género prohibido* son los *tratos crueles, inhumanos o degradantes*, con la *aclaración o precisión* en cuanto a su *intensidad*, de que en sus grados máxi-

mos abarcan la desaparición forzada y la tortura y, en cuanto a su causa, de que también abarcan los que se impongan como respuesta a un delito cometido por la víctima (las penas crueles, inhumanas o degradantes).

IV. LAS PENAS ILÍCITAS Y EL ESTADO

No es nuestro propósito criticar a los teóricos del Estado y ni siquiera penetrar en su ámbito, pero lo cierto es que el Estado frecuentemente asume los caracteres de un personaje curioso, cuyas calidades ambicionáramos muchas personas de carne y hueso. Sería muy útil para cualquiera de nosotros tener, por ejemplo, la posibilidad de espiritualizarnos y materializarnos a gusto y de asumir la autoría de nuestros actos cuando son buenos y descargarla en otros cuando son malos. Cualquiera que sea la racionalización teórica que se esgrima para hacer del Estado tan curioso como escurrizado personaje, creo que nadie puede admitir estas características en un "Estado social de Derecho" (art. 1º constitucional).

Creemos que en la Constitución política hay sobrada normativa que obliga al Estado a asumir su responsabilidad por los actos lesivos de sus servidores. En principio, además de principio republicano generalizado, está escrito expresamente que el Estado existe y se justifica precisamente porque debe proteger los derechos de los ciudadanos y de los habitantes. Claramente se dice que "las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades" (art. 2º constitucional)³.

³ N. de la R. El artículo 2º constitucional dice: "Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo."

"Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares".

La ley constitucional prescribe cómo deben ser las penas, pero, lógicamente, admite como dato de realidad que las penas pueden ser crueles y, justamente, ese dato de realidad es el supuesto fáctico que da vida a los tipos penales de los artículos 272 (privación ilegal de la libertad), 273 (prolongación ilícita de la privación de libertad), 274 (detención arbitraria), 275 (desconocimiento del hábeas corpus), que sólo pueden cometer sus servidores, y del artículo 279 cuando lo cometa uno de éstos. La propia Constitución incorpora el dato fáctico de posibilidad de incumplimiento de los deberes de sus funcionarios, al consagrar la responsabilidad patrimonial estatal en los daños causados por acción u omisión de las autoridades⁶ públicas (art. 90) y la responsabilidad personal de sus servidores por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (art. 87⁷).

Sería absurdo, pues, que el Estado pretenda escurrirse "espiritualizándose" con el argumento de que sus servidores son terceros ajenos al mismo cuando imponen y ejecutan penas ilícitas o cuando omiten las medidas necesarias para evitar que un tercero las ejecute. Semejante pretensión se asemeja a ciertas reglas que los niños pretenden introducir arbitrariamente en sus juegos cuando pierden, más que a argumentos con un mínimo de seriedad.

No caben en este sentido argumentos formales. Sería también inadmisibles, por ejemplo, sostener que "penas crueles" sólo pueden ser las que imponen los jueces en forma no racional. Sin duda que los jueces pueden imponer penas crueles, pero no vemos la razón para considerar tales sólo a las que impone la jurisdicción y dejar fuera del concepto las que no sólo imponen sino que también ejecutan funcionarios del sector ejecutivo o subordinados que, por su mayor arbitra-

⁶ N. de la R. El artículo 90 constitucional dice: "El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas."

"En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culpable de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste."

⁷ N. de la R. El artículo 87 constitucional dice: "Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones."

riedad y falta de forma son más lesivas, más peligrosas y más inconstitucionales. Repugnaría a la racionalidad republicana que sólo se tomasen en cuenta como penas crueles las de los jueces y que quedasen fuera del concepto las que más lesionan a la Constitución, a los ciudadanos y al prestigio del país.

El dolor del torturado, del mutilado, del incapacitado, del sometido a vejámenes, a secuestro, a intromisión arbitraria en su privacidad, a escarnio, por una autoridad estatal y en razón de haber cometido un delito, más allá de cualquier racionalización, no puede dejar de ser vivenciado como una pena cuando es ejecutado por un servidor público que pertenece al poder del sistema penal (juez, policía, penitenciario) o cuando es permitido libremente por éstos. Sólo negando obstinadamente lo que la realidad pone delante de nuestros ojos puede sostenerse que eso no es una pena.

Jamás los padres del liberalismo político y penal al emprender la tarea de limitar la pena, humanizarla y rodearla de garantías, han podido imaginar que sus argumentos limitadores pudieran pervertirse hasta el colmo de que, en lugar de suprimir las penas crueles y atroces, se instrumentan para que, además de éstas, se impongan a las personas penas no crueles. Desde Beccaria hasta Carrara y desde Locke hasta Kant y Feuerbach, se rasgarían las vestiduras: todo su esfuerzo humanista, en lugar de llevar a la supresión de las penas crueles, habría llevado a sumar a las penas inhumanas penas humanas. Triste e inmerecido destino para tantos desvelos: Verri y Hommel lamentarían sus libros contra la tortura.

La Constitución política no puede refrendar este absurdo. La prohibición del doble juzgamiento (art. 29), además de la garantía de la "cosa juzgada" (en materia penal en favor de la persona), implica *a fortiori*, la prohibición de la doble punición. La doctrina colombiana ha reconocido ampliamente la prohibición de la doble punición y su ley penal ha sido pionera en el derecho penal comparado en cuanto a la abolición de la reincidencia con este fundamento.

V. UNA CURIOSA INTERPRETACIÓN DEL PRINCIPIO DE HUMANIDAD DE LA PENA

Las penas no pueden ser inhumanas (art. 12). Este principio se ha invocado reiteradas veces en la legislación comparada para proceder al perdón judicial, a atenuaciones extraordinarias de las penas o a beneficios análogos, cuando el autor de un delito hubiese sufrido en su persona o en la de los próximos parientes un grave daño como resultado o con ocasión de su comportamiento delictivo.

Algo análogo suele disponerse en algunos textos para enfermedades graves o probablemente incurables sobrevinientes. Sin embargo el Estado, este curioso personaje que algunos conciben con los caracteres tan originales que señalamos, no tiene la misma humanidad cuando él mismo es el autor o responsable de esos percances y sus leyes callan al respecto. Esto es mucho más llamativo cuando, en lugar de la humanidad, en esos casos se habla de "inutilidad" de la pena: el Estado consideraría que la pena no tiene utilidad si esas circunstancias las provocan terceros o la fatalidad, pero la seguiría considerando útil si las hubiese provocado él mismo violando la Constitución política y el derecho internacional.

No pretendemos con esto afirmar que las penas crueles deben descontarse de las penas constitucionales o legales en función del principio de humanidad de las penas o de cualquier utilidad que se le asigne a la misma. Esos serían, en último caso, argumentos de refuerzo, porque insistimos en que el fundamento básico de este descuento lo impone la prohibición de doble punición. Sólo mostramos la forma en que se manipulan los principios de humanidad y de utilidad de la pena para excluir de su ámbito los supuestos de victimización del autor del delito por parte de los propios agentes del Estado, con la intención de probar los silenciosos esfuerzos que se han realizado para esquivar la cuestión, o bien, hasta dónde el inconsciente ha traicionado a los teóricos y legisladores. Por esta vía se pretende que estos principios operan si el grave daño lo causó cualquiera o el azar, pero no cuando los hubiera causado quien justamente tenía el deber jurídico público de haberlo evitado, porque para eso existe y esa función es la única que justifica su autoridad (art. 2º constitucional).

VI. LA PROHIBICIÓN DE DOBLE PUNICIÓN RECONOCIDA EN PENAS NO ESTATALES

No es menos curioso que se olviden las penas crueles estatales o que se les niegue el carácter de penas y que, sin embargo, con toda razón se invoque la prohibición de la doble punición para impedir que, cuando una persona perteneciente a una comunidad indígena haya sido sancionada conforme a los usos y leyes de su propia etnia, lo sea nuevamente por la ley estatal. Es más que razonable el criterio, pero lo llamativo es que el Estado vaya abriendo las puertas a este argumento frente a penas que en definitiva son impuestas y ejecutadas por terceros ajenos al mismo y que no muestre la menor atención al problema que se plantea cuando son sus mismos funcionarios quienes las imponen y ejecutan.

Esto significaría que considera a sus propios servidores como más extraños a sí mismo, que el consejo de ancianos de una comunidad indígena.

VII. LA TORTURA ES UNA PENA

Un argumento que podría esgrimirse en favor de la irrelevancia penal de la tortura sufrida, buscando entre los que son imaginables y pensando que siempre el derecho penal autoritario puede apelar a los recursos más extraños, sería o podría ser de carácter histórico, donde la tortura siempre ha sido considerada como un instituto procesal penal y no penal puro. Basándose en que la tortura fue un medio de prueba y no una pena, se sostendría que no corresponde que sea descontada a la pena legal como pena cruel, pues no tendría ese carácter. Quedarían fuera de este concepto de tortura sólo los tormentos impuestos en las viejas penas de muerte "aggravadas". También podría pretenderse circunstanciar el hecho y, según que el funcionario haya empleado la tortura para obtener información o para castigar a la persona, no se la descontaría de la pena legal o se la descontaría de la misma, respectivamente.

Creemos que estas argumentaciones y posibles tentativas de distinguir circunstancias quedarían descartadas por perder importancia frente a la moderna teoría procesal. Aun-

que algunos autores se resisten, nos parece que ha llegado el momento de reconocer como es debido que toda la coacción procesal (incluyendo la prisión o detención preventiva) tiene carácter penal y que la misma y el principio de inocencia son, en definitiva, incompatibles. Cuanto mayor sea la coacción procesal, mayor será la violación al principio de inocencia, porque la coacción procesal no deja nunca de ser una pena anticipada.

La incompatibilidad de la coacción procesal y el principio de inocencia es una realidad que la doctrina debe asumir, junto con la de que no existe ningún principio penal que sea respetado en toda su extensión, sino que todos son violados en alguna medida, y es nuestra función el constante esfuerzo para hacer retroceder los *standards* de violación de tales principios y avanzar los de su realización. Desde este ángulo, poco importa que la tortura haya sido un medio de investigación judicial o que el funcionario que la emplea lo haga para averiguar datos acerca del hecho o de los coautores o partícipes, pues en cualquier caso como parte la naturaleza de coacción procesal que, en el marco de un proceso concebido acusatoriamente, siempre tiene carácter punitivo. La disposición del artículo 54 del Código Penal y las análogas que existen en casi todos los códigos del mundo, al disponer el cómputo de la prisión preventiva como parte de la ejecución de la pena privativa de la libertad, reconocen implícitamente este carácter, aunque la doctrina trate de ocultarlo bajo una nebulosa apelación de la "equidad", que no parece tener en caso de absolución.

VIII. CONSECUENCIAS DE LA CONSIDERACIÓN DE LAS PENAS CRUELES COMO PENAS

Las penas crueles, inhumanas o degradantes no sólo son penas impuestas, sino también generalmente ejecutadas, es decir sufridas, con las que eventualmente debe enfrentarse una magistratura republicana en el momento de imponer una pena o durante la ejecución de una pena, tratándose de hechos desgraciados pero reales, cuya existencia no puede ignorar, dentro de una sana interpretación constitucional.

No cabe duda de que el reconocimiento de esta realidad genera problemas hasta ahora no planteados y jurídicamente curiosos. No es suficiente considerar que hay un supuesto más no escrito en el artículo 64^o del Código Penal, dado que *no se trata de una atenuación de la pena, sino del descuento de una pena sufrida, que puede llegar a suprimir completamente la punibilidad legal, en caso de que la entidad de la pena cruel la haya igualado o superado.*

Debido a que se trata de descontar una pena ya ejecutada en razón del imperativo constitucional de evitar la doble prohibición, lo que reste cumplir de la pena legal puede ser inferior al mínimo de la escala penal del delito de que se trata o bien puede llegar a dar por agotada la pena. En modo alguno se trataría de la usurpación de una función ejecutiva de indulto o conmutación, puesto que sería un recurso análogo al del artículo 54^o del Código Penal, sólo que derivado directamente de la interpretación de la Constitución política.

No hay a este respecto reglas expresas que indiquen cómo se convierte una pena de torturas en tiempo de privación de libertad de una pena legal, por ejemplo. La conver-

² *N. de la R.* El artículo 64 del Código Penal colombiano dice: "Atenuación punitiva: Son circunstancias que atenúan la pena en cuanto no hayan sido previstas de otra manera:

"1^a) La buena conducta anterior.

"2^a) Obrar por motivos nobles o altruistas.

"3^a) Obrar en estado de emoción o pasión excusables, o de temor intenso.

"4^a) La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución del hecho.

"5^a) Haber obrado por sugestión de una muchedumbre en un tumulto.

"6^a) Procurar voluntariamente, después de cometido el hecho, anular o disminuir sus consecuencias.

"7^a) Resarcir voluntariamente el daño, aunque sea en forma parcial.

"8^a) Presentarse voluntariamente a la autoridad después de haber cometido el hecho o evitar la injusta sindicación de terceros.

"9^a) La indigencia o la falta de ilustración, en cuanto haya influido en la ejecución del hecho, y

"10) Las condiciones de inferioridad psíquica determinadas por la edad o por circunstancias orgánicas, en cuanto hayan influido en la ejecución del hecho (C.P.P., 634)".

³ *N. de la R.* El artículo 54 del Código Penal colombiano dice: "Cómputo de la detención preventiva. El tiempo de detención preventiva se tendrá como parte cumplida de la pena privativa de la libertad".

sión cuantificadora de la entidad de las penas crueles para computarlas en las penas legales será cuestión discutible. Una vez más será necesario recordar a los críticos del esfuerzo que se realice la necesidad de distinguir entre seguridad de respuesta y seguridad jurídica: es muy probable que quienes pretendan mantener el *statu quo* a este respecto, también argumenten que, como es discutible la cuantificación para computarla como pena legal sufrida, preferirían que, por "seguridad," nunca se compute nada y siempre se someta a la persona a una doble punición.

Descartado este ridículo argumento que, insistimos, no será insólito, cabría reconocer que cualquier pena es, ante todo, una inflicción de dolor físico o moral, causada por la privación de uno o más derechos y, cada uno de estos derechos tiene una jerarquía que resulta de la Constitución misma y de los instrumentos internacionales, en tanto que, por otro lado, es necesario tener en cuenta el parámetro de la intensidad de lesión al respectivo derecho. Esas serían las bases de comparación que permitirían establecer un acuerdo primario para la conversión. A partir de allí la jurisprudencia y la doctrina deberán encuadrar los casos concretos que se presenten.

Si a este respecto no hay una matemática aplicable, cabe reconocer también que nunca hubo tal exactitud en la cuantificación de la pena, ni siquiera en el arcaico sistema de penas fijas, pues códigos tales como el imperial brasileño lo flexibilizaban con una referencia al dolor sufrido por la víctima.

Siempre ha sido la cuantificación penal uno de los temas dotados de menor certeza, raquítico en comparación con el gigantismo alcanzado por el desarrollo de la teoría del delito. Posiblemente un nuevo debate, con la consiguiente incorporación de otros planteamientos e interrogantes a su problemática, tenga el efecto paradójico de impulsar su crecimiento teórico.

En el plano procesal penal se impondrá la apertura de una vía de revisión extraordinaria para los casos en que se ejecuten penas crueles durante el cumplimiento de una pena impuesta por sentencia firme. La creación preteritana de esta vía, en consideración a los imperativos constitucionales, no es una novedad en la región. Por vía jurisprudencial se han satisfecho necesidades constitucionales, como la admisión del "amparo" en la jurisprudencia constitucional argentina cuando la ley no lo reglaba, o la "prescripción retroactiva" en el derecho penal brasileño, incorporada a la ley después de muchos años.

**FORMA-ESTADO DEMOCRÁTICA
Y ACTUACIÓN PENITENCIARIA**
(Poder y libertad en el ámbito carcelario)¹

ALEJANDRO W. SLOKAR*

La pena privativa de libertad en su dimensión ejecutiva aparece configurada como uno de los sectores más significativos y sujetos a revisión crítica del sistema penal. Su análisis, compuesto siempre por diversos aspectos, invita a un primer orden de reflexión que, indudablemente, aparece vinculado a los presupuestos de orden ideológico, político y económico que componen el Estado. Estos, caracterizados por su constante mutación, dadas las contingencias que presentan en un determinado momento, condicionarán el tipo de acción que la organización estatal emprende por medio de sus instancias de control, emprendimiento técnicamente conocido como política criminal.

Sabido es que el contenido y proyección del control penal aparece siempre condicionado por una determinada concepción del Estado y su política general. Por ello, cualquier aproximación o tentativa de explicación sobre el extremo, si procura atender razones más profundas y no simplemente cuestiones superficiales, no puede ser ajeno a la estructura general de la sociedad, a sus relaciones de poder de orden económico o de

¹ La sumariaidad a que el carácter del presente aporte nos obliga, se traduce necesariamente en un continuado esfuerzo de síntesis que —claro quede— impone limitar la exposición del tópico a concretos aspectos de relevancia, con obvia prescindencia de innumerables citas bibliográficas.

* Profesor de la Universidad de Buenos Aires.

naturaleza política. Este aserto parte de la base de que los sistemas penales no son neutros al poder y que el nacimiento y desarrollo de los discursos de justificación, de reforma o de contestación se encuentran condicionados desde estos ámbitos. Y ello más aún en materia penitenciaria, habida cuenta de que, por un lado, su actuación está inscripta en la trayectoria común que marcan las restantes instancias de control, mientras que, por otro, su funcionamiento conlleva en sí mismo, y con mayor evidencia, la prevalencia de la autoridad estatal por sobre el individuo.

A partir de los esquemas conceptuales proporcionados por la sociología de la organización se señala que la prisión constituye el modelo más completo de institución total. En su seno, la complejidad de la relación que se establece entre el recluso y el poder estatal a través de la administración penitenciaria, y las especialidades del entramado organizativo en que ella se mueve, denota una continua tensión entre la consideración del recluso como titular de derechos y la permanencia del poder que no renuncia a mantener la seguridad y orden internos mediante el establecimiento de límites al ejercicio de los mismos. En punto a este aspecto, parece posible comprobar que derechos proclamados solemnemente en la Constitución y efectivamente reconocidos en la legislación ordinaria, son sometidos por normativa de rango inferior a recortes o desvíos en favor de la Administración y, por tanto, deficientemente garantizados y amparados por la instancia judicial. Por ello, no es posible indagar en los condicionamientos limitativos estructurales al ejercicio de los derechos dentro del ámbito carcelario si se desconoce la amplitud de la facultad de limitarlos y, muy especialmente, si no se atienden los presupuestos legítimos mediante los que se argumenta la intervención restrictiva.

Sabido es que toda organización está dotada de una estructura de poder. Este poder, componente de la sociabilidad humana, dará origen a un determinado esquema de control. De ello resulta que el orden interno de los establecimientos debe ser entendido como indispensable para el funcionamiento de cualquier sistema organizado. Empero, debe afirmarse la imposibilidad de existencia de un orden sin ninguna regla, so pena de que la relación organizativa bajo el empleo de formas discrecionales se transforme en una mera relación de sometimiento.

En un Estado de Derecho el control para la imposición de orden mediante restricciones al ejercicio de los derechos y libertades está sometido a la regulación jurídica y no puede ser ejercido de manera arbitraria. Aparece condicionado a determinados límites de orden formal y material que, primariamente, parten del texto constitucional, para después explicitarse en la legislación de orden infraconstitucional. No resulta ello otra cosa que la *juridización* de las restricciones. Esta juridización deberá tomar por punto de partida y por fin, los derechos fundamentales establecidos en la Constitución que son el fundamento y límite de la forma-Estado democrática. Y el primer valor a resguardar en ese sentido es la libertad, eje de todo orden jurídico-político.

Este marco general es el que define la situación jurídica de la persona privada de libertad: el recluso constituye un sujeto de derecho. A partir de esa premisa, sin mayores dificultades, puede colegirse el ejercicio de los derechos fundamentales en términos prácticamente equivalentes con el del ciudadano libre. Claro está, con las restricciones referidas a ciertos aspectos que, dudosamente podrían exceder determinada esfera de libertad ambulatoria del sujeto, y que, indiscutiblemente, deben encontrar referencia en el articulado constitucional.

De suerte que el problema básico a definir en esta particular relación Estado-ciudadano consiste en procurar perfilar un esquema en donde el poder se ejerza al servicio y beneficio del preso y no al contrario, esto es, a beneficio de la institución.

A partir de estas coordenadas, la técnicamente denominada *relación de sujeción especial* —construcción doctrinaria jurisprudencial dominante en las órbitas alemana y española libiamente esbozada en el plano local— mediante la que se pretende gobernar el binomio ciudadano-Estado en el ámbito penitenciario, debe ser invertida en su planteamiento. La relación de sujeción —si cabe el empleo del término— no puede establecerse respecto de la Administración sino en vínculo con las libertades del ciudadano privado de libertad. Cabría afirmar, en otras palabras, la sujeción a los derechos antes que la sujeción al poder estatal.

La reacción antiutilitarista de las modernas corrientes de la filosofía moral y política enseña que los derechos de cada uno no pueden subordinarse a otras pautas de orden colectivo en tanto éstas no puedan ser reconducidas a los dere-

chos de otros sujetos. Es ésta una cuestión relativa a la premisa de los valores de la democracia: la intangibilidad de los derechos fundamentales. Luego, las fórmulas de "orden interno" o "seguridad del establecimiento" en tanto no mediatizan concreta afectación a derechos de otros sujetos, son harto vagas y dan pie para esconder o camuflar abusos o desviación del poder en su invocación y utilización.

En consecuencia, correspondería establecer que ningún criterio superior de la Administración (seguridad, orden interior, interés común) puede primar sobre un planteamiento garantista que reafirme la vigencia de los derechos fundamentales, pues es ésta la vía de término del sistema democrático. Por ende, las alegadas consignas de orden y seguridad del establecimiento, entre otras, deberán estar al servicio de las garantías del recluso y no de una ficción abstracta que limite el ejercicio de sus derechos. En tal sentido, la restricción de visitas, la censura de correspondencia y las lecturas, la supresión de toda actividad sexual normal, entre otras, son privaciones de derechos que no encuentran correlato legitimatorio en el contenido de las sanciones impuestas judicialmente, ni se hallan previstas normativamente en el texto constitucional, por lo que pueden considerarse violatorias a los principios constitucionales de legalidad y de humanidad.

De otra banda, también puede advertirse cómo el Estado de Derecho no se evidencia como un sistema definido y estable. Surgen en él tensiones que producen vaivenes en las instancias de control social y, específicamente en el control penal, con graves dificultades para determinar sus bases legitimantes, lo que repercute confusamente en la teoría de la pena.

El Estado establece un orden social determinado y promueve el mantenimiento de sus principales manifestaciones, usando para ello el máximo exponente de coacción que posee: la pena privativa de la libertad. La tan mentada crisis económica del *Welfare State* —que se transforma en crisis política al afectar al conjunto de las relaciones sociales sobre las que descansa el Estado asistencial— se proyecta como una crisis de legitimidad limitando todo tipo de política social en favor del "control duro", conllevando un incremento de rasgos autoritarios con su escalada de demanda de control en los sistemas jurídicos. Esta reconocida crisis surgida en el seno del Estado de bienestar, aproxima la función real de la prisión (custodia, aislamiento) y la posiciona en virtual

contradicción con su función manifiesta (resocialización). Luego, la prevención especial negativa con su carácter neutralizador, en tanto consagra la segregación, manifiesta su potencialidad excluyente y destaca su carácter de permanencia en la funcionalidad de la prisión.

Si a la par se observa la producción de una tendencia a relegar el principio de equivalencia o igualdad teórica establecido en las normas, y a dividir el sistema de derechos entre uno de carácter general vigente en la convivencia de la sociedad libre, y otro de carácter especial regulador del desarrollo de la vida en prisión, se advierte cómo se consagra un orden institucional excluyente que indica una división del orden jurídico entre prisión y sociedad, la que viene legitimada por la mentada construcción jurídica de la relación de sujeción especial.

De suerte que aparece planteado un vínculo recíproco y dialéctico entre la teoría de la prevención especial negativa y la doctrina de la relación de sujeción especial. Una y otra son consecuencia y a la vez base de legitimación de un orden excluyente.

En todo caso, emerge siempre presente la lucha por la limitación de la intervención del Estado y por la profundización de los derechos fundamentales. En el moderno Estado de Derecho el poder en cualquiera de sus manifestaciones —inclusive la penitenciaria— tiene necesidad de legitimación, necesita ser justificado racionalmente para reunir consenso y, consecuentemente, gozar de la aceptación social. Esta legitimación sólo puede venir a través de las normas jurídicas que garanticen el respeto de los derechos fundamentales como fin último. Y, desde esta perspectiva, cierto es que la plena vigencia de los derechos fundamentales no puede detenerse frente a la puerta de un establecimiento carcelario. Para que la prisión deje de constituir un espacio autoritario por definición y sea alcanzada por la voluntad democrática, la regulación normativa de su vida cotidiana en el plano de la libertad negativa debe formularse en términos simétricos con la de los sujetos que conviven en la sociedad libre, donde gobierna el artículo 19 de la Constitución, lo que importa irremediablemente la desaparición de la prisión en su concepción vigente. Mientras ello no se concrete, parecerán ser ociosas demás consideraciones en punto a su reforma.



LA SITUACIÓN CARCELARIA EN LA AMÉRICA LATINA DE FIN DE SIGLO Y EL MALESTAR EN LA CULTURA JURÍDICA

LUIS FERNANDO NIÑO*

I. Cuando recibí la invitación para participar en esta prestigiosa publicación, me aprestaba a viajar a São Paulo, como relator por los países del Cono Sur ante el Segundo Seminario Internacional sobre Independencia Judicial en Latinoamérica, a celebrarse en dicha megalópolis sudamericana, del 1° al 3 de abril del corriente año.

Así lo hice, dejando —al partir— el bosquejo de una modesta contribución personal destinada a esta emisión, con profusión de citas doctrinales y un par de ideas propias, alusivas al siempre apremiante tema de las cárceles; pero la realidad, esa inefable maestra cotidiana, iba a golpearme durante el breve viaje con la contundencia de dos hechos sociales íntimamente vinculados a la problemática para la cual *Lecciones y Ensayos* me convocaba; y, al regresar, al cabo de una tensa semana en la que Goiás y Sierra Chica ocuparon inesperadamente los titulares de todo espacio informativo latinoamericano, consideré que debía comenzar por esos fragmentos recientes de nuestra historia institucional y por sus más precoces ecos en los gobiernos respectivos, para reflexionar respecto de la cuestión penitenciaria.

* Profesor de Derecho Penal (UBA). Juez de Cámara de los tribunales orales en lo Criminal.

Como es sabido, el motín desencadenado en el Brasil tuvo lugar en un establecimiento penitenciario del estado de Goiás y la nota inusual estuvo dada por la cantidad y calidad funcional de los rehenes habidos por los internos, ya que entre aquéllos se contaban un alto magistrado, funcionarios judiciales y autoridades administrativas, entre ellas, el propio director de la prisión.

Por su parte, el amotinamiento de cientos de reclusos alojados en el instituto de máxima seguridad de Sierra Chica, provincia de Buenos Aires, contó con el acucioso añadido de la retención, al generalizarse el conflicto, de una jueza y su secretario, quienes habían ingresado al penal a fin de entablar negociaciones con los individuos rebeldes.

Los sucesos epilogaron de muy diverso modo. En el caso brasileño, tras acordarse ciertas facilidades de huida a quienes lideraban el levantamiento, las autoridades gubernativas incumplieron la tregua de diez horas previamente dispuesta y enfrentaron a los fugitivos, con el consecuente peligro de vida para los rehenes que los acompañaban —milagrosamente salvos tras la maniobra¹— y el saldo lamentable de la muerte de una joven ajena al suceso; luego, algunos evadidos resultaron abatidos y los restantes aprehendidos.

En el evento ocurrido en nuestro país, agravado por las ejecuciones, a manos de sus compañeros de encierro, de varios prisioneros, la situación desembocó en un acuerdo entre los reclusos y las autoridades provinciales, a través del cual éstas acogieron diversos reclamos de aquéllos, tales como una solicitud a la Suprema Corte bonaerense tendente a acelerar los trámites de aplicación de la ley nacional que computa doblemente cada día de prisión sin sentencia firme, la creación de una comisión oficial para el seguimiento de los problemas de la vida carcelaria, el estudio por el Poder Ejecutivo provincial de la situación de todos los penados, y el compromiso de los legisladores nacionales y provinciales respecto de posibles reformas a las leyes de fondo².

¹ Vale acotar que, mucho antes del desenlace, se había logrado la liberación del director de la cárcel en que tuvo lugar la rebelión, por lo que sólo restaban jueces, fiscales y guardias entre los retenidos por los presos insurrectos.

² Fuente: diario *Amor y Finanzas*, Buenos Aires, 8-IV-55.

Inmediatamente después de resultar superados ambos levantamientos, organismos especializados de uno y otro país pusieron de relieve el aumento incesante de este tipo de rebeliones o movimientos de protesta en sedes carcelarias.

En la Argentina, tales conflictos han alcanzado la cifra de doscientos cincuenta y dos en la última década, si se computan los ciento cuarenta y cinco motines, las sesenta y tres huelgas de hambre y los cuarenta y cuatro disturbios graves desatados en ellas en dicho período³. De ese total, casi el diez por ciento ocurrió en 1995 y una proporción similar en —tan sólo— los primeros cien días del año en curso, contabilizando los alzamientos y movimientos de protesta desencadenados en diecisiete ámbitos carcelarios, a partir del aludido motín de Sierra Chica⁴. Lo propio se anunciaba en la radiotelevisión del país hermano, al término de la operación policial descrita: cada diez días, una rebelión tras los muros carcelarios.

Pues bien, ¿cuáles fueron las primeras respuestas de los gobiernos a estas situaciones de inculcable repercusión en el seno de ambas comunidades?

En el caso brasileño, el presidente Fernando Henrique Cardoso anunció públicamente su injciativa de indultar a una cantidad aún no determinada de individuos privados de libertad, con el objeto de paliar el hacinamiento de las prisiones y concentrar los esfuerzos destinados a ese ámbito de su realidad nacional en los casos de mayor gravedad institucional.

En nuestro medio, el Presidente de la Nación señaló: "Ninguno de los amotinados eran angelitos. Hay internos e internos, pero éstos..., creo que, de acuerdo con los antecedentes, y pido perdón si me excedo en las expresiones, son una suerte de carroña humana"⁵. En la misma ocasión, el titular del Poder Ejecutivo nacional justificó su decisión de ordenar la construcción de cárceles exclusivas para individuos condenados a prisión perpetua, argumentando: "Este tipo de condena nos demuestra la peligrosidad de esos delinquentes que no pueden convivir con otros...", subrayando que, "si queremos dar garantía constitucional a las personas

³ Fuente: Estudio realizado por el "Centro de Estudios Unión para la Nueva Mayoría", abril de 1996.

⁴ Fuente: diario *Clarín*, Buenos Aires, 4-IV-96.

⁵ Fuente: diario *Página 12*, Buenos Aires, 11-IV-96.

detenidas y condenadas de que las cárceles tienen que servir para la reeducación de delincuentes, entonces tenemos que hacer las cosas bien".⁶

Acaso para colaborar con la inquietud presidencial, el arzobispo de Buenos Aires, preocupado por el problema de "la multitud de presos", de "tantas personas hacinadas", propuso la utilización de los antiguos regimientos militares "para convertirlos en cárceles, por lo menos para algunos casos, o para muchos casos".⁷

Por su parte, el ministro de Justicia aseguró, mediante un comunicado, que "se seguirá trabajando en la reforma del sistema penitenciario, tanto en la provincia de Buenos Aires como en la Nación", adelantando que estos temas quedarán solucionados "con el diseño de establecimientos penitenciarios que dificulten al máximo la existencia de motines", en los que no exista superpoblación, "ni algún tipo de comunicación entre módulo y módulo".⁸

Hasta aquí lo periodístico del tema. Pasemos al análisis político-criminal.⁹

II. En una serie de conferencias dictadas en la Universidad del Zulia, en 1994, el célebre profesor Massimo Pavarini, de la Universidad de Bolonia, sostenía que la principal virtud que puede adjudicarse a la criminología, tras más de un siglo de permanencia en el elenco de las ciencias penales, consiste en haber logrado que el mundo del Derecho tomara conciencia de la ficción, o, más precisamente, de las diversas ficciones en que se ha fundado la reacción social frente a los hechos definidos por la ley como delictivos¹⁰.

Mucho ha costado a las corrientes criminológicas contemporáneas liberar a su disciplina del vínculo que la coloca-

⁶ Fuente: diario *Página 12*, Buenos Aires, 11-IV-96.

⁷ Fuente: "Claves para un mundo mejor", ATC, 13-IV-96, y diario *Crítico*, Buenos Aires, 13-IV-96.

⁸ Fuente: diario *Ámbito Financiero*, Buenos Aires, 9-IV-96.

⁹ Incluyo en este desarrollo algunas de las ideas expuestas en mi relato a las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Penal, Mar del Plata, noviembre de 1995.

¹⁰ Revista *Capítulo Criminológico*, n° 22, Instituto de Criminología de la Universidad del Zulia, Venezuela, 1994, ps. 3 y sigs.

ba al servicio de un derecho penal indiscutible, compuesto por figuras inmutables, pretendidamente rescatadas de la naturaleza por la sabiduría indefectible del legislador.

Hoy no suscita mayores reparos sostener que la acuñación de delitos es convencional, que la selección de conductas a relevar penalmente responde a decisiones políticas de quienes ejercen el poder en una comunidad, lo cual explica —entre otras cosas— por qué motivo ciertas conductas que aparecen altamente lesivas para los bienes de terceros no reciben tratamiento jurídico-penal, o bien, son encaradas con benignidad, en tanto que otras, de una nocividad individual o social regular o menor resultan cuidadosamente tipificadas, a menudo con profusión de circunstancias agravantes, y asociadas a severas penalidades.

Pues bien, si es convencional y no natural la criminalidad, también lo es, obviamente, la reacción social estructurada como respuesta a dicha criminalidad; y, si a ella hemos de referirnos, cuadra aludir al mecanismo por excelencia de tal reacción o respuesta social, esto es, a las penas privativas de la libertad.

Todos los argumentos de justificación de dichas penas se han revelado falsos a los ojos del investigador criminológico. Desde el más antiguo, el bicentenario artificio del contrato o pacto social, según el cual todos somos libres e iguales, lo que nos convertiría en traidores al mismo en caso de hacer mal uso de esa libertad supuesta, hasta la explicación etiológica, esporádicamente remozada y reeditada, que nos habla de un individuo portador de anomalías y necesitado —por ende— de un tratamiento socializador o resocializador, los diversos intentos de fundamentación de una racionalidad implícita en la reacción punitiva han fracasado ruidosamente.

A ningún observador desinteresado puede escapar que la pena es una expresión del control social, que contribuye a preservar cierto diseño estructural de las relaciones entre el poder y los individuos; una herramienta incuestionable de control, cuya buena salud institucional se debe —precisamente— al hecho de que representa, hoy como ayer, un recurso coercitivo frente a las masas marginadas del aparato socioeconómico: al fin y al cabo, en 1996, como en 1776 o 1789, los desempleados causan idénticos problemas esenciales al orden social: son causa potencial o real de disturbios y generan un estilo de vida contradictorio con lo que Nils

Christie denomina la moral oficial de laboriosidad, imprescindible para el decurso placido del sistema¹¹.

Serios estudios teóricos y de campo sobre el particular, permiten afirmar que la pena privativa de libertad está legalizada como tal, en cuanto figura en la ley como consecuencia de la comprobación de una transgresión previamente seleccionada por el legislador, pero carece de legitimación, al menos si se la visualiza desde nuestro margen, toda vez que ni es, en términos estadísticamente relevantes, una retribución justa —por la injusticia básica de los sistemas sociales—, ni constituye un resorte probadamente inhibitorio de tendencias criminógenas de la generalidad, ni refuerza la creencia en las bondades del sistema, si es que éste no exhibe cierta paridad de oportunidades para vastos sectores de la población, ni es un fenómeno debido a disfunciones psicosemáticas del sujeto que delinque, sino que se muestra netamente ligado a problemas económicos, sociales y culturales.

Es evidente, además, que ese recurso estatal se interpone entre los individuos protagonistas de un conflicto, con el único efecto visible de expropiarlo y convertir al agresor en una segunda víctima, con perjuicio para terceros inocentes, tales como el cónyuge y los hijos del transgresor en cuestión y sin beneficio para el agraviado originario.

En síntesis: sabemos de todos sus defectos, pero —a despecho de ello— debemos reconocer su airosa subsistencia a la cabeza del repertorio de las respuestas estatales a las situaciones de conflicto, y aun vislumbrar la posibilidad de su robustecimiento en un futuro inmediato.

Enunciaré muy someramente algunas de las razones que explican esa aparente paradoja.

En primer lugar, cabe mencionar la decadencia del Estado benefactor, generado por la gran crisis de 1930, afianzado por el colapso de la segunda posguerra y hoy en franca retirada, ante el empuje avasallador del neocapitalismo de fin de siglo; ese retorno a las crudezas inexorables del liberalismo económico permite pronosticar tiempos favorables para las estrategias custodialistas de exclusión, en tanto que pésimos para las modalidades de integración.

¹¹ Vid. Christie, Nils, *La Industria del Control del Delito. La Nueva Forma de Holocausto*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993.

La segunda razón, reverso de la primera, anida en la propia base social. Una comunidad con las relaciones horizontales bloqueadas o fuertemente obstruidas, por fenómenos puntuales como la pérdida de conquistas sociales y la desocupación, y otros más generales como el propio estilo de vida impuesto a las grandes mayorías, acaba provocando en el hombre común dos sensaciones propensas a la admisión del endurecimiento de las respuestas sociales, no sólo frente al delito o la contravención, sino también frente a todo lo que represente un mero riesgo para el *statu quo*. Por un lado, la de vulnerabilidad, nacida de la convicción de que la respuesta a sus problemas está en manos y mentes ajenas. Por otro, la indiferencia moral respecto de la suerte a correr por el prójimo, a quien no se visualiza como tal, sino como a un extraño al que nada lo liga, al haber desaparecido los valores fundantes de la solidaridad.

En tercer término, aunque en franca interferencia con las anteriores, el archicomprobado poder ejercido sobre las sociedades contemporáneas por los medios masivos de difusión ha generado alianzas entre algunos de sus zares y las clases políticas, persuadidos —unos y otros— en el aspecto que nos interesa señalar aquí, de los beneficios que una campaña de ley y orden les prodiga.

De tal suerte, frente a voces aisladas, que instan a rechazar todo intento de ver con orgullo el número elevado de presos, sea como indicador de la determinación y dureza del sistema penal o —aun— de su buena disposición para gastar recursos en esfuerzos de rehabilitación que no se producirán jamás, nada seduce más a un hombre público —sobre todo, si él mismo tiene cuentas que "blanquear"— que convertirse en un cruzado de la lucha contra el delito.

Por su parte, carentes de toda preocupación ética, aquellos operadores periodísticos, constructores sociales de una realidad que oscila entre lo farandulico y lo tremendista, apuntan contra la agencia judicial y se orientan exitosamente a señalar supuestas debilidades de la ley penal o de sus intérpretes y a promover reformas que se agotan en la agravación de las escalas punitivas y en la restricción de instituciones tales como la excarcelación y la eximición de prisión.

Un cuarto argumento atañe peculiarmente a Latinoamérica: la caída del llamado "socialismo real" y la erradicación del fenómeno subversivo, a nivel subcontinental, han genera-

do un vacío que siempre es posible llenar con la hipótesis del "enemigo interno". La eterna invocación de la "guerra contra el delito" —y su actual capítulo central, enteramente confeccionado con material importado y promovido como "guerra contra las drogas"— son una alternativa apreciable para que los equipos políticos y sus reparticiones específicas resuelvan varios problemas con destacable economía de medios y apreciable rédito electoral.

Vale apuntar, al respecto, que, de acuerdo a estadísticas obtenidas de diversas fuentes¹², casi una tercera parte de los procesados privados de libertad en las cárceles del Servicio Penitenciario Federal, responde a presuntas infracciones a la ley 23.737, que reprime las conductas de tenencia y tráfico de estupefacientes; al mismo tiempo que, en el último año censado —1994— de los 748 procesos iniciados por tenencia de marihuana, el 85,43 % registró como sustento de la imputación una cantidad no mayor a los cinco gramos (5 grs.) de sustancia, al tiempo que, de los 815 procesos iniciados en relación con cocaína, un 93,13 % registraba igual cantidad de estupefaciente natural.

Por último, la vigencia de la obsoleta respuesta custodial tiene un nuevo y auspicioso soporte. Se trata de un fenómeno económico y político, denunciado por el propio Christie al analizar el problema penitenciario estadounidense.

Es indudable que cárcel quiere decir, entre otras cosas, dinero, mucho dinero. La construcción, el equipamiento y la administración de un instituto carcelario suponen cifras millonarias. Una sola muestra de ello: los gastos operativos en el sistema penitenciario de los Estados Unidos de América del Norte superaron en 1990 los veinticinco millones de dólares. Tales cifras han orientado, durante la pasada década, en ese país, a importantes masas de capital privado interesadas en un nuevo ramo industrial, con el incentivo que supone la creciente tendencia a privatizar la propia operatividad de los nuevos institutos. De tal suerte, un centenar de empresas privadas compiten hoy, en los Estados Unidos, por construir, poseer, equipar y/o administrar cárceles; es más, algunas de

¹² Ministerio de Justicia de la Nación y Fiscalía de Cámara Federal en lo Criminal y Correccional.

ellas ya ofrecen y negocian algunos de sus bienes y servicios con gobiernos de terceros países.

Frente a este panorama, cada vez más sombrío, encuentro saludable que los hombres de Derecho nos avergoncemos de las mentiras criminológicas en las que alguna vez creímos; pero coincido con Pavarini en que no podemos contentarnos con eso.

No se trata de enarbolar una mera aspiración ética: la cima de nuestra pirámide normativa se halla compuesta hoy por una Constitución y por un "bloque constituyente" conformado por los diez documentos más relevantes de lo que se ha dado en llamar "Derecho Constitucional Humanitario".

En esos instrumentos de validez internacional se erige a la libertad como un bien esencial de todo individuo, derivado de su dignidad intrínseca, se acotan puntillosamente las posibilidades de su restricción, y se obliga a los Estados a dictar disposiciones legislativas o de cualquier otro carácter, tendentes a efectivizar en la mayor medida el derecho a gozar de tan venerado bien. Así lo establecen la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 2º, y el mismo artículo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

De cara al tercer milenio, la inocultable realidad de cualquiera de las superpobladas prisiones americanas, sumada a la creciente conformación de un inusitado emporio industrial que amenaza con desplazar el desprestigiado mandato social de punir para encumbrar otro más temible, nutrido por expectativas de rédito económico y por cálculos de utilidad, debe provocar algo más que un malestar en la cultura de los criminalistas y de los diversos operadores del sistema judicial; debe convertirse en el estímulo al que suceda una reacción tangible en la realidad comunitaria.

Comencemos, desde ya, por someter a urgente crítica sendos mensajes emitidos desde el poder político: por un lado, la efusión organicista, vertida *ex abrupto* pero idénea para justificar la vulneración de los derechos y garantías de individuos privados de su libertad; por otro, la pulcritud tecnocrática que presannuncia la expansión de la rentable industria del control social.

NO A LA PRISIÓN

ELÍAS NEUMAN*

1. ENCLAVE CARCELARIO Y DISCIPLINA PARA LA SUMISIÓN

Los hechos antisociales que penetran dentro de un código penal son, desde hace dos siglos, posibles de un pena privativa de libertad que es la que ha ganado mayor consenso en multitud de países. El encierro en sí era conocido desde la más remota antigüedad, pero su característica esencial era la de custodiar a condenados a otras penalidades (muerte, deportación, mutilación).

La detención preventiva ordenada por un juez y la pena privativa de libertad suele cumplirse, en el ámbito latinoamericano y en otras latitudes, en edificios de máxima seguridad. Son las presiones tradicionales o clásicas.

Resulta difícil polemizar con algunas verdades que enseña Foucault en sus libros *Vigilar y Castigar* y *El Discurso del Poder*. Sólo se podrían graficar esas concepciones con hechos reales de verásimil crueldad, que he estudiado en un recorrido de más de trescientos cincuenta cárceles por todo el mundo en ese peregrinar por la "geografía del dolor" de que hablara Bernaldo de Quirós.

Al hombre que llega a la prisión se lo trata de disciplinar de inmediato mediante un sistema coercitivo. Se lo aísla en el

* Docente de grado y posgrado de la Universidad Nacional de Buenos Aires.

sentido de no permitir conductas externas a la par que se dispone de su tiempo. Debe forzosamente adaptarse a situaciones y concepciones que se generalizan y que pretenden legitimar la utilización del medio cárcel como un instrumento para la subordinación y dominación.

Todo el cúmulo de medidas que van desde la vigilancia a la integración en el medio carcelario implican la clausura de lo individual mediante actitudes inducidas hacia el control. Esa clausura del tiempo y supresión del devenir ligada al llamado tratamiento carcelario, la religión, el trabajo, se explicita directamente como una suerte de medios y medidas para restituir la moral perdida y, en lo fundamental, dotar de coherencia a la pena en sí según aparece y se glosa en los códigos.

Prisión, instituto y pena se legitiman, en síntesis, mediante la disciplina por un lado, y la enseñanza por el otro. Si bien estas pautas obedecen como epígonas de una metodología positivista que seleccionó entre réprobos y elegidos, habló del crimen como patología y de la pena como cura, el régimen continúa en vigencia plena. Pavarini ha indicado que aun en países de buen desarrollo de la criminología crítica y en los que pertenecían a la órbita socialista, se habla de tratamiento carcelario, readaptación social y se han montado para tamaños fines institutos biotipológicos de clasificación de presos.

Quien ingresa a la prisión deja de ser hombre. Es convertido en una categoría legal. Un dependiente que pasa a servir a la imposición penal. El castigo recaerá sobre un individuo que cometió un hecho disvalioso pero la punición recae estrictamente sobre su vida y no se redime nunca más. Es que el Estado, más que de su libertad deambulatoria, se apropia de su vida.

El trabajo que es un derecho humano y que, por ende, ninguna detención puede inhibir so capa de convertirse en una nueva penalidad no autorizada, se vuelve terapia y obligación legal. Deja de ser un derecho y se lo valora —cuando existe en las cárceles— como formando parte de la corrección teniendo en cuenta el orden, la regularidad y la producción.

El espacio carcelario organiza el ámbito, los reglamentos y las normas para el ejercicio de una mejor dominación. Las actitudes criminales se han transformado en formas jurídicas y en ese espacio se adjetiva el poder de castigar del Estado. La disciplina, que es un mecanismo extralegal, opera doble-

mente. Por un lado da homogeneidad al poder de castigar y, por el otro, permite el ejercicio del poder dirtase técnico de castigar. De ese modo se impone en la cárcel una estrategia de poder en que el Estado logra una de las formas más tangibles de control y dominación mediante la coerción física como detentador de la receta absoluta de una violencia racionalizada que planifica y centraliza al individuo.

Esa sumisión se ejerce por la disciplina jerárquica que implica subordinación. El Estado aparece como no descuidando las formas de comportamientos sociales y trata de modularlos en busca de reforzar la seguridad institucional que el detenido había quebrantado. Sólo que en la prisión el adiestramiento va dirigido a amaestrar. Entonces sucede la completa apropiación del individuo y su disolución como tal. Se ha recuperado para la "normalidad" al distinto, modificado su comportamiento, se le asigna una función y proyecta o re proyecta a la estrategia social de la sociedad de consumo, de servicios o tecnocrónica.

De ahí que la cárcel de superseguridad tiene un claro carácter político y se constituye en un espacio que adjetiva la violencia y la seguridad social. Indica Basaglia que la exclusión o segregación se funda en la violencia y en la ideología de la punición que "encubre la represión simplemente justificándola y legitimándola. Pero la violencia legítima sigue siendo violencia". A su vez, Entelman expresa: "En el discurso donde la ley expresa la violencia, se marca que existe el poder...la violencia condiciona la supervivencia de la institución en lo jurídico y conyuva al proceso de ocultamiento del poder"¹.

2. REGULACIÓN DEL CONFLICTO Y ORGANIZACIÓN DEL PODER

En el mundo carcelario se vinculan, como en otros espacios, los fenómenos de poder con una sociedad determinada. Se advierte con claridad cómo se regula el conflicto, se organiza la dominación y se expresa la funcionalidad del control

¹ Basaglia, Franco, *Razon, Lenguaje y Sociedad*, 4ta. ed., Siglo XXI, México, 1981, p. 83 y Entelman, Ricardo, "Discurso normativo y organización del poder", en *Crítica Jurídica*, año 3, U.A.P., Puebla, mayo 1986, p. 113.

social amparado en la eficacia y efectividad del sistema jurídico imperante. Allí se trasunta y adquiere carnalidad la relación entre el poder y el Derecho.

Las respuestas deben recogerse en términos políticos pero también jurídicos. Por eso enseña Foucault que "todo poder —cualquiera fuese el nivel en que se tome— es efectivamente representado, de una manera casi constante con una forma jurídica"².

Dentro del esquema de la sociedad capitalista o pos-industrial, la cárcel es un microcosmos donde impera el poder disciplinario, y se expresa, como en otros enclaves de la sociedad, la necesidad de recrear perpetuamente las relaciones sociales de dominación. El conflicto se regula mediante la especificidad de las funciones y cobra entonces vivo sentido el Estado mediante el derecho penal que, en definitiva, recae contra quien no ha prestado consenso al deber ser, es decir, quien se ha caído del "Arca de Noé" del contrato social.

En la cárcel se regula una forma impuesta de vida, y esta circunstancia, de por sí, hace estéril propiciar el llamado tratamiento, y retórica la llamada readaptación social del delincuente y su reinserción en el medio social. Son conceptos que deben contemplarse como epígonos de un positivismo que pretendió demostrar que los conflictos penales son un producto individual y no el resultado de una problemática social. Tratamiento y readaptación social permiten subrayar y legitimar los mecanismos disciplinarios insertos en el espacio cárcel.

En el mundo de hoy ese enclave preventivo y segregacionista permite ver con claridad cómo la sociedad, la institución en sí, describe su reglamentación y disciplina coactiva con respecto al individuo, y cómo sirve el espacio a la reproducción y la dominación hegemónica. No importe de momento su obsolescencia institucional y sí, en cambio, la insoslayable constatación de que el Derecho legitima al poder como un ariete de la imposición y la obediencia. Es de esperar un mañana en que una panoplia de penalidades alternativas a la cárcel y su irreductible ámbito segregacionista, sea el garante de imperativos éticos sin coerciones y coacciones individualizadas y selectivas.

² Foucault, Michel, *El Discurso del Poder*, Folios, México, 1983, p. 199.

3. EL DELINCUENTE: VÍCTIMA DEL SISTEMA PENAL

Los reformatorios para adolescentes y las cárceles para adultos adquirieron abrumadoras características. La severidad es a tal grado excesiva que acaba por convertir a quien violó las pautas de convivencia social y marginó el Código Penal, en víctima del sistema penal. Al encierro no se va a cumplir un castigo, sino a ser castigado en forma diaria y continua. "Por grande que sea el delito/ aquella pena es mayor", como diría el *Martín Fierro*.

Es muy común, con infrecuentes excepciones, que el personal penitenciario (funcionarios, guardiacárceles y requisantes) posea una mentalidad retribucionista y que actualice a diario su sentido vengativo. Esa mentalidad deviene del muy concreto hecho de que su función se cumple teniendo a la vista la seguridad, la guarda y la contención de reclusos.

El sistema impuesto en las prisiones clásicas los ha perfeccionado en el rigor y la represión. Especialmente en esos establecimientos vetustos, acaso centenarios, donde se obliga a vivir coercitivamente en una superpoblación aberrante, donde la promiscuidad, el ocio, la enfermedad, la falta de alimentos, medicamentos y de atenciones mínimas, y los escabrosos recondicionamientos sexuales, generan lo peor. En múltiples oportunidades los reclusos duermen en el suelo por falta de camas debido a la congestión ambiente. Detenidos preventivos y condenados suelen ser alojados en el mismo pabellón y adjetivan con sus lastimosas presencias la anti-naturalidad de la cárcel en sí.

Desde Beccaria y Howard pasando por Dorado Montero o Concepción Arenal a la actualidad, millares de veces se ha dicho que la cárcel es un factor criminógeno de primera magnitud. El recluso deberá aprender, en el caso de primarios, el nuevo lenguaje y los códigos de esos enclaves con su folklore y tradiciones que nada tiene que ver con las pautas de convivencia de la comunidad social. Ese aprendizaje resulta nefasto y suele acompañar al individuo durante toda su vida.

La edad de los reclusos oscila, en su mayor parte, entre los 18 y 35 años. El 90 % y en algunas cárceles el 100 %, son gente de humilde condición, muchos de ellos marginados sociales por hambre, desempleo, subcultura, inasistencia sanitaria, a los que se vuelve a marginar esta vez en un paratejal

escenario, la cárcel. Son seres no exitosos para la vida, resistentes al sistema sociopolítico en que viven.

La problemática de los jóvenes trasgresores que se encuentra recluida es aún peor. Son alojados en cárceles llamadas reformatorios, donde se subraya un sentimiento repressivo tendiente a domesticarlos. Lejos de recibir un trato afectivo, quedan atrapados entre las órdenes severas y regímenes disciplinarios estrictos a menudo de tipo militar. Los jóvenes sólo piensan, cual ley natural e íntima, en escapar y vengarse.

Otras veces son remitidos a prisiones de adultos donde no siempre se los aloja en pabellones separados. En las comisarías pasan por calabozos junto a delincuentes avezados que los requieren y muchas veces fuerzan como objeto sexual.

4. ¿EXISTE LA VOCACIÓN DE CARCELERO?

PRESOS DEL OTRO LADO DE LA REJA

La vocación del carcelero difícilmente se adquiere en los juegos infantiles donde se es policía o ladrón y se intercambian disparos y rites necrófilos. Jamás se es carcelero. No surge, pues, esta actividad como una vocación lejana e interior de los primeros pasos de la vida. Desde otro punto de mira estas circunstancias deberían otorgar extrema importancia al hecho de inclinarse por la función penitenciaria que se ha definido como servicio social o misión social. Alguna vez se dijo que a la pregunta ¿la prisión regenera? habría que reemplazarla por ¿el personal regenera?

Al personal penitenciario, con los medios y servicios con que cuenta, ligados a esas cárceles atiborradas de seres humanos, les es imposible hacer algo que dignifique y estimule su profesión. Suelen sentir vergüenza y menoscabo social por su actividad en las cárceles, lo que se traduce en desidia. Y ésta, de modo invariable, en ineficacia.

Los funcionarios jerárquicos están convencidos de que la gran cárcel o la cárcel con mejores comodidades solucionaría los problemas. En realidad, eso soluciona sus problemas pero no los de los presos.

Por norma general la mentalidad del carcelero está adscripta a la disciplina y a la seguridad. De ahí su convencimiento de que un recluso alojado las veinticuatro horas del

día en una celda es alguien que no molesta. O que un eficaz sedante o depresor en el desayuno asegura la tranquilidad de la población estable para el resto del día. Su criterio se ha vuelto automático, sólo atento a esos conceptos de disciplina y seguridad. Sus únicas obsesiones son el motín y la fuga. El preso, más que seguro y bien, debe permanecer bien seguro.

En algunos países de la región, la administración carcelaria está dirigida por fuerzas militares o policiales. En Cuba tiene carácter militar y otro tanto ocurre actualmente en ciertos Estados de México; una brigada militar dirige el establecimiento de Jundiá en Porto Alegre (Brasil); en Chile la gendarmería, en Uruguay la policía y en la Argentina, excepto en la provincia de Mendoza, la dirección es paramilitar con oficialidad y tropa, leyes orgánicas, reglamentos, estatutos y vestimenta castrenses, casaca de oficiales y suboficiales.

Durante la dictadura militar, reino del terrorismo estatal, la administración penitenciaria —que aún en plena democracia, sigue manteniéndose como un órgano de seguridad estatal— sirvió en las cárceles clandestinas y los campos de concentración. Poseía un servicio de inteligencia y de archivo donde figuraban los presos políticos, gremiales y sindicales, sus abogados y visitantes³.

Los presos que odian al uniforme —al fin, fueron uniformados los que los detuvieron— llaman tradicionalmente a esos funcionarios "policías". De tal modo se contraría lo establecido en el Anexo de las Reglas Mínimas de Ginebra para el Tratamiento de Reclusos. En las "Recomendaciones sobre la selección y formación del personal penitenciario", al referirse en el párrafo VI a las "Condiciones generales de servicio", expresan que dicho personal "Deberá tener carácter civil" (párrafo 1) y, más concretamente, en el párrafo 3: "No se deberá formar con miembros de las fuerzas armadas, de la policía y de otros servicios públicos".

En las provincias por lo general el personal resulta designado por razones políticas y sin ningún conocimiento del tema. "Se va haciendo en la función". Y se ha dado el caso de ubicar como directores a ex militares, marinos y policías.

³ Se incluyó luego a los presos y presos sociales, abogados y familiares y, posteriormente, a los propios funcionarios y guardiacárceles.

Resulta imposible que con ese personal, que está informado en estructuras herméticas y un singular espíritu de cuerpo, con una visión particular sobre la vida y las personas, se logre reformar, o tan siquiera, "mejorar las cárceles", acaso porque las instituciones suelen ser la sombra ampliada de quien las dirige.

Quienes están en contacto directo con los reclusos no suelen ser, precisamente, los funcionarios o el personal jerárquico, sino los celadores o guardiacárceles que están frente a ellos. Son presos al revés, del otro lado de la reja. Los presos del preso, que son de la misma extracción humana y social que los delinquentes en sí.

Hace años, cuando investigaba la sociedad carcelaria, un recluso me señalaba desde su elocuente deterioro: "Yo sé que usted pretende algo así como que hombres de guardapolvo blanco entren en la cárcel pero, ¿sabe una cosa? aquel negro que está allí (y me señaló a un guardiacárcel) vive en la misma villa miseria a pocos metros de donde vivo yo..."

Se los recluta entre personas pertenecientes a los sectores marginados de la sociedad. La cárcel les ofrece un sitio donde trabajar y dormir varios días en la semana, comer y trabar amistades. En el deseo de escalar algún peldaño en la escala social o en la distribución de oportunidades, no advierten que son sometidos a un proceso de prisionalización y sumisión de características parecidas a las que son sometidos los presos, con el mismo *desideratum* hegemónico. Ellos están para las tareas más duras y peligrosas y daría la impresión de que cualquier actividad placentera fuese una concesión de la autoridad.

Son víctimas instrumentales de un sistema que los impele como victimarios. Viven como absorbidos por la escenificación del simulacro, atentos a los subterfugios de los presos y los artilugios de la huida, sirviendo a sus superiores. Se abusa de su escaso, y no pocas veces intelectual, nivel educacional.

5. LA DOBLE SELECTIVIDAD DEL SISTEMA PENAL

Esa es la doble selectividad que se opera en el sistema penal. Por un lado, reclusos provenientes de los estratos sociales más bajos y carecientes. Por el otro, se enlista en la

nómina a sus cercanos custodios, de igual procedencia social. Todos cortados por las mismas tijeras.

Ese proceso de prisionización se conforma, en definitiva, mediante un breve pero persuasivo discurso-aprendizaje de carácter machista, omnipotente; el rigor, el uniforme y el arma —al menos, en el sistema penitenciario argentino— son atributos panaceísticos. De ahí que existan guardiacárceles y requisantes que se erijan en verdugos por propia iniciativa. Es gente revestida de un menguado poder, pero poder al fin, contra otros que son la proyección de ellos mismos... Cuando castigan parece que castigaran lo que por dentro son.

El guardiacárcel, el que da la cara por estar en inmediatez con los reclusos, suele creer, como pocos en la cárcel, que está prestando un servicio y que la sociedad espera mucho de él. Fallar es una traición al cuerpo penitenciario que los cobija. Palabras melifluas provenientes de los centros del poder. La Inquisición de todos los tiempos.

Ese discurso otras veces se recibe como un reflejo de la función, pero la arenga a la tropa hace que seres humillados por la vida, que nada tienen, ganan, tras el discurso machista, en autoestima, que se desgrana de la obtención de una pretensa estima social que se les miente. En el entresijo social, nadie repara en ellos (ni en los funcionarios).

Presos y custodios son víctimas del sistema penal. Se usa al mismo sector para el control y para la punición que, de hecho, reside en las cárceles. No se requieren grandes reflejos ni de una inteligencia nómada para advertir, observando los grises edificios, los viejos muros y la estructura laberíntica de increíble fealdad de tantas cárceles, que constituyen la respuesta institucionalizada y gráfica del apremio ilegal.

Detrás de esos muros, los funcionarios que han pasado a ser parte de la población estable de la cárcel, muy difícilmente sean seres creativos, lanzados a ideas innovadoras y reformistas y mucho menos partidarios de crear nuevas estructuras. Suelen ser, con algunas elocuentes excepciones, cual sumidos por el medio, individuos mecánicos, de reacciones automáticas y, a menudo, duros, cerrados, temerosos, desconfiados y, cuando no, obesos de hurocracia.

El personal de custodios y requisantes padece, por lo general, tristeza, soledad, desamparo, desarraigo y los mismos problemas de déficit educacional y sanitario que la mayoría

de los presos. Viven sobre ascuas, en la zozobra. Nadie se ocupa seria y honestamente de ellos. Varias veces intenté hablarles y me encontré con un cerrado mutismo. Acaso no tengan nada que decir, que ya es decir mucho...

El personal superior milita en una clase más acomodada y trata por todos los medios a su alcance de no correr riesgos. En sus coloquios carcelarios se suelen mostrar como actores de severas situaciones vividas. Enarbolan cierto heroísmo moral, pero en algún pliegue de su conciencia saben que no es así. Aunque existan elocuentes excepciones.

Esta situación se pone en evidencia cuando aparece el rostro circular, kafkiano, de un antiguo y cruel litigio: las revueltas y motines cruentos. Allí "los negritos" desaharrapados, de uno y otro lado de la reja, se juntan y separan para matarse entre ellos... mientras, como desde una tribuna, los oficiales observan las acciones preocupados, pero a la vez exentos de peligro.

En casos muy excepcionales en que se produce la muerte de un funcionario de cierta jerarquía, los medios de comunicación lo reflejan de inmediato con gruesos títulos y fotografía de por medio. Se siente como una amenaza a todo el sistema, a la seguridad pública y su control. En cambio, la muerte habitual durante la refriega de uno o más guardiacárceles es como un accidente laboral, previsible por lo que se sabe del encierro carcelario. Entonces vendrán las condolencias a los deudos, el pago del sepelio, algunas flores y, en el mejor de los casos el ascenso *post-mortem*.

Es habitual, que frente a errores y problemas, o delitos que comprometen públicamente a la institución penitenciaria, los funcionarios velozmente den las explicaciones del caso para conocimiento de la opinión pública. Tienen a la mano al personal subalterno como chivos expiatorios en quienes echar culpas y recomponer la imagen institucional. Basta con adjudicar lo ocurrido a la ignorancia, desapego, desatención, exceso o defecto de la tropa. "Frente a la muerte de compañeros fue imposible frenar a la tropa que atacó y ocasionó la muerte de cuarenta reclusos...". O, "debido al momento emocional vivido la tropa excedió (o no comprendió) las órdenes impartidas y, en consecuencia...". La institución queda incólume y reconstruye velozmente el sistema. Es más, se lo consolida.

Los guardiacárceles no han sabido cumplimentar las eficientes órdenes recibidas o las han desobedecido abiertamente... Las jerarquías aparecen en cambio enarbolando su sentido moral (de apariencia moral) y regresan a su poder, en calma.

6. EUFEMISMOS: TRATAMIENTO CARCELARIO Y READAPTACIÓN SOCIAL DEL DELINCUENTE

Con tan precarios y obsoletos medios y servicios, con reformatorios que deterioran la personalidad de niños y adolescentes, con cárceles cloacales y personal inidóneo, parece peculiarmente grotesco hablar de tratamiento penitenciario. Después de haber victimizado a una enorme cantidad de chicos y procesados en el encierro, despersonalizándolos y haciéndoles extraviar el sentido de la vida, pretender verificar sobre ellos, ya condenados, el llamado tratamiento penitenciario resocializador linda con el desatino o la crueldad, aunque sirva a la buena fe de algunos y al empleo de otros.

Tanto en México, Cuba o la Argentina, los epígonos del positivismo expresan que el tratamiento se basa en un estudio biológico y psicosocial del recluso. En varios países existen institutos de clasificación de delincuentes siguiendo las enseñanzas de Vervaeck o de Di Tullio. Se hace biotipología con carácter interdisciplinario y se formulan dictámenes que se ponen en conocimiento del juez de la causa para que ordene libertades condicionales o, en su caso, para el juez de ejecución penal como pronósticos y tratamiento.

Resulta difícil efectuar un tratamiento o terapia en prisión donde el individuo se siente constreñido por una represión diaria o no tiene qué comer o dónde dormir. En otros casos ha pasado durante años en el encierro en calidad de procesado sin condena alguna. ¿Cómo efectuar una evaluación honrada de la situación? ¿Cómo apreciar a un individuo que ha vivido más cercano a las teorías del reflejo condicionado que a normas civilizadas de convivencia social? En estos casos la ciencia que pareciera coadyuvar, se erige en una satrapía del poder y la represión como respuesta institucionalizada.

El tratamiento es sumamente oneroso y sus pronósticos sobre la personalidad y situación futura de un individuo

recuerda a los futurólogos. En especial cuando hablan de "peligrosidad" sin especificar, casi siempre, si es carcelaria o delictiva, si no se atiene a las normas disciplinarias o se refiere a una cruel delincuencia futura. Este etiquetamiento de alguien que ha vivido en un ambiente provocador de infortunios y desgracias como es el carcelario, es una crueldad agregada al sistema, aunque los profesionales deban trabajar y se presenten a hacerlo de buena fe.

Es que tanto los reclusos como los profesionales que los observan, estudian y tejen diagnósticos y pronósticos son gente proveniente de la clase social más desposeída y necesitada, quedan absorbidos por la escenificación de un sistema de poder que los rebasa. El estudio dinámico sobre la personalidad en prisiones de seguridad máxima no pasa de ser discurso y quimera en el mejor de los casos. El tratamiento en prisiones tradicionales como las descriptas, según lo ha señalado Carlos Elbert, es como enseñar deportes en un ascensor.

La atención psicológica e incluso el llamado tratamiento en el encierro teñido de criterios psicologistas permite observar otro matiz. Un litigio antiguo enclavado en un lenguaje carcelario cristalizado. Es tradicional que tanto psiquiatras como psicólogos no sean apreciados por los reclusos pues pertenecen al personal penitenciario y, por ende, son "policías" miembros del sistema. Se mueven, según este criterio, en zonas francas y fronterizas de la represión. En realidad cuando se leen ciertos diagnósticos —que parecen sellos o tatuajes indelebles— en las historias criminológicas cabría dar razón a estas aseveraciones.

Este tipo de tratamiento tiene varios contradictores en países como México, Ecuador, Colombia, Brasil y la Argentina. En prisiones de los Estados Unidos, se sigue practicando a ultranza aunque los resultados son insatisfactorios, pero hay un apego a ciertas pautas correccionistas que aunque perimidas, cabe insistir, permiten el trabajo de gran cantidad de personas, algunas convencidas, otras con ganas de convencer.

Las críticas más salientes que recibe el tratamiento carcelario se centran en:

a) La llamada "crisis del tratamiento" sobre la base de su onerosidad y el hecho concreto de los magros resultados obtenidos en cuanto a la reincidencia. Esas reincidencias indicarían las falencias de los Estados en el cumplimiento de las

normas de fondo y de forma que deben detantar los establecimientos carcelarios más que las del propio recluso.

b) El tratamiento efectuado en lóbregas prisiones perpetúa las relaciones sociales de dominación como regulador del conflicto. Legitima a la privación de libertad como pena y al establecimiento que la adjetiva dando a ese ámbito la función de la ejecución penal impuesta a todo el que no converja y encaje en el deber ser establecido. Ello impide o dificulta la posibilidad del reemplazo de la prisión clásica por penas alternativas y sustitutivas. O, en otras palabras, quienes se aferran al tratamiento provocan un vacío que es el de generar nuevas respuestas dirigidas a la despenalización de múltiples delitos o la consecución de un derecho penal mínimo.

c) Los Estados crean delinquentes en el mejor de los casos por incuria y garrafal imprevisión —una suerte de abuso del poder por omisión—, para pretender luego intentar su readaptación a través del tratamiento. No está demostrado que los Estados tengan un serio y honesto interés en la tan mentada readaptación del delincuente a juzgar por los depósitos de menores trasgresores y de jóvenes en prisiones deletzables. Cuando se yustaponen como respuesta normas represivas al devenir de los actos humanos, desde lo dogmático o normativo, que suele implicar el que se manipule a la ley penal y su ejecución, se extravía el drama del hombre. En todo caso, se trata de perfeccionar la técnica y no al hombre y darle calcáres legitimación al sistema de poder establecido.

d) Desde el punto de vista de la operatividad del sistema se señala que tanto el tratamiento carcelario como la denominada readaptación o resocialización constituyen una suerte de parche, una adenda y que es un absurdo. Al recluso le echan encima horas y horas de tratamiento en miras a la readaptación social. Tarde o temprano regresa a la sociedad liberado condicional o definitivamente, entonces ¿adónde va ir con su tratamiento el presunto readaptado? Pues, por razones más obvias que complicadas, a la misma sociedad que lo generó e hizo delincuente...

e) Desde la criminología crítica se objeta, no sin razón, el tufillo a criminología antropológica y clínica que destila la ideología del tratamiento. En todo caso, señalan, al recluso habría que ayudarlo a concientizar el porqué y el cómo de su marginación social y la incidencia de los controles sociales del poder sobre su delito y su culpa. Al tomar contacto reflexivo

sobre la situación, común a muchísimos reclusos, permitiría convertirlos en una suerte de agentes para el cambio social⁴.

f) El tratamiento, en especial el psíquico, ¿es obligatorio? Tal vez se centre en esta situación la crítica menos liviana. Los terapeutas, médicos psiquiatras y psicólogos, saben que la esencia de un tratamiento está en la voluntariedad. De otro modo implica irrumpir violentamente sobre la privacidad, trascendente derecho individual.

Ocorre, entre tanto, que el resultado de un tratamiento, más allá de su borroso confin teórico debe, según la normativa de muchos países, ser conocido por jueces para decidir libertades condicionales y conmutación de penas, con lo que, en ocasiones muy a su pesar, el recluso no puede negarse. Su libertad está en juego.

7. CUANDO SE LEVANTA UNA CÁRCEL EL DERECHO SE DERRUMBA

En las Constituciones nacionales o en las leyes penitenciarias de casi todos los países del hemisferio figura como finalidad de la pena la llamada "readaptación social del delincuente". Las Recomendaciones para el Tratamiento de Reclusos de Ginebra (1955) fueron adoptadas por muchos países, como también las normas del Pacto de San José de Costa Rica (1978) con respecto a las detenciones y el trato en las cárceles y los principios elementales que surgen de las convenciones de derechos humanos.

La Constitución Nacional argentina del año 1853, expresa en la parte final del artículo 18: "Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias para seguridad y no para casti-

⁴ Con motivo del V Congreso de Criminología Crítica, celebrado en La Habana en 1986, tuve oportunidad de visitar varios establecimientos carcelarios cubanos. Conversé en toda oportunidad extensamente con funcionarios, celadores y, sobre todo, reclusos. En todos los casos se resaltaron los beneficios del tratamiento carcelario empleándose términos tales como terapia carcelaria y readaptación social, trabajo carcelario y disciplina, libertades condicionales con clara aceptación de funcionarios y reclusos del "requestró legal" y una criminología etiológica con metodología positivista, a la altura, e aún más allá, de cualquier país capitalista.

go de los reos detenidos en ellas...". Es una norma de notable prosapia histórica en el país. En 1958 se sanciona la Ley Penitenciaria Nacional, una de las primeras en receptor las Recomendaciones de la O. N. U. del Congreso de Ginebra, (1955), que incluye un régimen penitenciario progresivo como parte del tratamiento para el logro de la tan mentada readaptación social del delincuente.

Este tipo de normas son como los faros de un coche, que iluminan la ruta, pero no lo manejan. Principios meramente formales porque la realidad lo trasgrede todo. Por así decirlo, las normas y su sentido estrellan su cabeza contra las paredes de la prisión. Y aunque duela el desvío y la impunidad de ese desvío, será preciso señalar que la realidad desalegitima a la ley y la descalifica.

Es difícil e incierto presumir que sancionada la ley, los seres humanos, para el caso los reclusos, funcionarios y guardiacárceles, cobijen sus actos y produzcan sus acciones de acuerdo a lo que ella manda o pretende. El ambiente no lo permitiría. Presos y carceleros se viven como bandos opuestos y no es posible pretender que los comportamientos sean bizarros porque ese espacio está pensado para imponer ciertas formas particulares y determinadas de vida.

La cárcel está pensada o, en el mejor de los casos se ha transformado en el tiempo, para la cosificación de la existencia de los individuos. La disciplina y el tratamiento pretenden mostrar que las contradicciones son un producto de comportamientos individuales y no, antes bien, emergentes de una problemática social.

Más que a la ley, lo que se obedece son las lealtades implícitas que enuncia. Hay una civilización dominante que subtiende sobre ellos y una disciplina a cumplir. Puestos a una interpretación de la ley, la realidad social e institucional impone sus designios. Ni siquiera se puede hablar de sistema, regímenes o tratamiento carcelarios según lo formulan los cuerpos legales y sus reglamentos porque, más allá de cuestiones epistemológicas, son impracticables por falta de medios, servicios y personal idóneo. Es ésta una verdad a tumba abierta.

Las cárceles de Latinoamérica están sobresaturadas de detenidos preventivos. En el Uruguay se trata del 90 %, mientras en otros países la cifra fluctúa pero no baja del 70 %, que

es el índice de la Argentina. Desde el punto de vista de la ley y de la justicia son considerados inocentes hasta que una sentencia firme diga exactamente lo contrario.

La sanción penal se comienza a cumplir en los hechos, con el sufrimiento, el desdoro y la pérdida de identidad que inflige la cárcel desde el primer día en que el justiciable es recluido.

Los jueces obedecen más a la ley procesal que impide la liberación provisoria por excarcelación que a la propia Constitución Nacional que, como ley máxima obliga de modo irreductible a la obediencia de sus mandatos. Los jueces tienen conciencia de que están violando el precepto constitucional, pero eso no les lleva al insomnio. Las cárceles no son "ni sanas ni limpias". Son edificios vetustos con pabellones generalmente hacinados y promiscuos. Poseen un característico olor a grasas y orines y, como el régimen es paramilitar, menudean pitazos para dar órdenes, castigos como "cuerpo a tierra" y "salto de rana" y dispendio de calabozos de castigo llamados en la jerga carcelaria *buzones*. Constituyen una suerte de segregación dentro de la segregación.

Toda formulación placentera en las cárceles, incluso el sexo, no deviene del cumplimiento de leyes o de elementales principios humanos, sino de una concesión de la autoridad que en todos los casos se emparenta con la disciplina o la buena disciplina.

¿Qué ocurriría si un juez penal obedeciera a la Constitución antes que a la ley procesal en nuestro país? Frente a un caso, por ejemplo, de un enfermo depresivo o un alérgico o un tuberculoso o portador de sida, que no pueden ser tratados por falta de elementos, servicios o personal, decide la liberación por entender que la cárcel al no ser "sana y limpia" (con la correlación analógica que estos principios suponen) no protege al enfermo, lo que demuestra una incapacidad de humanidad y deterioro que el magistrado no está dispuesto a tolerar. En tal circunstancia decide con buenos argumentos, la liberación, aunque el Código de Procedimientos Penales lo inhiba por tratarse de un delito de los denominados no excarcelables. ¿Resultaría esto más grave que trasgredir la Ley Fundamental...? ¿Podría hablarse de una trasgresión o violación positiva de la ley formal?

Los supuestos se multiplican. ¿Qué ocurriría si un condenado se presentara mediante un amparo, solicitando que se lleve a cabo todo lo que señala la ley para su "readaptación social"? ¿O, si un procesado pidiera que se le permita trabajar, ya que ninguna ley penal ni decisión judicial puede condenarlo al ocio forzado como pena o poco menos, anexa a la privación de libertad que se le ha decretado, alegando que el trabajo es un derecho humano y que no es culpable de la imprevisión de que en la cárcel no existan talleres ni tareas útiles y productivas que efectuar...?

Una vez más la realidad impone la violencia de sus armas que vienen a deslegitimar la función judicial y la de las cárceles. Hay un sedimentado pero a la vez caudaloso incumplimiento de deberes del funcionario público que no se restaña en formales manifestaciones individuales o colectivas (Colegios de jueces y funcionarios) cada vez más menguadas. Ni siquiera recurrir a ciertas escabrosas dialécticas y explicar que desde antes de venir al mundo la mayor parte de los jueces y el personal penitenciario, las cárceles obedecían, con sus construcciones laberínticas, a un criterio retribucionista no superado.

Lo real es que la actualidad de la doctrina de los derechos humanos hace más profundas las escisiones, los abismos. Las cárceles son hoy sólo depósitos humanos. Lo que importa es la contención y aseguramiento del sospechado de haber trasgredido la norma penal. Esa circunstancia podría inscribirse, en muchos casos, en una suerte de gozo vindicativo o en una venganza sin sentido de la sociedad disciplinaria.

El problema nació con las propias cárceles y se hizo endemia, enraizado en medidas que se decían (y dicen) morigeradoras y correccionalistas. Quienes estudiamos los establecimientos carcelarios nos enfrentamos casi siempre al delirio político de nuevas construcciones que perfeccionan el rigor, a la vez que suelen ser importantes negocios inmobiliarios. Se trata de ampliar, "dar comodidad" en el laberinto del infierno y hasta se llega a utilizar a reclusos como mano de obra carcelaria (muy barata, por cierto) para restaurar algún pabellón o las celdas y hasta pintar su jaula. Nada dicen los cambios de fachada o un televisor más o menos que, en realidad, no cambian nada porque subsiste la ideología.

Ley penal y penitenciaria parecen condenadas a no pretender éxitos en su cumplimiento, sino a preparar a los estudiosos para entender fracasos. Todo queda librado a la mayor o menor humanidad de algún juez o algún funcionario de cárceles. Eso está más allá de la ley.

8. MORIR EN LA PRISIÓN

Las leyes suelen evitar que las soluciones proliferen demasiado. Y la injusticia y los injustos no se seleccionan entre las que crean nuevos entuertos, sino entre las que insisten en respuestas de exterminio de las personas físicas o de su identidad como tales. Es necesario explicar a los fanáticos de la represión que la cárcel es un sitio donde se pierde la posibilidad de vivir. O, en otras palabras, se acrecienta en gran medida la posibilidad de morir. Un juez que priva de la libertad está, aunque ordinariamente no lo sepa ni lo piense, condenando un poco a la muerte.

Los sistemas penales que dicen en nuestro hemisferio tutelar de modo prioritario la vida humana, y pretenden dar esa imagen al cuerpo social, en realidad la subestiman y son causantes de múltiples muertes policiales y carcelarias evitables, en que se siente la falta de elementales sentimientos éticos que desembocan en un ferocísimo abuso de poder institucional.

¿Cuánta mayor posibilidad cabe de morir en prisión que en libertad? No se han hecho estudios exhaustivos sobre estas cuestiones. No hay datos para cuantificar esas muertes que existen en grado alarmante y, por ende, estadísticas para su comparación proporcional con la muerte en libertad. Empero, en múltiples casos, se trata de una pena de muerte extrajudicial parangonable al tristemente célebre "gatillo fácil".

Las cárceles de todo el mundo tienen códigos inescrutables. Es difícil asomarse a ellos no estando preso. Los cortes profundos que ciertos presos se infieren en los brazos o el cuello, interesando las venas, podrá ser un síntoma de protes-

³ También la administración carcelaria es un control del poder punitivo como lo es la policía. Órganos del Estado, en fin, que por acción u omisión, en ciertos casos, matan.

ta, un grito abogado para llamar la atención, pero debe verse el aflorar del instinto tanático. En cada uno de estos sucesivos cortes, hay una forma de muerte diferida, en episodios.

En las cárceles de nuestro hemisferio se sabe que el violador, el confidente de la autoridad, quienes lucieron en la vida libre uniforme policial o militar, ciertos homosexuales, corren serio riesgo de muerte violenta (a veces disimulada como suicidio). En el encierro se agazapan y arrastran odios personales contraindidos de antiguo o engendrados en el medio. Siempre hay decesos por duelos y sentencias de muerte sin apelación. Existen bandas rivales que pretenden dominar sectores y negocios (drogas, sexo, alimentación, traslados a pabellones), como ocurre en la mayoría de las prisiones mexicanas, y el zurecido para cualquier desgarradura es la muerte.

Menudean los suicidios producto de depresiones y neurosis depresivas, que Enrico Ferri llamó "locura penitenciaria" y que más pomposamente se entendió después como "psicosis de situación". Muchos presos mueren por enfermedades curables —tuberculosis, por ejemplo— mal atendidas y procesos cardíacos que deben esperar turno. El número de médicos es ínfimo, el tiempo de atención escaso en comparación con la población sobresaturada, y ordinariamente se deja librado a enfermeras (incluso reclusos) las curaciones.

El sida, un problema no suficientemente hablado pero sí respirado en las cárceles, adquiere sin pausas dimensiones de catástrofe. No se ha atinado a dar pasos para su solución y no parece la cárcel tradicional, ni siquiera los llamados pabellones especiales, lo más conveniente⁸.

En ese purgatorio de saldos ocurren situaciones huracanadas, en corto circuito, de una conmovedora crudeza. Las represalias por las fugas fracasadas, las revueltas, los motines cruentos, semejan catarsis asírias. Son una guerra en que los enemigos potenciales —la población penitenciaria es marcadamente joven— deciden dirimir en ese enclave, en el

⁸ Creo que los enfermos de sida —procesados y penales— ya bastante condenados por la vida (o la muerte, según se vea) deberían ser ubicados en granjas, reciclando incluso algún edificio, formando comunidades terapéuticas, con trabajos útiles y productivos y, en lo fundamental, coexistiendo con la dirección. Formando grupos a la medida de alcohólicos anónimos, para ayudarse y redimirse sus existencias o la que resta de ellas.

espacio carcelario, el alzamiento contra la disciplina, el control y sus odios personales³.

Las muertes en motines son numerosas y la crueldad obscena y agravante que se representa, una vez ocurrido, demuestra una asombrosa capacidad de inhumanidad. Cadáveres apilados para el escarmiento, jueces que no llegan a tiempo (o nunca) para salvaguardar la vida de procesados bajo su jurisdicción y los que entienden en la causa no investigan a fondo y casi nunca llegan a imputaciones de responsabilidad penal. No se sabe tampoco de organismos internacionales que hagan sentir sus voces, salvo excepciones, frente a la cruel afrenta al derecho humano, esencial: la vida que se cobra el sistema penal.

³ En *Crónicas de muertes silenciadas, Villa Devoto, 14 de marzo de 1978*, relata minuciosamente el "matin de los colchones de poliuretano" que dejó un saldo de más de 60 muertos en el pabellón sexta, en el conflicto carcelario más luctuoso que registra el país hasta hoy.

CÁRCELES Y PENAS, AL FILO DEL TERCER MILENIO

CARLOS ALBERTO ELBERT

Parece obvio que en este fin de siglo muchas cosas están cambiando. Tal vez en todo fin de siglo ocurrió algo parecido, pero es seguro que en éste se ha concentrado la más impresionante conjunción de innovaciones técnicas, sociales y culturales de todos los tiempos. Los miembros de la generación del '80 contemplaron con asombro el primer automóvil, la aparición de la luz eléctrica, el cinematógrafo y certificaron, con esos y tantos otros hallazgos, que el progreso era incontenible y todo futuro mejor. Ratificaban así la confianza en unas instituciones que estaban demostrando, a través del progreso mismo, estar en lo cierto, ser imprescindibles, y perfeccionarse con el paso del tiempo. Todo lo posterior sería mejor que lo anterior, hasta las cárceles para ciudadanos descarriados.

Hoy, los miembros de todas las generaciones contemplan al progreso como el verdugo de muchas esperanzas y sueños. Resulta que aquel empuje novecentista nos ha llevado por inesperados caminos de crueldad, injusticia, derroche y corrupción. Se ha destruido el entorno ecológico de la humanidad, se desvanecieron las utopías y se las está reemplazando con rebrotes de fundamentalismo fanático y con indiferencia y fuga, incrementando el consumo de estimulantes hasta hacer de su tráfico el negocio más promisorio del mundo. Ante tales resultados, como no podía ser de otro modo, las sociedades se volvieron escépticas respecto de las instituciones que llevaron por estos caminos.

Sintetizando, podría decirse que cerca del año 2000 los grandes cambios ya no deslumbran —ni asustan— como anteriormente sucedía. De golpe cambia toda la geografía de un continente, y todo se limita a estudiar las manchas de colores de los nuevos mapas. No obstante, algo no ha cambiado: están las mismas cárceles, fundadas más o menos en las mismas ideas del tiempo en que se construyeron; en muchos casos, hace más de cien años.

Es curioso que en un momento de tanto escepticismo, de tanto cuestionamiento, no se ponga en duda la vigencia institucional de la cárcel. El instinto (más que la idea) retributiva no parece haber variado en nuestra sociedad, desde 1880 hasta aquí, y en casi ningún país latinoamericano.

Recientemente, se produjeron en Venezuela los motines carcelarios más trágicos de su historia, en los que los internos se enfrentaron entre sí, empleando hasta ametralladoras automáticas adquiridas dentro de los muros, merced a un rentable contrabando organizado por sus custodios. Tras las masacres de Tocarón y Sabaneta, el gobierno venezolano ha reaccionado con creatividad: se construirán nuevas cárceles, pero eso sí, ahora como debieran ser.

Entre nosotros, Caseros y Devoto han sido calificadas oficialmente como ignominiosas e inhumanas centros de detención. Por ello, nuestro gobierno ha reaccionado también creativamente: se están construyendo nuevos centros de detención, con módulos adosables, sanos y limpios, como viene mandando con impotencia nuestra Constitución.

Podría seguir con la lista de ejemplos y paradojas, a la luz de motines y problemas diversos del mundo carcelario, pero por razones de espacio, me limitaré a los recientes acontecimientos en la provincia de Buenos Aires, considerando haber sugerido ya la tesis de esta nota: socialmente, todo pasa, pero la cárcel queda.

A propósito de los recientes motines... ¿qué enseñanza dejaron a nuestras autoridades? Parece ser, de acuerdo a todo lo publicitado, que los incidentes sólo fueron un mal momento provocado por unos pocos malandrines. Alejados que fueron los presos malos, todo quedó como estaba. (Parece que muy bien). El ministro de Justicia dijo que los motines no eran problemas de su competencia, sino de la del gobernador de Buenos Aires. Éste, por su parte, tranquilizó a la opinión

pública en pleno motín, afirmando con tacto y sabiduría que "siempre que llevé paró". Tanta confianza tuvo en su visión institucional, que un ramo de orquídeas esperaba galano —en su nombre— a la juez-rebén, a su salida del penal. Nuestro primer mandatario tampoco podía faltar a ese torneo de creatividad institucional, y dejó sentado que los cabecillas del motín son hienas, o escoria humana, o "verdaderos delincuentes", valiéndose del mismo puñado de conceptos elementales y anti-jurídicos con que declama su amor por la pena de muerte, con cálculo oportuno para entorpecer discusiones serias sobre los problemas críticos de la sociedad. Para no ser menos, también nuestro primer mandatario propuso... la construcción de nuevas cárceles, para encerrar a los verdaderos delincuentes, que vienen a ser los que estando encerrados, delinquen dentro de la prisión, y tienen condena a perpetuidad¹.

Probablemente la sobriedad de nuestros funcionarios procura preservarnos de enojosos debates fratricidas, pero lo cierto es que en todo momento tuvo y tiene un trasfondo inalterable: la cárcel como realidad imprescindible, necesaria y útil. La solución a sus brutales crisis consiste, tenazmente, en tumbar las viejas y construir nuevas, si es posible, de mayor capacidad. Creo que no puede negarse que todo lo que rodea los conceptos de punición y cárcel está plagado de sofismas: que son sanas y limpias, que resocializan, que tienen eficacia especial preventiva, que disuaden, que mejoran la seguridad de la sociedad y el argumento por antonomasia de los tiempos actuales: que no hay buenas alternativas. ¿Cómo puede sobrevivir ideológicamente tal conjunto de ideas e instituciones esencialmente desventajosas, falaces y anacrónicas? Me sigue pareciendo asombroso que ese conjunto de discursos esté por cumplir un siglo y medio, sin que el hombre le encuentre una alternativa, un sucedáneo, algo fresco que termine con el mero hacinamiento segregador. Estoy seguro de que la culpa no es de los funcionarios, que repiten el eco de prejuicios, lugares comunes y proyecciones psicológicas que pasan de generación en generación, y siguen siendo

¹ Queda así claro que quienes no sean encerrados, pese a delinquir escandalosamente, nunca serán verdaderos delincuentes. Como se ve, nuestras máximas autoridades coinciden con la criminología crítica, en tanto consideran que lo importante es la definición y no la delinencia.

campo de pingües ganancias para "comunicadores sociales" y candidatos políticos astutos.

Me pregunto: Si nuestra sociedad fuera debidamente informada de que del total de tipos penales del Código sólo se aplica un 10%, que la cifra oscura de la criminalidad es inmensamente superior a la conocida, que las leyes no son inocentes, sino elaboradas por los que tienen poder para escaparles, que el 70% de las penas de prisión se cumplen por delitos menores contra la propiedad, que la policía posee un poder de definición mayor que el de la Justicia y, en suma, que casi todo el que haya pasado por una cárcel es un potencial autor de hechos más graves en el futuro ¿seguiría pidiendo más cárceles, más penas, más policía? ¿O comenzaría un verdadero debate sobre los requisitos de una sociedad solidaria, donde hasta la maldad de los otros fuera un problema de todos?

Me pregunto, me sigo preguntando, si a fines del siglo XXI seguiremos construyendo nuevas cárceles, ya grandes como ciudades, y si su necesidad se seguirá justificando con los argumentos de la generación del ochenta. Afortunadamente, si la respuesta es afirmativa, no llegaré a saberlo.

NOTAS SOBRE LA CUESTIÓN CARCELARIA Y LAS TEORÍAS SOCIALES

JUAN S. PEGORARO*

Estas notas tienen como principal motivación el deseo de convocar a la lectura de los autores, que cito o invoco, en sus trabajos originales; ellos han desarrollado este tema y sólo trato de introducir algunas de sus ideas tratando de provocar en el lector la motivación que me impulsara hace ya tiempo a la búsqueda en ellos de algunas respuestas a las inquietudes morales e intelectuales que provoca este tema.

La utilización de la cárcel como forma generalizada (y pública)¹ de los castigos tiene apenas doscientos años. Quizás este solo hecho nos obligue a pensar cuál es su "origen", o por qué este "invento" fue desplazando a las otras formas de castigo más públicas y más supliciantes.

La intención que guía la anterior pregunta es tratar de sugerir en estas notas que puede buscarse alguna respuesta por medio del acceso a unos trabajos no demasiados tradicionales en el mundo de la teoría del derecho penal y que implican un abordaje desde la teoría social.

* Instituto de Investigaciones "Gino Germani", Facultad de Ciencias Sociales (UBA).

¹ Las innumerables formas de castigos supliciantes sobrevivieron pese a los cambios sociales ocurridos en los últimos dos siglos, entre diferentes culturas, como el de padres a hijos, adultos a chicos, hombres a mujeres, fuertes a débiles, gobernantes a gobernados, militares a civiles; lavaciones a una raza superior o la atribución de subversivo a una persona expulsa en muchas casos "el huevo de la serpiente".

Necesariamente reducido a algunos señalamientos o indicaciones de enfoques o de autores, se trata aquí sólo de una aproximación que busca identificar ciertos problemas relacionados con la preservación de un orden jurídico-penal que tiene como paradigma, ilusionista, el que en tal orden social los delitos son/deben ser castigados.

Y esto es lo que constituye uno de los problemas que se plantea todo ordenamiento social ya que, lejos de aquel paradigma, el hecho empírico, observable y comprobable cuantitativa y cualitativamente es que sólo se castigan algunos³, y ciertos tipos penales más que otros y que los castigos responden a una cierta selectividad social.

Quisiera primeramente sostener la idea de que la cárcel como castigo no es la necesaria consecuencia del delito y que por ello no se puede pensar en la esencialidad de éste y el castigo como su "respuesta" automática. Quiero decir que no es el comportamiento en sí mismo lo que constituye un delito sino la interpretación que hacen otros de tal comportamiento. Así puede decirse que el delincuente es el efecto o el "producto" de la actividad del sistema penal, en suma, de una institución particular que tiene el "poder de definición". Y como lo dice el teorema de Thomas, si a ciertas situaciones se las define como reales, son reales en sus consecuencias.

La cantidad de delitos que se cometen y sobre la que dan cuenta las estadísticas oficiales, así como la "cifra negra" (la cantidad de delitos que en realidad se cometen y por variadas causas no son registrados en las estadísticas oficiales), su crecimiento y variación en las formas, habla a las claras de que el sistema penal como respuesta preventiva y ejemplarizadora en los castigos muestra tremendas limitaciones, a punto tal que puede hablarse de que para eso ha fracasado. Este hecho instala la pregunta de ¿si no sirve para eso, para qué sirve?

Por lo tanto, casi el interrogante de rigor ante tal problema no es tanto el porqué de su fracaso sino el porqué de su

³ Conforme a los datos existentes en el Registro Nacional de Estadística Criminal anualmente recaen unas 15.000 condenas en los tribunales penales, no obstante que los delitos que se registran ascienden a más de 500.000 por año. Ver algunas reflexiones al respecto en Pegoraro Juan, "El rigor del mercado: el control social penal en los '90", *Encrucijadas*, revista de la Universidad de Buenos Aires, n° 2, 1995.

supervivencia, a punto tal que ésta es una pregunta que parece una provocación. Una provocación que a poco de examinarla supone nuestra perplejidad, porque hemos sido educados desde niños en la existencia y necesidad de los castigos para corregir, para prevenir, para intimidar, para producir miedo, para hacer doler, para...

Y no sólo su supervivencia sino su extensión, su ampliación, la creación de nuevas figuras, el aumento en el rigor de las penas, el mantenimiento de castigos lindantes con el exorcismo, en fin, una galería de iniquidades y de inhumanidades que luego de doscientos años de un sistema penal liberal continúa siendo expresión de la inhumanidad, casi de la ferocidad humana.

Si la existencia de un sistema penal se funda en su utilidad para lograr que no se produzcan víctimas, no hay duda alguna de que ha fracasado. No obstante, se mantiene y es alimentado con nuevos tipos o figuras penales, y se inflaciona cada vez más, con más juzgados penales, con más cámaras del crimen, con más policías, con más fiscales, con más censores de las conductas humanas.

En esta línea me parece necesario explorar la pregunta de Michel Foucault en *Vigilar y Castigar*, en el sentido de que hay varios lugares de "origen" de ese profundo cambio producido en los finales del siglo XVIII cuando comienzan paulatinamente a desaparecer las formas de castigos públicos y suplicantes. Su propuesta es que, además de las ideas humanistas (ideas al fin descubiertas ¿para el bien de la especie humana?) hay otros lugares, otras prácticas sociales, otras intenciones en el saber y en el ejercicio del poder que da cuenta de este origen o invención del sistema carcelario.

Al respecto las ideas humanistas, la nueva concepción del control social, las concepciones de la reforma o corrección del individuo, y la necesidad de la higiene pública en la que el trabajo ocupaba un lugar central, con más la hipótesis de Foucault acerca de la necesidad del disciplinamiento social, colocan este tema en el centro de una discusión iluminadora sobre las nuevas relaciones sociales en el mundo del capitalismo industrial.

Por otra parte, cuando se dice que alguien *merece o debe ir a la cárcel* es necesario que se diga algo más para saber qué quiere decir eso: ¿se refiere al castigo por un delito? ¿a la

pérdida de libertad? ¿integra en tal propuesta los reglamentos carcelarios sobre el régimen de vistas? ¿sabe de la relación entre los internos y los carceleros? ¿se refiere al pan y agua, frío, comida "tumbona"? ¿se refiere a la relación de poder entre los propios internos? se refiere a un lugar de corrupción administrativa y de degradación humana? ¿se refiere a la necesidad de proyectos de resocialización?

Es cierto por otra parte que en toda idea de corrección de la conducta humana está presente el previo supuesto de un cuerpo social orgánico, basado en un consenso mayoritario acerca de su organización y normatividad, de funcionamiento homeostático; por ello la existencia y necesidad de utilizar ciertas herramientas —los castigos— como respuesta a las conductas antisociales. Para esto la invención de la cárcel. Y por ello la cárcel como el lugar de residencia de los que violan tales supuestos de vida social es una "respuesta".

La definición del orden social por medio de las normas, y la aplicación de medidas para su preservación, explican la supervivencia de las dos teorías sobrevivientes y hegemónicas, la clásica y la positivista³ para los penalistas, esos especialistas en la aplicación del dolor, tal como los definía Nils Christie.

Como vemos, prima aquí la idea de respuesta y no la de iniciativa. La sociedad, como diría Baratta en aquel ponderado trabajo de los años '80⁴, sería el bien, sería lo legítimo, lo natural y normal, y el delito sería el mal, lo ilegítimo, lo anormal; en suma, todo lo que aparece en el imaginario social cuando se propone como supuesto frente al delito, "la ideología de la defensa social".

³ Cuando digo sobrevivientes y hegemónicas me refiero a que tales teorías han sido, y son, los soportes explicativos de la práctica penal, tanto a nivel de creación de normas, como de selección de actividades de persecución penal, como de formas de aplicar las penas y procesos de resocialización. En tal sentido, los ataques más conceptuales a estas ideas han sido realizados por la obra de Michel Foucault dirigidos a la ignorancia, a la ingenuidad o a la mala fe de los "penalistas".

⁴ Christie, Nils, "Los límites del dolor", *Breviarios del Fondo de Cultura Económica*, México, 1984.

⁵ Baratta, Alessandra, *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, en especial el Capítulo II, "La ideología de la defensa social", Siglo XXI, México, 1986.

Pero el castigo, cuando deja de tener un fundamento divino-religioso-retributivo y deviene laico y útil (producto de la secularización de gran parte de las relaciones sociales y del monismo estatal)⁸ deviene objeto de evaluación y de discusión. No solo quién y por qué tiene facultades para castigar, sino también de qué modo. Y en esto el lugar de la pregunta es importante: ya no es desde el príncipe, desde el soberano, sino desde la sociedad.

Así es la sociedad o, mejor dicho, un determinado orden social, el que asume o se arroga el derecho de castigar a partir del principio de que todos los hombres son iguales ante la ley y de que son capaces de elegir entre el bien y el mal.

Si son todos iguales, el castigo debe ser un tema de discusión de los iguales que están organizados en una sociedad. Y motivo de análisis y discusión sobre su utilidad, que se mide en función de la capacidad de los castigos de prevenir las conductas delictivas; después de cometido el delito, el castigo sólo sería útil si demostrara su supuesta capacidad correctora, resocializadora (?), o reeducadora (?).

Pero volvamos a nuestra primera pregunta: ¿dónde, cuándo, cómo y por qué se generaliza la cárcel como castigo?

Quizás sea necesario buscar su origen en unas bases "materiales" y culturales presentes a fines del siglo XVII que haga inteligible su ausencia siglos antes. La ausencia de la cárcel y la ausencia de las bases materiales.

Para entender la problemática de la relación entre la sociedad y el delito propongo primeramente despejar algunos supuestos muy corrientes. Uno de ellos, quizás el principal, y como tal un verdadero obstáculo epistemológico, es la idea de la esencialidad del delito, esencialidad que devendría de la existencia de un orden natural, de un derecho natural-formal o material ya sea éste producto de una concepción religiosa o teológica de la sociedad o del orden social creado por los individuos, o de la fuerza de la razón humana.

Por ello propongo partir del reconocimiento del proceso histórico-social de secularización de estos dos conceptos, tanto del concepto de sociedad como del concepto delito. Estos

⁸ Weber, Max, *Historia Económica General*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1974, en especial el Capítulo IV, párrafo 8.

dos hechos se producen a finales del siglo XVIII juntamente con la generalización de la forma cárcel como castigo.

Y he aquí que uno implica al otro, o supone el otro. No existe *el delito* sino que existen situaciones, hechos, conductas, acontecimientos, fenómenos que son considerados delitos por la sociedad, quiero decir por un ordenamiento impuesto por hombres que viven en sociedad. Ordenamiento producto de las relaciones de fuerza y con esto no sólo me refiero a la fuerza física o a la violencia material, sino también a la materialidad de la fuerza moral⁷.

No valen así recursos vulgares como la atribución de un supuesto "retraso cultural" tan en boga en la antropología inglesa cuando tenía que justificar a sus colonizadores-civilizadores.

Y al decir sociedad rechazo aquellas ideas sobre la existencia de la sociedad lindante con el animismo o con la metafísica o simplemente con la especulación o la ignorancia (también con la mala fe); de lo que trato de hablar es de la existencia de un orden social y no de una sociedad; acercarse al delito es reconocer una serie de mediaciones construidas por los hombres que viven en sociedad.

Acercarse a una definición de delito supone hablar de la norma o ley que define una conducta como tal.

Supone un orden social que pretende con la definición de tal conducta preservar ciertos bienes, y supone también que se han instituido respuestas a tales conductas consideradas delictivas, una de las cuales es el castigo⁸.

Esto no sólo es un error histórico sino un error conceptual de notable incidencia, ya que supone que es la "moral" y no la política la que conduce las prácticas punitivas. Con esto no quiero decir que no se apele a "la moral" para justificar determinados castigos sino que no es ella como valor universal,

⁷ Marín, Juan Carlos, *Conversaciones sobre el Poder*, Instituto de Investigaciones Gino Germani, Fac. Cs. Sociales-UBA, Ed. Ciclo Básico Común, Buenos Aires, 1993.

⁸ Una lectura muy interesante sobre algunas formas de castigo supervivientes en el entramado social de la Inglaterra del siglo pasado, puede verse en los trabajos de E. P. Thompson, por ej., *Costumbres en Común*, en especial el capítulo "La concertada", Crítica Grijalbo, Barcelona, 1993.

esencial y desinteresado —o sólo interesado en el bien de la especie humana— la que determina las prácticas punitivas.

El porqué se preservan ciertos bienes y no otros, el porqué se relativizan en el tiempo y el espacio y aun los "momentos" como entorno o marco necesario imprescindible para definir una conducta como delictiva, sigue siendo un problema a resolver.

Además, en la realidad lo que existe o lo observable es la "política penal". Quiero decir que lejos de existir frente a una conducta ilegal el castigo como una respuesta necesaria, automática, rápida, eficaz, existe otra cara de la misma moneda que es la "tolerancia" (mejor dicho, política de tolerancia).

Romper o desligarse de la idea de "ineficiencia" de la policía o de los jueces, implica incluir en la política penal esa categoría o mejor este "observable" de la realidad que es la tolerancia.

Pero podríamos decir que la tolerancia como categoría observable, es el resultado de un proceso social en el que se neutraliza una supuesta capacidad inicial del orden social de castigar determinadas conductas, y/o de preservar determinados bienes. ¿Por ello la tolerancia estaría compuesta por la impunidad, por la inmunidad o por la ineficacia? ¿quizás por la debilidad? Y en esto, en la idea de debilidad del orden jurídico penal, mejor dicho social penal, me parece que es necesario detenerse.

La descripción y análisis del acontecer histórico tiene algo que decir con respecto a lo que podemos llamar, "la evolución de los castigos". Sobre este problema, Michel Foucault es uno de los pensadores que más ha contribuido a reflexionar sobre él, principalmente porque supone que los castigos son una de las formas *terminales* en las que se expresa el poder, social, político, económico pero que, además, es una "forma social" compleja.

Dice Foucault en *La Verdad y las Formas Jurídicas*² que Nietzsche es el verdadero creador de la modernidad en cuanto sostiene que la no existencia de Dios como garante del orden social es la que seculariza el orden social. Quiero decir que

² Foucault, M., *La Verdad y las Formas Jurídicas*, Gedisa, Barcelona, 1980, ps. 24 y 25.

son los hombres los que ordenan de determinada manera el mundo, y no Dios, un mundo dice, sin belleza y sin sabiduría y cuyo orden responde no conforme a la sabia y beatífica concepción de los filósofos sino a la concepción de los políticos, o sea de la fuerza de la violencia, en suma, de los enfrentamientos y conflictos ligados a la dominación y al sometimiento.

El problema tendría, entonces, una matriz ligada a la noción de proceso histórico, similar a las cuestiones planteadas por Federico Engels en *El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado*. Me refiero a esas explicaciones o búsqueda de leyes sociales, esas regularidades que explicarían los cambios que se produjeron en la vida social de diferentes sociedades para pasar de diferentes formas familiares (clánica, sindiásmicas, punalúas, matriarcales, etc.) a la familia monogámica; de las diferentes formas de propiedad (comunal, patricial, familiar, tribal, etc.) a la propiedad privada; y las diferentes organizaciones políticas, (horda, muta, ciudad-Estado, comuna, directa, etc.) a la forma del Estado moderno.

O sea la búsqueda de leyes sociales en los procesos históricos que llevan "inevitablemente" a esos "resultados" (familia monogámica, propiedad privada y Estado moderno) y además, la cárcel como forma generalizada de los castigos.

Otro tema importante es la idea de "invención" del conocimiento al estilo Foucault en *La Verdad y las Formas Jurídicas*. Sostiene que no es correcto hablar del "origen" del saber o del conocimiento por la ambigüedad que esto supone, y sostiene que se trata de invenciones, o sea *formas del conocimiento de la verdad* a partir de sujetos que se constituyen por las mismas prácticas sociales; y para el caso, una de estas invenciones son las prácticas judiciales o sea la forma en que se distribuyen premios y castigos en una sociedad.

Y aquí es necesario hablar de que el conocimiento supone lucha, enfrentamiento, relaciones de poder (dice Nietzsche) y no bondad o beatitud.

El conocimiento no sería instintivo, dice, sino un resultado de la confrontación, de la lucha y de tal manera no habría origen sino invención.

Por lo tanto no es una especie de progreso humano lo que explicaría la existencia o "invención" del sistema penal moderno, o de una racionalidad al fin alcanzada, sino toda una transformación política... y con ello una determinada manera de ejercer el poder.

Sólo el análisis de los juegos de fuerza política, de las relaciones de poder, puede explicar las razones del surgimiento de la "indagación" (el saber quién hizo tal cosa) supliendo de tal manera otras formas del saber como las "pruebas de fuerza" y el juramento e invocación a los dioses en la Antigüedad. "La indagación no es un contenido, sino una forma de saber..."¹⁰, como antes lo fuera la confesión y luego lo fuera el examen. Una forma de saber, de un conocer que implica también un desconocer, un desconocer otros saberes.

La "prueba de fuerza" que constituía la verdad, luego la indagación que constituía la verdad, luego la confesión que constituía la verdad, luego el examen que constituía la verdad. ¿No es ésta una secuencia que también supone sujetos de conocimiento distintos? ¿Puede afirmarse acaso que las formas de saber anteriores al examen (como la forma moderna del conocer) fuera sólo un producto de la ignorancia o del atraso cultural? ¿Será posible no contabilizar en esto la acumulación y ejercicio de poder que ello significaba y el surgimiento y existencia de otro sujeto, de otro orden social?

El pensamiento crítico de lo social (del cual la llamada criminología crítica es uno de sus exponentes) es tan antiguo como el mundo; cuando junto a la "dimensión de la definición" de delincuente o de desviado de una persona, se le agrega la "dimensión poder" aparece como nueva perspectiva la idea de develar la realidad tal cual es. O sea que para definir a alguien como delincuente o desviado se necesita poder para hacerlo y también poder para castigarlo y encarcelarlo.

Para referirme a algunas ideas acerca de la cuestión carcelaria un autor imprescindible es Michel Foucault. Su obra está cruzada por su voluntad de identificar en las relaciones de poder la forma y la práctica de las instituciones. "El sistema carcelario reúne en una misma figura unos discursos y unas arquitecturas, unos reglamentos coercitivos y unas proposiciones científicas, unos efectos sociales reales, unas utopías invencibles, unos programas para corregir a los delincuentes y unos mecanismos que solidifican la delincuencia. ¿No forma parte entonces, el pretendido fracaso del funcionamiento de la prisión?" dice.

¹⁰ Foucault, Michel, *La Verdad...*, cit.

Así el sistema carcelario es un tema abierto, tanto su historia, como su realidad, como su función, como sus objetivos.

Y para situar el "origen" o mejor el nacimiento es bueno recurrir a la afirmación de que la cárcel (tal cual la conocemos) es una institución creada alrededor del siglo XVIII.

Por lo tanto, es válido recordar que esa época está impregnada de un clima cultural constituido por la Reforma Protestante, la Revolución Industrial y la Revolución Francesa.

Claro que estas "materialidades" las entiendo como formas terminales o consolidadas de un proceso o de procesos históricos que suponen algo menos que la naturalización de ellas. Me refiero al hecho de que la Reforma Protestante supone previamente, las "guerras campesinas que asumieron formas religiosas"¹¹ aquella a la que Marx invocara como provocando una nueva forma de la subjetividad: *Lutero venció, efectivamente, a la servidumbre por la devoción porque la sustituyó por la servidumbre en la convicción. Acabó con la fe en la autoridad, porque restauró la autoridad de la fe. Convirtió a los curas en seglares, porque convirtió a los seglares en curas. Liberó al hombre de la religiosidad externa porque erigió la religiosidad en el hombre interior. Emancipó de la cadenas al cuerpo porque cargó de cadenas al corazón*¹².

Por otra parte, la Revolución Industrial no puede entenderse sino como una forma terminal o resultado de la "acumulación originaria". Para esto es iluminadora la tesis de Eric Hobsbawm¹³ de que el capitalismo necesitaba crear demanda para ampliarse y reproducirse. Para ello la expropiación de grandes masas de población de sus condiciones de reproducción, o sea de expropiar esa forma más o menos autónoma en la que producían su propia vida.

Y también, la Revolución Francesa como forma terminal o resultado de un proceso histórico en el que el surgimiento

¹¹ Engels, Federico, *Las Guerras Campesinas en Alemania*, Progreso, Moscú, 1981.

¹² Marx, Karl, "En torno a la crítica de la filosofía del derecho, de Hegel y otros ensayos", "Introducción", p. 10, en *La Sagrada Familia*, Juan Grijalbo, México, 1967.

¹³ Hobsbawm, Eric, *En torno a los Orígenes de la Revolución Industrial, Siglo XXI*, México, 1977.

del capitalismo industrial con su clase burguesa fue socavando las bases materiales de una organización política arbitraria, imprevisible, discrecional y prebendaria. Como diría Max Weber, imponer el hecho de que se trataba del ganar que de la ganancia; por ello la nueva organización social rechazaba el capitalismo nómada o de aventura para transformarse en el capitalismo sedentario-industrial; aunque no pocas cuestiones y discusiones teóricas supone esta obra de Weber¹⁴.

Todo esto implica un antes y un después del surgimiento del capitalismo como forma de la división del trabajo y de la producción de bienes que transformaba el todo social.

Por ello ¿cómo no preguntarse acerca de la importancia que este clima cultural ejerciera sobre la *creación de la cárcel como forma generalizada del castigo*?

Y globalizando o integrando todas estas variables, la gran transformación: el paso de las sociedades que producían valores de uso a la sociedad que produce valores de cambio. Y fundamentalmente, *valor*.

Como diría Marx, *toda forma de producción produce sus propias relaciones jurídicas* contestando la generalizada ilusión de que la ley reposa en la voluntad y, más aún, en la voluntad arrancada de su base real, en la voluntad libre, que funda, en concreto, la idea de que el Derecho se reduce a la ley escrita.

Por otra parte, es un hecho cierto y comprobable la escasa atención de la sociología a los sistemas punitivos como parte esencial del orden social, hecho que se ha traducido en la casi inexistencia de un pensamiento crítico desde otro lugar; esto se debe a que estos saberes sobre el Derecho han sido monopolizados o naturalizados por los juristas y penalistas. Pero no sólo se trata de la omisión en el enfoque de lo social del sistema punitivo, sino de su funcionamiento en concreto, que quiere decir de las políticas de control social penal en acto, en acción, en la realidad.

Por otra parte, en el nacimiento de la prisión o cárcel como forma generalizada del castigo, el gran tema para el or-

¹⁴ Weber, Max, *Historia Económica General*, F.C.E., México, 1974, en especial el Capítulo IV.

den social burgués es cómo debe ser el no-propietario. Naturalizar o normalizar la idea de que ser un no-propietario es natural y normal fue y es aún un gran desafío. En suma, casi todo el ordenamiento social penal está basado en esta relación de desigualdad entre propietarios y no propietarios. La educación o re-educación del delincuente (no propietario) para que se convierta en un individuo con cabeza de asafetado agradecido es la precondition para que no desafíe socialmente la propiedad del capital.

Por ello en verdad "la reforma" de un delincuente sólo es imaginada por la política correccionalista como un producto de la educación o la sumisión, de la aceptación de la propia inferioridad, del propio ser dependiente y sujeto de necesidad.

Históricamente, hubo dos modelos de cárceles que se refieren a lugares geográficos en EE.UU. donde se ensayaron: el de "Philadelphia", basado en el confinamiento solitario y por lo tanto el aislamiento diurno y nocturno buscando por medio del silencio y de hábitos para el autocontrol la sumisión al orden legal. La soledad, la reflexión y las oraciones serían el camino del arrepentimiento y por lo tanto de la rehabilitación. Y el otro modelo carcelario, el de "Auburn" con su *day association and night separation*. El trabajo diurno y las oraciones y la soledad nocturna eran la característica de este otro modelo que nació como una *ilusión productiva*, dicen Melossi y Pavarini¹², del trabajo carcelario o sea como una actividad productiva digna de explotarse empresarialmente.

Como producto de estos modelos de encarcelamiento, en el que se impone rápidamente el último, su resultado es el surgimiento de una institución que a poco se presenta con "vida propia", quiere decir con intereses, reglamentos, estructura edilicia, lugar de residencia geográfico, y funcionarios que reclaman la ampliación y reproducción de la misma institución. En tal sentido, así como los manicomios "pacientizan" a sus pacientes, la cárcel, el sistema carcelario, "apresa" a los internos, vive de la existencia de ellos: los transforma en "presas" de la institución.

Esto produce otro resultado que es su aptitud para reducir al encarcelado en sujeto abstracto, ya que privado de

¹² Melossi, Dario - Pavarini, Massimo, *Cárcel y Fábrica. Los Orígenes del Sistema Penitenciario, Siglo XXI, México, 1980.*

relaciones con el exterior, con lo social, depende para satisfacer sus necesidades de la administración carcelaria. Se va produciendo un cambio progresivo en la valoración que el individuo tiene de sí que podríamos describir como la carrera moral del internado; separado de todo, dependiendo de todo.

El discurso del sistema de castigos siempre estuvo ligado a la prevención especial, a la prevención general y a la prevención de las reincidencias y candorosamente a la recuperación para la sociedad del castigado. O sea la utilidad de la pena.

El surgimiento de la filosofía y la puesta en acto del *Welfare State* fue la base de una concepción política de los derechos civiles que también incluía a los presos. Las órdenes debían servir para la reeducación y reforma de los delincuentes propuesta que si bien reiteraba anteriores, se expresaba en un contorno en el que las demandas de bienestar se ampliaban a todos los grupos sociales.

El contexto social y cultural, en especial luego de la Segunda Guerra Mundial, era de esperanza en crear una sociedad menos desigual y para ello los niveles de producción y satisfacción de las demandas parecían que podían estar al alcance de los necesitados sociales.

Por ello surgieron propuestas de que la educación, los servicios de salud, y políticas sociales y asistenciales debían compatibilizarse también con las instituciones que trataban a los excluidos sociales; entre ellas dos instituciones paradigmáticas, el manicomio y la cárcel.

En este marco aparece el libro de Irwing Goffman¹⁰, *Internados*, que pone el foco de su análisis sobre las instituciones totales. Se trata en gran medida de un cambio de paradigma ya que más que tratar las "causas" de la delincuencia, de "el paso al acto" tratará de los efectos o estigmas que producen las instituciones de secuestro —como la cárcel— y por lo tanto sienta las bases de una impugnación a la supuesta capacidad y voluntad rehabilitadora de tales instituciones y la función preventiva que cumpliría el sistema de exclusión y de castigos.

Goffman distingue o tratará de cinco de ellas:

¹⁰ Goffman, Irwing, *Internados. Ensayos sobre la Situación Social de los Enfermos Mentales*, Amarrutto, Buenos Aires, 1970.

1) las instituciones erigidas para cuidar a las personas incapaces e inofensivas (ciegos, ancianos, huérfanos e indigentes);

2) las instituciones erigidas para los incapaces de cuidarse ellos mismos y que además constituyen una amenaza involuntaria para la comunidad: enfermos infecciosos, hospitales psiquiátricos, leprosarios;

3) instituciones erigidas para proteger a la comunidad contra quienes intencionalmente pueden actuar contra ella: cárceles, presidios, campos de trabajo y de concentración;

4) instituciones erigidas para mejorar el cumplimiento laboral (cuarteles, harems, escuelas de internos, diversos tipos de colonias);

5) los que son concebidos como refugios del mundo, y que también sirven muchas veces para la formación religiosa, como las abadías, monasterios, conventos, y otros claustros.

Todas se caracterizan por la tendencia absorbente o totalizadora que está simbolizada por los obstáculos que se oponen a la interacción social con el exterior y al éxodo de los miembros y que suelen adquirir formas materiales: puertas cerradas, altos muros, alambres de púas, acantilados, ríos, bosques o pantanos.

Prosigue Goffman diciendo que un ordenamiento social básico en la sociedad moderna es que el individuo tiende a dormir, jugar y trabajar en distintos lugares, con diferentes coparticipantes bajo autoridades diferentes, y sin un plan racional amplio. La característica de las instituciones totales, puede describirse como una ruptura de las barreras que separan de ordinario estos tres ámbitos de la vida.

En las "instituciones totales" ocurre lo contrario:

1) todos los aspectos de la vida se desarrollan en el mismo lugar y bajo la misma autoridad;

2) cada etapa de la actividad diaria se lleva a cabo en compañía de otros a quienes se les da el mismo trato y les requieren que hagan juntos las mismas cosas;

3) las actividades diarias están programadas, y bajo un sistema de normas y un cuerpo de funcionarios que las hacen cumplir;

4) todas estas actividades responden a un solo plan racional, concebido para el logro de los objetivos propios de la institución.

La gama de relaciones y de interacciones se reduce casi totalmente en la cárcel o en los manicomios, y toma su lugar un ceremonial o ritual que no deja lugar a la diversidad. Las interacciones en un régimen de libertad se identifican con la individualidad, con la autonomía, con la diversidad, mientras que en un régimen de represión y cautiverio adquieren formas de homogeneidad, de heteronomía, de pérdida de la identidad.

Internados desplaza el análisis del interno y lo dirige hacia la institución que los aísla, institución total que tiene como objetivo —al margen de su voluntad— menoscabando la personalidad de los internos utilizando para ello diversos medios entre los que se cuenta la jerarquización, el autoritarismo, la discrecionalidad, la dependencia del exterior o de la institución.

Tal institución crea en los internos una cotidiana sensación de inseguridad (dependencia y no de autonomía) que es propia de la naturaleza del funcionamiento de la institución y que se ejemplifica en la obligatoriedad del abandono de las pertenencias individuales, y como contrapartida la uniformidad de la ropa, así como las inspecciones, requisas, vejaciones, arbitrariedades, la pérdida de la privacidad y con ello el deterioro de la identidad personal.

Además de las condiciones materiales, como hacinamiento, suciedad, olores característicos de la comida, la utilización de la visita como premio o castigo, que van consolidando una sensación de frustración, y con esto las condiciones para la degradación.

Goffman ejemplifica la situación de dependencia total en la obligatoriedad y necesidad de pedir permiso para todo, hasta para las necesidades fisiológicas, que se suma al amparo que la institución realiza de los "buchones" lo que facilita la no solidaridad, la no cooperación, y la distribución de prebendas y favores que la institución legitima.

En ese ambiente se desarrollan no sólo los internos sino los funcionarios y empleados de la institución: guardias, psicólogos, personal de represión y de requisa, educadores, médicos, empleados, sociólogos, asistentes sociales, religiosos, empleados, etcétera.

Comprender y explicar el funcionamiento y la función social (y estructural) de esas instituciones nos permitiría incluir no sólo a las personas sino a la sociedad en su conjunto.

Los procedimientos de admisión y tests de obediencia como forma de iniciación a su interior, implican una simbología para recordarle al interno que es sólo eso, un interno.

Goffman enumera detalladamente los elementos materiales del deterioro de la identidad personal y la constitución de otra subjetividad, degradada, sometida. Por ej., la falta de gavetas individuales, el lecho despojado de su acostumbrada apariencia (con el ajuar carcelario, o manicomial, o conventual o militar), humillaciones agregadas para recibir los castigos, obligación a dar respuestas humillantes —(decir señor)—, trato ultrajante, falta de oportunidad heterosexual que les lleva al temor de perder la virilidad (o la femineidad), el ocio agregado a la percepción de que su tiempo no vale nada y que sólo sirve para tareas serviles, la violación continua y expresa de la intimidad que se guarda sobre sí mismo, como los retretes sin puertas, la imposición de exhibición desnudo ante otros, el hecho de que casi nunca se está solo, la comida en común, el aseo en común, los clores, el frío, mezcla de grupos y edades, censura en las cartas y lectura en público, confesiones en público, la degradación de uno como ejemplo de la degradación de la especie, tal como también novelistas como H. Melville relatan de aquellos lugares cerrados como los barcos de ultramar en el siglo pasado.

El proceso de integración característico de las instituciones totales crea otras clases de "looping" que se expresa en los castigos y humillaciones adicionales. El looping se transforma en una retroalimentación didáctica como fundamento de una terapia —pedir permiso para las tareas más naturales y menores, como fumar, ir al baño, hablar, afeitarse, gastar dinero, despachar una carta—, y su resultado, un sometimiento e invalidez natural a punto tal que cualquier miembro del personal puede disciplinar a cualquiera de los internos por medio de procesos de mortificación, de pérdida de la autodeterminación, de disminuciones del yo, de la instauración de un sistema de privilegios que le proporciona al interno un amplio marco de referencia para la reorganización personal. Por ejemplo:

- 1) "las normas de la casa": se ofrece un pequeño número de recompensas y privilegios, claramente definidos, a cambio de la obediencia prestada al personal en acto y espíritu;

- 2) "la edificación de un mundo en torno a estos privilegios mínimos" es, quizás, el rasgo más importante en la cul-

tura del recluso... "los civiles no aprecian hasta qué punto es maravillosa su vida";

3) el sistema de privilegios que constituyen los castigos, "que se definen como la consecuencia del quebrantamiento de las reglas" ... y que son modos de organización inherentes a las instituciones totales: el problema de la libertad se elabora en una institución total, dentro del sistema de privilegios.

Así, sostiene Goffman, los internos llegan a saber que ciertos actos prolongan el término de la reclusión, por lo menos no lo disminuyen, y que otros, en cambio, pueden ser un medio para acortar su duración. De tal manera, los castigos y privilegios llegan a articularse en un sistema de tareas internas y van produciendo conductas de adaptación rutinarias, esperadas, como respuestas que constituyen una nueva subjetividad.

Goffman identifica una tipología de las conductas de adaptación a la situación institucional:

a) *regresión situacional*: el interno retira su atención aparente a todo cuanto no sean los hechos inmediatamente referidos a su cuerpo produciéndose a sí mismo una regresión, una psicosis carcelaria, una despersonalización aguda, en fin, una vida vegetativa;

b) *la línea intransigente*: el interno se enfrenta con la institución en un deliberado desafío y se niega abiertamente a cooperar con el personal... el resultado es una elevada moral individual. Pero la *intransigencia* es una fase, dice, de reacción temporaria e inicial, a la que sigue el desplazamiento del interno a una regresión situacional o hacia cualquier otra línea de adaptación;

c) *la tercera táctica o conducta adaptativa es la colonización*: "el pequeño espécimen del mundo exterior representado por el establecimiento significa para el interno la totalidad del mundo; se construye pues una vida relativamente placentera y estable con el máximo de satisfacción que puede conseguirse dentro de la institución";

d) *"la cuarta forma de adaptación al ambiente es la conversión*: el interno parece asumir plenamente la visión que el personal tiene de él y se empeña en desempeñar el rol de perfecto pupilo" ("chupa medias" y soplonés).

En general esta tipología de conductas adaptativas son, en la realidad, una combinación de todas ellas: oportunismo, ajustes secundarios, conversión, colonización y lealtad al grupo.

Además se produce una especial cultura del interno: niveles mayores de egoísmo, atmósfera de depresión personal, compasión por sí mismo, falseamiento de las causas de la internación. Por otra parte se genera un sentimiento de que todo el tiempo pasado allí es tiempo perdido, malogrado o robado a la propia vida; alto valor a las actividades de distracción, "deliberadamente desprovistas de carácter serio,... y que sacan al paciente de su ensimismamiento". *"Toda institución total puede representarse como una especie de mar muerto del que emergen pequeñas islas hormigueantes de vivida y arrobadora actividad"*.

Por otra parte, los efectos de la "institucionalización" se prolongan cuando se sale o se está por salir. Ansiedad creciente, preguntas como si podrá arreglárselas afuera, ocultamiento del pasado cuando se está afuera, la desculturalización, la estigmatización. Por supuesto que será distinto haber pasado por un internado colegial, por una academia militar que por un asilo, un psiquiátrico o una cárcel en cuanto a las experiencias que se pueden contar en el afuera.

Por su parte, Michel Foucault, en ese imprescindible libro *Vigilar y Castigar*¹⁷, que ya tiene casi veinte años y que ha conmovido los cimientos de todo el sistema penal, propone una interpretación del "sistema cárcel" como parte de una política en la que la preocupación por la delincuencia cede su lugar a la política general de disciplinamiento y de orden social.

Admitamos que la ley está destinada a definir infracciones, que el aparato penal tenga como función reducirlos y que la prisión sea el instrumento de esa represión. Entonces hay que levantar un acta de fracaso.

Pero la supervivencia, casi sin modificaciones de tal sistema, y de la cárcel en particular, es lo que debe ser explicado y no sólo tal fracaso. Desde su nacimiento (y nueva propuesta en el marco de la modernidad) el sistema penal y la cárcel en particular han sido motivo de críticas y de propuestas de reformas. Entender que el mantenimiento del "fracaso" es una política abre un campo de interrogantes acerca de su verdadera función o del aprovechamiento de esos fracasos. No se

¹⁷ Foucault, Michel, *Vigilar y Castigar*, Siglo XXI, México, 1978.

trata, sostiene, de un instrumento para luchar contra la delincuencia, ni de registrar su fracaso en vistas de sus "resultados" (no previene los delitos, ni recupera o resocializa a los delincuentes), sino de identificar sus aspectos "positivos", sus usos, en sus mismos aspectos negativos o contradictorios.

Se trataría, en suma, de una tecnología del poder que no puede analizarse fuera de la historia de las políticas penales en las que el castigo tiene una "función social compleja" que es necesario identificar tanto por sus aspectos represivos como también en sus aspectos positivos o productivos del orden social.

En suma dice que, en el siglo pasado, se acuñó la utopía de una *sociedad universal, pública y punitiva donde unos mecanismos penales siempre en actividad funcionarían sin retraso ni mediación ni incertidumbre; una ley, doblemente ideal por ser perfecta en sus cálculos y estar inscrita en la representación de cada ciudadano, bloquearía desde su origen toda las prácticas de ilegalidad*. Tal utopía —quizás sería mejor hablar de "ilusión"¹⁰— se mantiene en el imaginario social no obstante su "fracaso".

En su realidad, que quiere decir en su ejecución cotidiana, la política penal puede interpretarse como *la gestión y la regulación de los ilegalismos que se producen en el marco de una sociedad*. La hipótesis que Foucault propone es que los castigos no están destinados a suprimir las infracciones sino más bien a distinguirlos, distribuirlos, utilizarlos,... a organizar la transgresión de las leyes... la penalidad sería una manera de administrar los ilegalismos... trazar límites de tolerancia, de dar cierto campo de libertad a algunos, y hacer presión sobre otros, de excluir a una parte y hacer útil a otra; de neutralizar a estos y de sacar provecho de aquéllos...

Y cuando se dice gestión y regulación de los ilegalismos Foucault distingue al interior de esta categoría a la delincuencia, forma o categoría especial de ilegalismos en cuanto el sistema penal la constituye como tal por medio de su reacción punitiva. En este sentido la "delincuencia es producida por el sistema penal" así como deja fuera de esta categoría los innumerables ilegalismos tolerados, por acción u omisión.

¹⁰ Freud, Sigmund, "El porvenir de una ilusión", incluido en *Psicología de las Masas*, Alianza, Madrid, 1984.

En suma, el observable del sistema penal es su práctica o política concreta. El sistema penal se expresa —es ésta la/su realidad— en sus acciones y en sus omisiones (y no sólo en la norma), en la persecución de ciertas conductas delictivas y en la tolerancia de otras, en la selectividad social penal sobre poblaciones o individuos, y en la omisión de persecución de otras fracciones sociales, en la tutela penal concreta de ciertos bienes y en el desamparo de otros.

Por lo tanto, creo que es necesario partir, cuando se habla de la “cuestión cárcel” de identificar su complejidad, su “forma social compleja”, en cuanto conjunto de atributos que necesitan ser identificados, clasificados, comparados y evaluados. En suma, la cuestión cárcel como dependiente y parte, a su vez, del sistema penal en su conjunto y de la política penal en concreto.

Estas notas son parciales, reducidas y reduccionistas y hasta irreverentes frente a un tema con tanta entidad intelectual y ética; pero un artículo breve se define en sí mismo y supone omisiones y también exclusiones; quizás por ello me gustaría señalar algunas deudas intelectuales —además de las citadas en este texto— como con, por ejemplo, Georg Rusche y Otto Kirchheimer, integrantes de la Escuela de Frankfurt, en especial por su libro *Pena y Estructura Social*; Theodor Reik, por su libro *Psicoanálisis del Crimen*; Franz Alexander y Hugo Staub, Norbert Elias, Franco Basaglia, Thomas Szasz, Elias Canetti, Luigi Ferrajoli y Louk Hulsman.

No se trata por lo tanto de explicar la realidad carcelaria con una tranquilizadora metáfora cercana a la “forunculosis”, que con cada proyecto reformista o humanista distribuye optimismo y tranquilidad de conciencia; se trata de concebir tal realidad carcelaria formando parte indisoluble del orden social. Y para esto es la teoría social, más que las teorías jurídicas, la que puede intentarla.

LA PRISIÓN PREVENTIVA, SU ADECUACIÓN AL PROGRAMA CONSTITUCIONAL ARGENTINO

CAROLINA FERNÁNDEZ BLANCO

I. LAS MEDIDAS DE COERCIÓN EN EL PROCESO PENAL¹

En los procesos penales que tienen por principal objetivo la averiguación de la verdad histórica, y en los que no se concibe la realización de ciertos actos procesales en ausencia del imputado, existen una serie de medidas cuya única finalidad consiste en asegurar la realización del proceso. Estas medidas, a las que se las denomina cautelares o coercitivas, restringen la libertad locomotiva (coerción personal) o la libre disposición de los bienes del imputado (coerción real), y en ciertas ocasiones pueden ser aplicadas a otros sujetos intervinientes en el proceso, tales como testigos, civilmente demandados, etcétera.

Los caracteres, que la doctrina enumera como típicos de estas medidas, pueden ayudarnos a percibir su fin y función dentro del proceso. En este sentido, sostiene Clariá Olmedo²

¹ A lo largo de todo el trabajo, al referirnos genéricamente a "proceso penal", estaremos haciendo mención al proceso penal que se rige por el Código Procesal Penal de la Nación Argentina (en adelante, Cód. Proc. Pen.), cualquier referencia a la legislación provincial, extranjera o a la legislación antes vigente en el ámbito federal argentino, será debidamente aclarada.

² Clariá Olmedo, Jorge, *Derecho Procesal Penal*, T. II, Marcos Lerner Editores, Córdoba, 1984, p. 446, § 400.

que se trata de medidas que son: *coercitivas*, ya que implican restricción a los derechos individuales (personales y/o patrimoniales); que además su tenor es *cautelar* o *precautorio*, porque intentan asegurar la satisfacción del resultado del proceso (por este motivo decimos que no tienen un fin propio, sino que se trata de simples medios para asegurar los fines del proceso); y que por la razón que acabamos de enunciar, se trata de medidas *provisionales*, ya que aún falta la condena definitiva y firme.

Coerción, en definitiva, es el medio organizado por el Derecho para que el Estado intervenga la libertad de las personas y, cuando hablamos de *coerción procesal*, aquélla particular practicada antes de la decisión de un juicio de conocimiento que no representa sanción a la desobediencia del orden jurídico, sino una garantía de la realización efectiva del derecho material que necesita ineludiblemente, que los fines del proceso se cumplan³.

Podemos concluir esta breve introducción, diciendo que por tratarse de medidas cuyo fin se limita a la posibilidad de realización del proceso, sólo deben ser aplicadas en caso de que exista peligro de frustración del procedimiento; por otra parte, y en virtud de las bases fundantes de un Estado liberal de Derecho, la elección de la medida coercitiva deberá ser siempre la menos gravosa de todas aquellas que garanticen, en cada caso, la realización del proceso (art. 18 *in fine*, Const. Nac.).

El Cód. Proc. Pen. regula las medidas de coerción personal del imputado, fundamentalmente en el Libro Segundo, dedicado específicamente a las pautas procesales de la instrucción. A esta ubicación de las medidas cautelares dentro de la estructura del Código, se la ha criticado, con justa razón, ya que, dada su perduración a lo largo de todo el proceso, sería más adecuada su reglamentación en la parte general⁴. Es ésta la solución que adoptaron las legislaciones realmente modernas, tales como el Cód. Proc. Pen. Córdoba (1990), Cód. Proc. Pen. Tucumán (1991), Proyecto Cód. Proc. Pen. Nación (1996), etcétera.

³ Meier, Julio B. J., *Cuestiones Fundamentales sobre la Libertad del Imputado*, LRA, Buenos Aires, 1981, p. 18 (en adelante, *Cuestiones...*).

⁴ Cfr. Pastor, Daniel, "El encarcelamiento preventivo", en *El Nuevo Código Procesal de la Nación —Un Análisis Crítico—*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 43, § 1.

II. PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD ANTERIOR A LA SENTENCIA: LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LA ESCARCELACIÓN

Son las reglas que reglamentan esta tan particular forma de coerción personal, las que nos permiten conocer cuál es el grado de despotismo y arbitrariedad contenido en un determinado sistema penal, o por el contrario, cuán respetuoso es el aparato penal de un Estado de los derechos humanos de sus habitantes⁵.

Al comenzar este trabajo se dijo que las medidas cautelares sólo tenían sentido y fin en un proceso penal cuyo pilar básico resulte ser la averiguación —en realidad, *reconstrucción*— de la verdad histórica. Basta con un superficial recuento de los elementos típicos de un procedimiento acusatorio, para verificar que la prisión preventiva y otras formas de coerción personal carecen, fuera del marco inquisitivo, de sentido alguno.

En un sistema acusatorio (pensemos en los procedimientos griego, romano republicano o germánico), rara vez el acusado era privado de su libertad, simplemente porque no se lo consideraba culpable hasta que una sentencia recayera sobre él, *así como al demandado en un proceso civil no se lo obliga a pagar antes de la condena*⁶.

Durante el Imperio Romano, el reemplazo de la acción popular por los mecanismos de persecución oficial, marcó simplemente el punto de partida, pero el festín inquisitivo recién comenzaba.

El derecho canónico adopta las modalidades implementadas durante la época de la *cognitio extra ordinem*, a las que les suma caracteres propios de las prácticas y costumbres religiosas. Terminando, de este modo, de aniquilar la posición de sujeto del imputado en el procedimiento, transformándolo en

⁵ Cfr. Goldschmidt, J., *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*, T. II, Ejes, Buenos Aires, 1961, ps. 109 y sigs. Este autor sostiene que el proceso penal de un Estado es el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de la Constitución estatal y lo ha tratado como un verdadero síntoma de ella.

⁶ Esta interesante analogía es descripta por Maier, J. B. J., en su obra *Cuestiones...*, cit., ps. 25 y 26.

un simple objeto de la persecución pública. Luego, la experiencia inquisitiva laica, perfecciona aún más estos mecanismos. En este contexto, no puede ser de otra forma, la privación del imputado durante el proceso será la regla.

El delito como conflicto entre ofensor y ofendido, y el objeto compositivo del proceso, han quedado desde entonces suprimidos. El programa reformador del Iluminismo no se ha desentendido de las prácticas inquisitivas, en todo caso, les ha otorgado una nueva legitimación que tiene como triunfo más rescatable las limitaciones impuestas al Estado.

Sobre esta construcción inquisitiva reformada o limitada, se desarrolla nuestro proceso penal, en él la prisión preventiva funciona como la medida de coerción, que priva de la libertad al imputado, y que se fundamenta en la posible obstaculización —que pudiera realizar el imputado— del trámite de esclarecimiento de la verdad; y en la necesidad de asegurar el cumplimiento efectivo de la potencial condena.

Esta medida cautelar tiene ciertos *presupuestos limitadores* de la coerción estatal, los que a continuación se enumeran señalan los actos procesales previos e ineludibles para el dictado de la prisión preventiva: 1) garantía de un acto defensivo previo. Se requiere que el procesado haya podido conocer la imputación, haya contado con un defensor, y efectuado el pertinente descargo —declaración indagatoria—; y 2) decisión de mérito del juzgador, acerca de la imputación. En este auto se deben estimar como probables todos los elementos de una imputación delictiva —auto de procesamiento—.

Debe aclararse que el dictado de la prisión preventiva tiene como *presupuesto necesario, pero no suficiente*, el dictado del auto de procesamiento. Sólo procederá el dictado de la prisión preventiva cuando el auto de procesamiento imputase un hecho al cual le correspondiese pena privativa de la libertad, y el juez estimase que no procederá la ejecución condicional de la condena (art. 312, inc. 1^{ra}), o cuando no proceda conceder la libertad provisional según lo dispuesto en el art. 319 (art. 312, inc. 2^{da}).

El instituto de la excarcelación se integra con el de la prisión preventiva, y con gran parte de las formas de coerción personal previstas en el Código de rito. La excarcelación permite evitar o hacer cesar la prisión preventiva cuando el procesado suministra, a cambio de su persona, una garantía

económica (caución real o personal) de que cumplirá las obligaciones que el juez le imponga (residir en un lugar determinado, comparecer oportunamente ante el tribunal, etc.), o simplemente le promete (caución juratoria)¹. Entendemos a la exención de prisión como una modalidad de excarcelación, tendiente a evitar que se prive a una persona de su libertad cuando fuese posible recuperarla posteriormente por vía de la excarcelación.

La libertad caucionada que se logra con la excarcelación, se ha entendido generalmente como un *derecho* derivado del cúmulo de garantías constitucionales que rigen el proceso penal (principio de inocencia —art. 18, Const. Nac.—, juicio previo —art. 18, Const. Nac.—, y representación concreta del derecho a la medida coercitiva menos gravosa —art. 18 *in fine*, Const. Nac.)— y no un mero beneficio procesal.

La procedencia de la excarcelación se encuentra regulada mediante lo que podríamos denominar, un doble filtro. En primer lugar, el Código exige para su otorgamiento la verificación de las siguientes causales objetivas (arts. 316 y 317, Cód. Proc. Pen.): 1) se concederá la eximición de prisión o excarcelación cuando pudiere corresponderle al imputado, en caso de condena, un máximo no superior a los ocho años de pena, y 2) cuando el juez estimare *prima facie* que la potencial condena podrá ejecutarse condicionalmente.

Además, cuando las circunstancias no encuadrasen en los supuestos anteriores, se configurará lo que llamaremos “prisión preventiva obligatoria”. Para que ésta cese el juez debe verificar la presencia de alguno de los requisitos impuestos por los incisos 2° a 5° del artículo 317. Estos son: cumplimiento en prisión preventiva del máximo de la pena prevista por el Código Penal para el o los delitos atribuidos (inc. 2°); cumplimiento en prisión preventiva de la pena solicitada por el fiscal (inc. 3°); cumplimiento de la pena impuesta por la sentencia no firme (inc. 4°); cumplimiento durante el proceso de un tiempo de pena que de haber existido condena, le hubiera permitido obtener la libertad condicional (inc. 5°).

Sin embargo, no será suficiente la presencia de alguna de estas condiciones objetivas (las del art. 316 para los casos

¹ Vélez Maricónda, *Alfreda*, *Derecho Procesal Penal*, T. 2, 3ª ed., Lerner, Córdoba, 1986, p. 521.

de prisión preventiva no obligatoria y las del art. 317 incs. 2^a a 5^a para los casos de encarcelamiento preventivo obligatorio). El juzgador podrá denegar la excarcelación, en virtud del segundo filtro, que permite hacerlo a partir de criterios no objetivos, relativos a la conducta precedente y a la personalidad del imputado (art. 319, Cód. Proc. Pen.⁹).

Hemos hecho una sucinta referencia a ciertos requisitos de procedencia de la prisión preventiva, así como a las condiciones necesarias para la concesión de la libertad caucionada. A lo largo de los acápites siguientes se analizarán especialmente aquellas aristas de estos dos institutos procesales, que según entendemos, presentan dificultades de adecuación a las normas constitucionales o implican modos de anticipar la pena.

III. NADIE PUEDE SER PENADO SIN JUICIO PREVIO...

El dilema que presentan todos o por lo menos la gran mayoría de los actos del proceso penal, puede ser representado por dos vectores en constante pugna: el uno representa los fines del proceso, esto es, la posibilidad de realización del derecho penal de fondo; el otro, puja por el respeto de los derechos fundamentales del imputado (derechos que encuentran posibilidad de realización efectiva por medio de las garantías). Esta tensión se puede describir, también, de la manera siguiente: si el imputado permanece en libertad, el Estado correrá el riesgo de que la fuga o la perturbación de la investigación, por parte del imputado, impidan u obstaculicen el juicio y la realización del derecho material; en cambio, si se lo priva de ella, el riesgo cambia de manos y es el imputado quien lo corre, porque tal vez con la sentencia definitiva se lo

⁹ El art. 319 es bastante problemático, ya que, por un lado es la única norma del Cód. Proc. Pen. que fundamenta claramente las medidas coercitivas en la presunción de que el imputado intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones. Sin embargo, decimos que el art. 319 es problemático, por ser poco exigente en el fundamento que el juez debe dar para no otorgar la excarcelación. Solamente se requiere una presunción, lo que nos parece que otorga al criterio carácter excesivamente vago y por tanto amplio.

absuelva o se lo condene a una pena de ejecución condicional (teoría de los riesgos procesales)⁹. Soberbio sería suponer que esta disyuntiva podrá ser resuelta en las líneas que siguen, pero para comenzar a buscar la punta del ovillo, debemos partir del análisis suprallegal, es decir, verificar cómo el instituto de la prisión preventiva se adecua a los principios constitucionales.

La justificación de la existencia del encarcelamiento preventivo, ha sido hallada por los más importantes estudiosos del derecho procesal penal¹⁰ y por la jurisprudencia, en el propio texto constitucional. Sostienen, que es el artículo 18 de la Carta Magna el que al decir "nadie puede ser... arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente", autoriza a las leyes de forma a privar de su libertad al imputado, cuando exista orden escrita de autoridad competente y se verifiquen ciertas circunstancias.

La doctrina coincide también, a la hora de otorgarle carácter excepcional a las restricciones a la libertad ambulatoria durante el proceso. El fundamento de este carácter excepcional se encontraría en el comienzo del artículo 18 cuando se consagra el principio de inocencia: "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo..."

Aparentemente, quienes adoptan esta posición no desconocen la contradicción que parece surgir del artículo 18, ya que por un lado admiten —absurdo sería negarlo—, el derecho del imputado a permanecer libre hasta que una sentencia firme lo condene; y por el otro, interpretan el arresto de modo tal que les permite fundar en él la prisión preventiva. Sin embargo, a la hora de otorgar primacía a uno de estos dos preceptos en conflicto, la balanza parece inclinarse por la norma que admite la restricción de la libertad. En este sentido dice Claría Olmedo: "Ese principio de inocencia ilumina toda norma tutelar del interés individual, pero no impide que el proceso pueda alcanzar sus fines aun sacrificando este interés, mientras esa restricción no se convierta en pena o exceda la estricta necesidad"¹¹.

⁹ Pastor, Daniel, *op. cit.*, p. 44, § 2.

¹⁰ Cfr. Claría Olmedo, Jorge, *op. cit.*, p. 447; Vález Maricorda, Alfredo, *op. cit.*, p. 402; Maier, Julio E. J., *Cuestiones...*, *cit.*, p. 23.

¹¹ Claría Olmedo, Jorge, *op. cit.*, p. 447.

La Corte Suprema, en el fallo "Todres", ha interpretado la Constitución Nacional en similar sentido a como lo ha hecho la doctrina, diciendo: "Si es dable reconocer raigambre constitucional al instituto de la excarcelación durante el proceso, no es menos cierto que también reviste ese origen su necesario presupuesto, o sea el instituto de la prisión preventiva, desde que el artículo 18 de la Carta Fundamental autoriza el arresto en virtud de orden escrita de autoridad competente" (Fallos, 280-297).

Lo que hace la Corte, en la sentencia que tratamos es simplemente invertir los términos del interrogante que se discute: la pregunta no será, entonces, acerca de si existe un derecho del Estado de encarcelar a los no condenados, sino que se dispone que existe un derecho constitucional a obtener un beneficio excarcelatorio durante el proceso porque pre-existe un derecho del Estado a encarcelar preventivamente.

Las posturas que encuentran justificación constitucional a la prisión preventiva, han recibido en los últimos años numerosas y muy fundadas oposiciones. Es Alejandro Carrió quien mejor expone estos nuevos fundamentos de la no constitucionalidad de la prisión preventiva. Este autor, en su trabajo "La Libertad durante el Proceso Penal y la Constitución Nacional"¹² sostiene que los derechos y garantías enunciados en la primera parte de la Constitución Nacional de ningún modo pueden ser interpretados como atribuciones o facultades para el Estado, siendo sus únicos destinatarios los particulares.

En efecto, según esta visión, nunca una facultad del Estado podría originarse o tener su fundamento en una normativa que, como la primera parte de la Constitución Nacional, está llamada justamente a *limitar* ese poder. Por lo tanto, la norma tiende a limitar las facultades del estado de arrestar, imponiéndole la necesidad de orden escrita de autoridad competente.

Por otra parte, ese *arresto* no puede ser equiparado a la prisión preventiva por diversos motivos que no hacen más que respaldar la postura que acabamos de reseñar, a saber:

¹² Carrió, Alejandro, *La Libertad durante el Proceso Penal y la Constitución Nacional (una Reflexión Combinate y Difícil)*, Abelardo-Perrot, Buenos Aires, 1968, ps. 41 y sigs.

a) el arresto al que alude el artículo 18 constitucional es una breve privación de la libertad y no un prolongado encarcelamiento preventivo¹³; b) la simple orden de autoridad competente (a la que hace referencia el art. 18, Const. Nac.), sólo puede legitimar una mera detención, ya que para dictar la prisión preventiva es necesario un auto fundado y el cumplimiento de requisitos procesales previos e ineludibles¹⁴.

Aquellos que encuentran fundamento constitucional a la prisión preventiva, además de sustentar sus argumentos en el artículo 18, intentan reforzar sus razones recurriendo al Preámbulo de la Constitución Nacional, cuando enumera entre sus propósitos el de "afianzar la justicia". Sostienen para ello que, al no poder llevarse a cabo un proceso penal en rebeldía o contumacia¹⁵, si no se restringe de algún modo la

¹³ Cfr. Ledesma, Guillermo, "Propuesta de reforma", en *Excarcelación y Evacuación de Prisión* (Jornadas de la Sociedad Panamericana de Criminología), Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 49. Citado por Pérez Barberá, Gabriel, "Prisión preventiva y excarcelación", ponencia presentada en el III Congreso Nacional y II Latinoamericano Universitario de Derecho Penal y Criminología, Mendoza, 1990. Posteriormente, este trabajo fue publicado en L.L., Córdoba, año 9, diciembre de 1992, ps. 1070 y siga.

¹⁴ Pérez Barberá, Gabriel, op. cit., p. 4.

¹⁵ Al tratar el tema de las relaciones entre prisión preventiva y contumacia, se nos plantea una paradoja bastante inquietante, que por exceder el tema propuesto no será tratada en este trabajo en profundidad. Se trata del dilema que se plantea en nuestro sistema cuando ciertas garantías que protegen derechos del imputado, terminan volviéndose, en realidad, en su contra. Así, la lógica del sistema procesal nos dirá "no se puede realizar juicio alguno cuando el imputado no se encuentre presente", este enunciado no es otra cosa que un modo de consagración de la garantía inviolable que asegura la defensa en juicio. Por otra parte, las propias normas procesales aseverarán: "Como no se puede juzgar a nadie en rebeldía (por ser un derecho del imputado), entonces se puede privar de la libertad al imputado durante el proceso para asegurar la realización del proceso y el respeto de su derecho de defensa".

Si pretendemos realizar propuestas poco elaboradas, y simplemente como disquisición casi impulsiva, podríamos pensar qué consecuencias tendría la implementación de un sistema que admitiera el juicio en rebeldía pero en el que no existiera —desde ningún punto de vista— el encarcelamiento preventivo. Veamos: si el imputado se lo notifica del proceso en su contra y se le otorga posibilidad real de defensa, y éste no concurre, ha optado por la contumacia, y el juicio podrá continuar aun con su ausencia. Pero si opta por defenderse y responder al llamado de la justicia, de ningún modo podrá ser privado de la libertad antes de la sentencia condenatoria.

libertad del imputado la fuga de éste o la obstaculización que pudiera hacer del procedimiento, frustrarían el propósito constitucional de "afianzar la justicia".

Varias son las objeciones que se pueden realizar a este argumento complementario. En primer lugar, se trata de la contradicción de dos normas de jerarquía constitucional: aquella que garantiza la libertad del imputado mientras no se demuestre su culpabilidad, y aquella que permite fundar la prisión preventiva en el Preámbulo.

Sin embargo, la diferencia de estas normas es evidente, la primera es expresa, y dirigida a un claro objetivo (sostener el principio de inocencia); aún más, si se opta por adherir a la interpretación que clasifica las normas constitucionales en operativas y programáticas, ésta es indiscutiblemente operativa. Por lo contrario, la segunda norma en cuestión ("afianzar la justicia"), es una mera pauta interpretativa de la Constitución, como lo es todo el Preámbulo. Además cabe preguntarse, con seria preocupación: ¿Cuál es el límite para otorgarle contenido a esta frase abstracta?, ¿con este criterio no podría fundarse en la frase "afianzar la justicia" cualquier procedimiento violatorio de las garantías fundamentales?

Supongamos, por último, que admitimos la posibilidad de que el Preámbulo sea fuente de justificaciones de este tipo. A poco de proseguir su lectura nos encontraremos que los constituyentes no sólo se proponían "afianzar la justicia", sino que también estaba dentro de sus objetivos el "asegurar los beneficios de la libertad"¹⁶.

Sólo cabe una última pregunta: ¿cuál de los dos sistemas es más vejatorio de los derechos fundamentales del imputado?

Esta paradoja ha sido planteada, más sucintamente aún, por Pastor, Daniel, *op. cit.*, p. 49. Respecto de las consecuencias desfavorables de la aplicación de garantías constitucionales puede leerse Biondi, Alberto, "Prescripción de la acción penal: el indecentrable enigma de la escuela del juicio", en *Doctrina Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 282. En otro sentido, pero referido al mismo tema, puede verse Bovino, Alberto, "Contra la legalidad", en *No Hay Derecho*, n° 8, Buenos Aires, 1982.

¹⁶ Este es el argumento propuesto por Vitale, Gustavo, "La prisión de presuntos inocentes", separata de la *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Comahue*, Año 1, n° 1, Rio Negro, 1983, p. 86.

La justificación constitucional de la excarcelación, ha sido ubicada, por quienes sostienen que es posible encontrar bases constitucionales a la prisión preventiva, en la primera parte del artículo 18, en donde se consagra el principio de inocencia¹⁷. De este modo se ha entendido a la excarcelación como un *derecho constitucional* que tiene el imputado y no como un beneficio procesal (cfr. punto II de este trabajo). Inmediatamente después de esta *declaración de derechos constitucionales del imputado*, los más respetables autores agregan que, sin embargo: "No cabe pensar... que el Estado renuncia a la potestad de someter al procesado a prisión preventiva, sino que, en realidad, carece generalmente de semejante poder"¹⁸.

La innovadora postura que sostiene la inconstitucionalidad de la prisión preventiva, no puede, si pretende ser coherente con sus postulados, admitir la raigambre constitucional del *derecho a la libertad caucionada*. La excarcelación será, en todo caso, "un medio técnico jurídico que la ley procesal ofrece al imputado para remediar un encarcelamiento preventivo injustamente ordenado o ya inútil..."¹⁹. Si se entiende que la excarcelación es un simple recurso técnico y no el derecho mismo, tampoco podremos encontrar raigambre constitucional a su resultado positivo (libertad caucionada), ya que ésta tiene como requisito previo a su existencia el dictado de la prisión preventiva.

En otras palabras, si se sostiene la inconstitucionalidad de la prisión preventiva, no puede encontrarse fundamento constitucional, basado en el principio de inocencia, a su remedio, que inevitablemente la presupone. El único derecho del imputado, que surge expresamente de la Constitución, es la libertad incondicional durante el proceso, ahora sí, en virtud de la primera parte del artículo 18 constitucional.

Ahora bien, la negativa a sustentar la excarcelación en el principio de inocencia, no implica en modo alguno sostener la inconstitucionalidad de este instituto. Por lo contrario, este medio técnico es la *solución legal* que viene a remediar

¹⁷ Cfr., entre muchos otros, Vélez Maricande, Alfredo, *op. cit.*, p. 521.

¹⁸ Vélez Maricande, Alfredo, *op. cit.*, p. 522.

¹⁹ Pérez Barberá, Gabriel, *op. cit.*, p. 8.

—aunque sea parcialmente y sólo en ciertas ocasiones (cuando es precedente)— los efectos de otro instituto procesal, este sí, inconstitucional. Tal vez, la raigambre constitucional de la excarcelación pueda encontrarse, de modo indirecto, en el artículo 28 (Const. Nac.) toda vez que viene a impedir o a moderar, que un derecho constitucional sea alterado por las leyes que reglamentan su ejercicio.

IV. ¿MEDIDAS CAUTELARES O PENAS SIN SENTENCIA? ALGUNAS NORMAS MANIFIESTAMENTE INCONSTITUCIONALES

"Se explica que en el pasado la prisión preventiva fuese una medida de seguridad, porque producida la condena, era muy difícil la ejecución si el acusado fugaba. La tradición no se conocía casi, las vías de comunicación eran escasas y el telégrafo no había hecho su aparición...

Es natural que mientras se recibe declaración al acusado, y en los primeros momentos la medida puede ser útil; llevada más lejos... constituye un ataque a la civilización."

Tomás Jafré²²

El tratamiento que hemos hecho en el punto anterior acerca de la inconstitucionalidad del encarcelamiento preventivo, se nutre de una serie de argumentos que por su relativa novedad y escaso tratamiento doctrinario, no pueden ser encumbrados como indiscutibles (por lo contrario, creemos que, por suerte, la discusión relativa a la absoluta inconstitucionalidad de la prisión preventiva, recién comienza). Distinta es la situación de ciertas normas que regulan la prisión durante el proceso y la excarcelación, cuya inconstitucionalidad es manifiesta, y casi podríamos decir, indiscutible.

La estructura de nuestro Código Procesal Penal respecto de las medidas de coerción, a pesar de declararse motivada en los preceptos constitucionales —por respetar el criterio de excepción y fundar la aplicación de las medidas cautelares

²² Jafré, Tomás, "Manual de Procedimientos", T. II, 8ª ed., La Ley, Buenos Aires, 1941, p. 202.

únicamente en la posibilidad de concreción del proceso (art. 280, Cód. Proc. Pen.)—, muestra a poco de comenzar su lectura, que su esencia no ha superado los caracteres más típicos de la Inquisición, y por ello mismo en muchísimos preceptos viola la Constitución Nacional. Este atropello a la norma fundamental se refleja especialmente en el desconocimiento del principio de inocencia, que conduce a que la prisión preventiva se transforme, en la mayoría de los supuestos, en una pena anticipada a la sentencia.

1- El Cód. Proc. Pen. dispone, por el juego de sus normas de prisión preventiva y excarcelación, que el procesado será, *si o si*, encarcelado preventivamente durante el proceso cuando el delito que se le impute prevea una pena privativa de la libertad, superior a ocho años que no admita abstractamente ejecución condicional o en suspenso de la condena.

En estos casos, el cumplimiento efectivo de la prisión preventiva es obligatorio porque en estas circunstancias, no se admite excarcelación (cfr. arts. 312, 316 y 317, Cód. Proc. Pen.). "En estos casos según la propia regulación del Cód. Proc. Pen., la prisión preventiva funciona como pena anticipada: si, por la escala penal prevista para el delito imputado, en el hipotético caso de llegarse a una condena ésta deberá ser de cumplimiento efectivo, entonces siempre, en la escena del proceso, el cumplimiento de esa pena será adelantado desde la sentencia definitiva hasta el auto de procesamiento, en franca violación al principio de inocencia..."²¹

Continuemos, pues, preguntándonos acerca del criterio utilizado por el Cód. Proc. Pen.: ¿es posible fundar la prisión preventiva en una presunción, que parte del monto de la pena prevista para el delito imputado y llega —inevitablemente porque se trata de una presunción *iure et de iure*— a la conclusión de que ese imputado pondrá en peligro los fines procesales? Obvio resulta decirlo, esta prisión preventiva inevitable no se funda en el criterio tolerado por la Constitución para admitir la prisión de inocentes.

El criterio de proporcionalidad, entre las penas previstas y el dictado de la prisión preventiva, que utiliza el Cód.

²¹ Pastor, Daniel, *op. cit.*, p. 55.

Proc. Pen., es criticable —tal como acabamos de hacerlo— cuando se lo aplica en contra del procesado y en frontal violación de los principios constitucionales. Sin embargo, si la *proporcionalidad* es tomada como límite al poder coercitivo del Estado durante el proceso, su aplicación no sólo es admisible sino que merece nuestro aplauso. En este sentido, el Cód. Proc. Pen. —art. 312— (al igual que su antecesor, y todas las legislaciones provinciales), no admite que se dicte prisión preventiva cuando el delito imputado no está reprimido con pena privativa de la libertad.

Si bien resulta innegable que aquí también se aplica una presunción indemostrable, de que el imputado no sujeto a una posible condena de privación de libertad, no eludirá la acción de la justicia, el criterio merece, de todos modos, nuestra aprobación²². Como bien sostiene Julio Maier, la proporcionalidad intenta principalmente, impedir que el procedimiento infija a quien lo soporta un mal mayor —irremediable— que la propia reacción penal legítima del Estado en caso de condena, aceptando incluso el perjuicio a la realización regular y efectiva del procedimiento en procura de evitar ese despropósito²³.

2- Quienes admiten sin más la constitucionalidad de la prisión preventiva, no niegan en modo alguno —aunque a veces no puedan evitar ciertas contradicciones— que la libertad durante el proceso debe ser la regla, y que el imputado será inocente hasta que recaiga sobre él una condena. Por estas razones es que el dictado de la prisión preventiva puede ser revisado, en principio, por dos vías: la apelación del auto de procesamiento que dispone tal medida (la revisión la realiza el tribunal de alzada), y el pedido de excarcelación (la revisión la realiza el propio tribunal, su denegación no causa estado, y es apelable).

²² En contra de toda utilización del criterio de proporcionalidad, parece estar Pastore, Daniel, *op. cit.*, p. 57. Sostiene Pastore, que la aplicación de este criterio, cuando no existe pena privativa de la libertad, es una prueba fehaciente de que la prisión preventiva funciona como pena adelantada.

²³ Maier, Julio B. J., "Límite temporal del encarcelamiento preventivo" (en adelante *Límite*), en *Doctrina Penal*, Año 6, n° 21, Depalma, Buenos Aires, enero/marzo 1963, p. 297.

Una de las sorpresas más grandes que depara el Cód. Proc. Pen., surge del juego de los artículos 311 y 442. El primero de los artículos ordena que la apelación del auto de procesamiento se concederá sin efecto suspensivo, mientras que el artículo 442 dispone que el recurso de casación intentado contra una sentencia definitiva y condenatoria sí se concederá con efecto suspensivo.

El porqué de esta disposición no resulta comprensible, sin embargo la consecuencia es clara: se trata al jurídicamente inocente de modo más riguroso que a quien ya ha tenido la posibilidad de defenderse en un juicio (aun cuando la sentencia no se encuentre firme).

3- Trataremos en las líneas que siguen un tópico de suma importancia, que ha sufrido con la implementación del nuevo Código una reforma *in prius*, cual es el de la *limitación temporal de la prisión preventiva*. El viejo Código de Procedimientos en Materia Penal, disponía en su artículo 379, inciso 6º un límite temporal a la prisión preventiva. Si bien la interpretación de esta norma nunca fue pacífica, aquellos juristas y jueces²⁴ respetuosos del principio de inocencia y del imputado como sujeto del proceso, interpretaban esta norma en consonancia con el artículo 701 de aquel Código (que establecía "el deber de terminar toda causa penal en el término de dos años") y optaban por otorgarle, a los dos años referidos por la primera de las normas, un carácter de rigurosa limitación temporal de la prisión preventiva.

Las modernas tendencias procesales adoptan esta limitación temporal objetiva, de este modo la Ordenanza Procesal alemana, establece el plazo máximo de seis meses de duración para el encarcelamiento preventivo; la Constitución española (1978) obliga a las leyes a fijar un límite de duración de la prisión preventiva, y en igual sentido el artículo 208, inciso 3º del Proyecto de Código Nación (1986) imponía como máximo un año prorrogable a dos a solicitud del tribunal de Casación.

²⁴ Esta interpretación parece reflejarse por primera vez en la jurisprudencia en el caso "Matta, M. s/ encarcelación", Cám. Criminal y Correccional, Sala I, 18-VI-68.

La actual regulación prevé en su artículo 317 los casos de cesación del encarcelamiento preventivo (éstos fueron enumerados en el punto II, y a él nos remitimos). Las dificultades que presentan los límites dispuestos en el Cód. Proc. Pen. para la cesación de la prisión preventiva, son, además de evidentes, de una gravedad preocupante. No obstante la morigeración de este atropello que ha hecho la ley 24.390, cuyo análisis realizaremos sucintamente al fin de este punto, conviene analizar cómo funcionó el sistema del Código Procesal Penal hasta la entrada en vigencia de esta norma y cómo continúa aplicándose a los casos que quedan fuera de la llamada "ley del dos por uno".

¿Existe en el artículo 317 del nuevo Código alguna norma que no equipare la prisión preventiva a la pena? No. Cuando cese la prisión preventiva en virtud de alguno de los requisitos contenidos en este artículo, se habrá cumplido la pena que, virtualmente, en un juicio previo, podría habérsele aplicado.

Pero la gravedad de esta norma no se limita a lo expuesto, ya que las causas de cesación de esta verdadera "prisión preventiva ilimitada" no operan en todos los casos. Es el mismo artículo que nos ocupa el que dispone en su comienzo que la excarcelación "podrá" concederse... El tiempo de verbo utilizado indica que las causales que seguidamente enumera el artículo no operan automáticamente.

¿Cuál es el grado de discrecionalidad que tiene el juez para denegar en estos casos la excarcelación? La respuesta de Cafferata Norez —quien realiza un exhaustivo análisis de todas las normas relativas a las medidas de coerción— es que no puede derivar de la expresión "podrá" la idea de que la excarcelación es una mera concesión del tribunal²⁴. Por lo tanto la única solución posible será recurrir a otra norma que complemente los criterios objetivos enunciados por el artículo 317.

Entonces, sí y sólo sí será concedida la excarcelación —cuando la prisión preventiva no haya sido otorgada por las causales previstas en el art. 316— si se da alguna de las situaciones previstas en el artículo 317 y además no concurren ninguna de las circunstancias subjetivas u objetivas

²⁴ Cafferata Norez, José I., *op. cit.*, p. 44.

del artículo 319 (ver el breve comentario que de este artículo se realiza en el punto II, especialmente en la nota 8). En estos casos, la orden impartida al juez por la norma pareciera transformarse, por fin, en "deberá concederse la excarcelación".

Dejemos de lado, por el momento, el articulado del Código. Nos hemos referido ya a lo desacertadas que parecen ser las pautas elegidas por los codificadores, tanto desde el punto de vista constitucional, como de los criterios de política criminal que deben estructurar un derecho penal liberal. A todo lo dicho se agrega, ahora, la posibilidad de que recaiga sobre el preso sin condena una pena (no puede ser llamada de otra forma) aún mayor a la que eventualmente, hubiera podido ser condenado.

En estas circunstancias, viene, una vez más, a darnos una mano en la argumentación, el ya referido principio de proporcionalidad. Olvidemos, momentáneamente, el catálogo de garantías constitucionales desconocidas por la aplicación conjunta de los artículos 317 y 319. Remitámonos únicamente al principio de proporcionalidad que sustenta a las medidas cautelares: por aplicación de este principio se intenta impedir que el procedimiento inflija, aun en los casos de encierro admisible, un mal mayor que el previsto como límite para la realización del derecho material en ese caso. No hace falta decirlo, el principio de proporcionalidad, cuando actúa a favor del imputado, no ha sido considerado en nuestra nueva pero caduca legislación.

Cuando una de las causales del artículo 317 se verifica, y procede el cese de la prisión preventiva, el principio de inocencia, queda reducido —una vez más— a una enunciación sin aplicación material. Pero no termina en el principio de inocencia el cúmulo de garantías arrasadas por esta norma; además se desconocen, lisa y llanamente, el requisito de juicio previo, la garantía de la inviolabilidad de la defensa (no ha habido un debate contradictorio con amplias posibilidades de defensa); y por último, podríamos aventurarnos a decir que el imputado que ha cumplido una pena en prisión preventiva dictada por el juez de instrucción, ha sido sacado de sus jueces naturales, porque el dictado de una condena no corresponde, en ningún caso, al juez de instrucción.

Ya hemos anticipado que la sanción de la ley 24.390 mitiga en parte las consecuencias de la aplicación de la

normativa del Cód. Proc. Pen., al disponer un modo de cálculo de los días transcurridos en prisión preventiva cuyo límite —en teoría— no podría exceder el máximo de tres años y seis meses. Sin embargo, basta un análisis superficial de su articulado para advertir que no se aplica a todos los procesados; que el límite que pone a la prisión preventiva no es el de un “plazo de duración” sino meramente un modo de computar el tiempo transcurrido en esta situación; y que por último —y esto ya no resulta reprochable a las disposiciones legales— algunos tribunales se encuentran haciendo una aplicación de estas nuevas disposiciones que agrava aún más las consecuencias del deficiente texto. Veamos estas consideraciones particularmente:

a) Por imperio del artículo 10 quedan excluidas de la aplicación de esta norma aquellas personas procesadas en virtud de los artículos 7° y 11 de la ley 23.737 (es decir, por “organizar o financiar actividades ilícitas” relativas a estupefacientes y sus agravantes). Esta exclusión de un grupo de procesados en razón del delito cometido, no sólo vulnera los fundamentos que permiten encarcelar a aquellos que no tienen condena, sino que además resulta una flagrante violación del derecho a la igualdad. Según los términos de la propia ley 24.390 —art. 9°—, ella viene a reglamentar un derecho consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 7°, inc. 5°), y termina curiosamente por negarlo para un grupo de procesados, y por violar otro derecho también protegido por este instrumento internacional, como es el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 24.

b) Respecto al artículo 9° de la ley, sostiene Corteleszi: “La prisión preventiva se mantiene en la ley resguardada hasta el borde de la arbitrariedad, ya que no sólo razones de complejidad o de avance del proceso demoran su extinción, sino que se añaden otros mecanismos que indisimuladamente ofrecen al juez argumentos para estirar *sine die* la vida del instituto...”²⁸.

En este sentido, observa este autor las siguientes cuestiones: 1) las “articulaciones manifiestamente dilatorias” de

²⁸ Corteleszi, Juan Pedro, “La ley 24.390, revisión crítica y su parcial inconstitucionalidad”, L.L., 20-IV-85.

las que habla la ley en este artículo y que pueden alegarse para no liberar al procesado en el término fijado por la ley, son todas aquellas que fueron reclamadas por la defensa, aceptadas por el tribunal y efectivamente realizadas. Por lo tanto, el juez, luego de haber hecho lugar a estas pretensiones, tiene la posibilidad de decir que eran sobrehundantes o inútiles y por ello negar o retrasar la libertad. 2) La caución, garantía sólo operativa en función del instituto de la prisión preventiva, sobrevive, sin embargo, de modo de permitirle al juez colocar una condición más, a menudo difícil de salvar a la liberación²⁷.

4) Nos abocaremos ahora al estudio de una cuestión cuya fuente no es el Código Procesal nacional, sino que surge de la Ley Penal Tributaria (ley 23.771).

Se trata de las *dificultades para la excarcelación por delitos tributarios*. El artículo 17 de la Ley Penal Tributaria regula el régimen de eximición de prisión y excarcelación para los delitos por ella tipificados²⁸, de un modo que, anticipándonos al análisis, puede calificarse de abiertamente inconstitucional.

La excarcelación procede en estos casos solamente bajo caución real, cuyo monto, cuando exista perjuicio fiscal, deberá correlacionarse con ese daño. Resulta interesante hacer un recuento de las derogaciones relativamente recientes, para darnos cuenta de que las actuales tendencias político-criminales proponen la desaparición de los regímenes de libertad caucionada específicos para ciertos delitos (v. gr., se ha derogado por ley 23.261, el dec. 6582/58 que imponía este régimen para los casos de robo automotor; también se ha derogado el art. 866 del Código aduanero, según dispone la ley 23.353, que fijaba un régimen especial para la excarcelación por robo agravado)²⁹.

²⁷ Cfr. Certelezzi, *op. cit.*

²⁸ Según los arts. 75 inc. 12 y 132 de la Constitución Nacional, la elaboración y aplicación de la normativa procesal es una facultad no delegada por las provincias a la Nación. Cabe plantearnos, entonces la siguiente disyuntiva: o bien este artículo es únicamente aplicable en el ámbito de la jurisdicción nacional, o bien su aplicación se encuentra violando la organización nacional básica prevista por la Constitución.

²⁹ Cfr. Pinto, Hugo, "El régimen de libertad en el proceso por delitos tributarios", L.L., t. 1981-E, p. 732.

a) En primer lugar, es necesario destacar que el Cód. Proc. Pen. en su artículo 324 última parte, dispone que la caución real se aplicará subsidiariamente cuando de las circunstancias del caso surgiera la ineficacia de las modalidades de las dos cauciones anteriores (juratoria y personal) y que, por la naturaleza económica del delito atribuido resulte la más adecuada²⁰. Interpreto que la norma no obliga a establecer caución real siempre que se trate de un delito de "naturaleza económica", sino que debe concurrir, además, la ineficacia de las otras cauciones. En este estado de cosas, entiendo que la contradicción entre el artículo 17 de la Ley Penal Tributaria y el artículo 324 del Cód. Proc. Pen. es manifiesta.

En términos de lógica deductiva, encontramos que toda obligatoriedad (obligación de otorgar la libertad bajo caución real) es incompatible o contradictoria con el facultamiento o permisión del mismo acto (posibilidad, bajo ciertas circunstancias, de requerir caución real para otorgar la libertad durante el proceso)²¹. Como es sabido, las contradicciones entre normas de igual jerarquía se resuelven, en principio, por los criterios de normas posteriores y especiales.

El problema con el que nos encontramos es que si bien el Cód. Proc. Pen. es norma posterior, la Ley Penal Tributaria es una ley especial. Sin embargo, ha sido el mismo Código el que, por suerte, se ha encargado de resolverse el problema lógico que acabamos de plantear, cuando dispone en su artículo 538: "Deróganse todas las disposiciones que se opongan a la presente ley...". Entonces el criterio de preeminencia de la ley posterior queda a salvo por haber sido derogada expresamente la ley especial anterior. ¿Podríamos sostener, entonces, que el artículo 17 de la Ley Penal Tributaria se

²⁰ La referencia al contenido económico del delito que hace el art. 324 *in fine*, es criticado por Puente, Daniel, en *op. cit.*, p. 61, donde sostiene que "la regla parece correcta, salvo por la referencia al contenido económico del delito atribuido, donde aparece nuevamente, en la restricción de la libertad, el criterio sustantivista en la regulación de medidas cautelares durante el proceso penal, aunque esta vez referido al derecho privado. En efecto, aquí no se anticipa la pena sino la condena civil tendiente a la restitución al statu quo anterior al delito o ante su imposibilidad, a la reparación del daño".

²¹ Cfr. Nino, Carlos, *Introducción al Análisis del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1967, p. 273.

encuentra derogado por el artículo 324 del Cód. Proc. Pen.? Creemos, en absoluta soledad por ahora, que sí.

Sin embargo, aun cuando no fuera convincente el desarrollo lógico intentado, esta norma agravante de las condiciones de libertad caucionada, da de bruces contra todo el programa constitucional argentino. Y aquí sí, sin discusiones, debe estarse por la preeminencia de la ley superior.

b) Tal vez corriendo el riesgo de pecar de reiterativos, insistiremos una vez más en que la única justificación aceptable para dictar una medida cautelar es la posibilidad concreta de que el imputado ponga en peligro los fines del proceso. Por lo tanto, la procedencia de la libertad caucionada (y la caución elegida para otorgarla) será evaluada según estos motivos, es decir, a partir del riesgo de que el imputado entorpezca o eluda el actuar de la justicia. Cualquier otro modo de razonar será, como poco, arbitrario, ya que no justificará su decisión en las pautas que toleran las medidas cautelares.

Esto es lo que, concretamente, hace el artículo 17 de la Ley Penal Tributaria, disponer un monto correlativo al daño o perjuicio fiscal supuestamente causado. Cuál es la relación entre este monto "objetivo" y el riesgo de frustración del proceso, es, a todas luces, incomprensible.²²

"La extensión del daño causado por el delito es una pauta legal expresamente dispuesta para la individualización de la pena (art. 41, inc. 1º, Cód. Pen.) ...pero ello no puede ser admitido como pauta obligatoria que condicione la libertad del imputado durante el proceso"²³. El criterio sustantivista aplicado por la norma que tratamos, es más que claro; lo que se intenta es una reparación del perjuicio pecuniario producido al Fisco, antes de que ese perjuicio pueda ser atribuible a quien se juzga.

De este modo, la norma del artículo 17 arrasa con todas las garantías constitucionales que venimos tratando (principio de inocencia, debido proceso o proceso "limpio", etc.), agregando una aberración más, traída a escena por la violación del principio constitucional que asegura la igualdad ante la ley de todos los habitantes. Si el criterio entendido como *ad hoc* para justificar la privación de la libertad a un no condena-

²² Pintos, Huga, op. cit., p. 721.

do, es el *peligro de frustración del proceso*, toda disposición que frente a un tipo determinado de delitos (tributarios en este caso) utilice un *criterio distinto* —más gravoso— estará ubicando a los habitantes procesados por estos delitos, en franca desventaja respecto de los imputados de otros hechos.

Lo que acabamos de decir tiene respaldo en la interpretación que la Corte Suprema de Justicia ha hecho del derecho a obtener la libertad caucionada. En este sentido ha fallado diciendo que, en razón del reconocido carácter de garantía constitucional del beneficio excarcelatorio, se exige que la limitación de la libertad se adecue razonablemente al fin perseguido por la ley —el aseguramiento— y que las disposiciones que limitan la excarcelación sean valoradas por los jueces con idénticos criterios³³.

V. A MODO DE BREVE CONCLUSIÓN

En pocos casos como el de la prisión preventiva se ha presentado con tanta claridad la contradicción entre los postulados del discurso jurídico y su puesta en práctica. Sabido es que en América latina el 68,47%³⁴ de los presos no tienen sobre sus espaldas el peso de una condena judicial. En este contexto, pensar en el "principio de inocencia" no nos remite a un derecho habitualmente incumplido, sino que su mantenimiento en los textos constitucionales y legales, puede ser leído, en esta situación, como una cruel declaración irónica.

El sistema inquisitivo continúa rigiéndonos. Los adelantos introducidos en el nuevo Código pierden su riqueza cuando se advierte que los postulados básicos de la inquisición siguen vigentes. De este modo, mientras el principio de oficialidad, y la obsesión por la búsqueda de la verdad histórica,

³³ CSJN, 6-VIII-91, "Rodríguez Landívar, Blanca v/ excarcelación", L.L., t. 1991-E, p. 486. Citado por Pinto, Hugo, op. cit., p. 722.

³⁴ Estadística publicada por la ONU en el "Informe sobre sistemas penales y derechos humanos en América latina", Banad, San José de Costa Rica, 1988. Por informes del mismo organismo, este porcentaje actualmente no ha descendido.

no sean dejados de lado, el paradigma inquisitivo no estará enterrado, y las medidas de coerción seguirán teniendo, entonces, una fundamentación "racional".

El desafío que debemos afrontar, especialmente quienes nos estamos preparando hoy para ser los protagonistas del Derecho futuro, es el de encontrar la forma que permita poner límites reales a este instituto. Hasta hoy, todos los intentos de limitarla han terminado por reformarla, sin subvertirla. Todas las reformas limitadoras han terminado en la práctica, por aceptarla sin discusión, se pretexto de ciertas excepciones, que no dejan de fundarse en el arbitrio judicial.

Un Estado de Derecho que se precie de tal debe preferir siempre correr el riesgo de no poder aplicar una sanción penal, antes que mantener en prisión a un no condenado. Tal vez algún día nos animemos a respetar nuestra Constitución Nacional, para dejar de ser los émulo de Torquemada²⁵.

²⁵ "Los émulo de Torquemada", es el título de un artículo de Bovino, Alberto, publicado en la revista *Justicia Penal y Sociedad*, Guatemala, 1993, no. 3, p. 48. Este artículo fue también presentado como ponencia en el II Congreso Universitario Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología (Montevideo, Uruguay).

**INFORME AL H. CONGRESO DE LA NACIÓN
SOBRE LAS TAREAS DESARROLLADAS
POR EL PROCURADOR PENITENCIARIO,
DR. EUGENIO PABLO FREIXAS,
EN EL SEGUNDO AÑO DE GESTIÓN (1994-95)**

El Procurador Penitenciario es un funcionario destinado a proteger los derechos de los internos sujetos al Régimen Penitenciario Federal que, además, informa al poder público acerca de las reformas que dicho régimen exige.

Es una figura reciente entre nosotros —similar a la existente en otros países—, creada a mediados del año 1993, ante la insuficiencia de los mecanismos tradicionales empleados para la solución de situaciones anómalas.

Es, a su vez, un organismo que refuerza el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado como, entre otras, las previstas en las "Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos".

En líneas generales, su misión consiste en investigar las quejas o reclamos formulados por quienes se encuentran privados de su libertad en virtud de una sentencia judicial condenatoria o como consecuencia de la adopción de medidas en los procesos en los que se les imputa la comisión de delitos; mediar entre ellos y los órganos a los que se encuentran vinculados; promover el cambio legislativo y reglamentario y mejorar el obrar administrativo mediante el control de los agentes públicos.

El Procurador Penitenciario goza para ello de total independencia a fin de ejercer los cometidos que le están impuestos y, por ello, su accionar no está sujeto a instrucción alguna de otra autoridad.

Dentro de este marco se inscribe el informe que fragmentadamente reproducimos.

Creímos necesario reseñar entre estas páginas alguna palabra oficial sobre la situación carcelaria y pareciera que la más adecuada resulta aquella formulada por un observador cuyo análisis tiene por objetivo la protección de los derechos humanos de los internos comprendidos en el Régimen Penitenciario Federal.

Por último, debemos formular una necesaria disculpa y aclaración ya que el texto completo del informe era mucho más extenso que el fragmento aquí reproducido.

Intentamos preservar su coherencia y para ello hemos incluido la exposición de las líneas político-criminales del accionar del Procurador Penitenciario y las conclusiones de su informe, aunque la descripción detallada de los diversos aspectos de la cárcel, en cambio, ha sido considerablemente reducida. La selección, en consecuencia, no pretende ser una síntesis del texto original, sino, antes bien, sólo una muestra forzosamente parcial de aquél.

INFORME AL H. CONGRESO DE LA NACIÓN SOBRE LAS TAREAS DESARROLLADAS POR EL PROCURADOR PENITENCIARIO EN EL SEGUNDO AÑO DE GESTIÓN (1994-95)

I. INTRODUCCIÓN

A) El presente Informe

El documento que aquí se presenta tiene por objeto informar al Honorable Congreso de la Nación, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 9° del decreto 1594/93 del Poder Ejecutivo nacional, acerca de las tareas llevadas a cabo por el Procurador Penitenciario de la Nación en el segundo año de gestión.

Tal como se hiciera al momento de la presentación del Primer Informe se pretende aquí también realizar una tarea de diagnóstico de la situación del sistema penitenciario federal y una inserción político-criminal de la actuación realizada, como paso previo para contrastar, con algún grado de éxito, el camino trazado conceptualmente con el recorrido empíricamente.

B) El momento actual de la realidad carcelaria

Al momento de presentar el Informe de la actuación del Procurador vinculado al primer año de gestión se había hecho hincapié en algunas aristas que demostraban la dificultad de la tarea encomendada a este organismo.

En primer lugar, ayer y hoy debemos recalcar la importancia de los factores negativos de la institución carcelaria que no dependen de ninguna coyuntura política ni crisis empírica: la cárcel, como institución social, es una instancia cuya justificación, en el plano que sea, está lejos de ser pacífica.

Es por ello que ya es común comenzar las conferencias sobre la pena de prisión como la "crisis de la cárcel". Como es sabido, esa "crisis" ostenta varias dimensiones:

Una dimensión vinculada con la vigencia del principio de igualdad ante la ley:

En este sentido se sostiene que la cárcel no puede escapar de una característica que nutre a todo el sistema penal: la selectividad. Ello, incluso, se lo explica históricamente; se ha dicho —en forma nítida desde Foucault— que la utilización generalizada de la pena de prisión tiene vinculación conceptual con las necesidades sociales del desarrollo industrial y las exigencias de mano de obra accesible que implica su instalación social.

"El dato común, que se hace evidente tanto en la obra de Foucault como en la extensa y en muchos sentidos original sistematización hecha por Melossi y Pavarini de un material bibliográfico poco conocido o desconocido por completo en Italia, es la inversión que hacen de un cierto modo de considerar a la cárcel como una institución aislada y separada del contexto social. La cárcel, y las demás instituciones de confinamiento, son lugares cerrados, y por lo tanto están aislados y separados de la sociedad libre, pero esta separación resulta más aparente que real, ya que la cárcel no hace más que manifestar o llevar al paroxismo modelos sociales o económicos de organización que se intentan imponer o que ya existen en la sociedad" (Del Prólogo de Guido Neppi Modona, a *Cárcel y Fábrica. Los Orígenes del Sistema Penitenciario*, de Melossi, Dario - Pavarini, Massimo, Siglo XXI, México, 1987).

Una dimensión vinculada a la crisis de la tendencia resocializadora:

En este punto se produce un hecho llamativo debido a que, a pesar de significar la opción justificadora más influida por el humanismo, nunca ha estado fuera del centro crítico de la pena de prisión moderna, en particular no se tiene demasiada claridad acerca de si se trata de la conceptualización más rica en consecuencias favorables para el desarrollo de la pena de prisión en un Estado democrático o un intento peligroso de legitimación de una instancia de violencia institucional.

Asimismo se critica la falta de precisión del ideal "resocializador". Por ejemplo, Bergalli ha opinado: "En el campo concreto de la ejecución penal debe señalarse, antes de nada, una pérdida de rumbo de los fines previstos. Aun cuando, como se dijo antes, las leyes de ejecución exaltan el fin de la readaptación social, no existe en América latina una conciencia clara sobre el contenido de tal objetivo. Adviértase que tales leyes de ejecución no definen generalmente el objeto que ponen como meta de las penas privativas de libertad. A menudo la locución 'readaptación social' es utilizada sin esclarecerse cuál será el fin del tratamiento mediante el que se intentará lograr aquella readaptación" —Bergalli, Roberto, "Ejecución penal y política criminal en América latina", en *Crítica a la Criminología*, Temis, Bogotá, 1982, p. 103—.

También, contra la idea de la resocialización, se ha objetado su fundamento ético mismo, es decir, las razones éticas por las cuales se justifica moralmente que se imponga un "modelo" social a un individuo. No parece fuera de duda que exista una legitimación en abstracto para imponer un modelo moral, tal tendencia refleja cierto predominio de un sistema paternalista a cargo del Estado que no deja de someterse a crítica a través de una visión de teoría política. El Procurador Penitenciario considera que el sector del ideal resocializador que somete a la globalidad de la justificación del castigo a una seria crisis es "el lado coactivo" del modelo resocializador. No hay nada negativo en que el Estado promueva un ideal moral, es más, es preferible que lo haga. Los ciudadanos se sienten orientados en su vida práctica y ética si desde el propio Estado se ofrece una alternativa de mínimo moral. Sin embargo, el Estado no debe imponer un modelo

moral a los ciudadanos fuera de los requisitos mínimos de convivencia pacífica. Ello debe ser trasladado al ámbito carcelario con fuerza de convicción: el modelo penitenciario debe ofrecer caminos de resocialización identificando con el modelo moral vigente en la organización del Estado, debe estructurar alternativas prácticas para el desarrollo de los principios éticos del ideal resocializador. En ello reside la obligación del Estado —en el sentido positivo de actuación— y, al mismo tiempo la prohibición del mismo Estado —en el sentido negativo de límites a su intervención en la vida del interno—: el Estado debe ofrecer esos caminos resocializadores pero no imponer su filiación utilizando la fuerza del poder público.

Al mismo tiempo, ello marca el parámetro de los derechos y obligaciones del sujeto sometido a encierro: él tiene el deber de no cometer un nuevo ilícito, de no reproducir su opción por la infracción a las normas del Estado y tiene el derecho de que el Estado le ofrezca alternativas de organización de su vida alrededor de un modelo moral; sin embargo, no tiene la obligación de someterse a ese ideal.

Creemos que en ello reside el punto de inflexión de un encierro estatal adecuado a las exigencias éticas del Estado de Derecho, en ello reside la exigencia más básica de la dignificación del interno como un sujeto que todavía no ha perdido su capacidad de procurarse sus propias pautas de actuación individual.

Si se logra un modelo que respete esta relación individuo-Estado, entonces abriremos un campo fructífero para la siempre perfectible limitación del dolor inútil y se insertará a la institución carcelaria como un sector social que soporta la transparencia frente al control ciudadano, y frente al cual los hombres libres pueden dejar de excluir de sus conciencias, para incorporar a la realidad cívica, la dura realidad social.

Es claro que la cuestión de la legitimación en abstracto de la cárcel no se presenta como tarea sencilla. La realidad que indica una verdadera "subcultura carcelaria" o un "sistema propio de interacción social y de poder, constituyendo una subcultura deformada" (Heleno, Claudio Fragoso, *Doctrina Penal*, 1981), la caracterización de la prisión como una institución de carácter binario, donde hay una escisión básica entre los manejados y los supervisores (Erving Goffman), coloca las cosas en un estado de virtual conflicto de legitimación.

A estas dimensiones críticas provenientes, sin lugar a dudas, de la propia esencia del castigo estatal, es decir, independizadas del grado de éxito de la concreción de las distintas políticas criminales en la vida práctica de una sociedad, se suman las distorsiones de políticas erradas en los últimos cien años de derecho penal. En verdad, parece claro que no es sencillo insertar una institución de tanta violencia en sociedades que manifiestan modelos desigualitarios hasta ahora de difícil corrección.

Como no podría ser de otra manera, en el primer año de gestión, el organismo a cargo del Procurador Penitenciario detectó una realidad carcelaria en grave situación. Así fue como, a la hora de definir el cuadro situacional de la institución carcelaria, el Informe 1983-84 insistió en los siguientes ángulos de observación:

- 1) La problemática de la sobrepoblación carcelaria.
- 2) El desarraigo.
- 3) Graves falencias en el sistema de salud (compra de medicamentos, ausencia de un sistema adecuado de control, problemas con el sistema odontológico, sida).
- 4) Problemas de trato (vínculos sociales, falta de identificación del personal penitenciario, inadecuado régimen de sanciones disciplinarias, maltrato físico).
- 5) Ausencia de un efectivo control judicial.
- 6) Fallas en el sistema educativo.
- 7) Carencias de salubridad, higiene y alimentación.

En este segundo año no es posible decir que el diagnóstico haya cambiado en el "mapa" de las cuestiones críticas, aunque sí es cierto que se nota alguna concientización mayor en los organismos de aplicación del sistema penitenciario. Un ejemplo altamente ilustrativo es el Plan Director de la Política Penitenciaria Nacional, emanado el presente año de la Secretaría de Política Penitenciaria y Readaptación Social del Ministerio de Justicia de la Nación.

Dicho Plan recoge en un diagnóstico, como luego veremos más en detalle, muchas de las dimensiones que desde el organismo a cargo del Procurador Penitenciario han sido objeto de recomendaciones y propuestas en numerosas ocasiones. Asimismo, en el plano legal, por ejemplo, la sanción de una nueva ley de regulación de la prisión preventiva ha

mejorado, aunque no todo lo que era de esperar, el ámbito normativo que rodea a la institución carcelaria.

C) Las líneas político-criminales de la gestión del Procurador

Es objetivo del organismo a cargo del Procurador Penitenciario establecer las líneas teóricas de su actuación, una especie de declaración de principios, mediante la cual se puede constatar la coherencia institucional de su actividad.

Al momento de presentar el Primer Informe de gestión se establecieron las siguientes pautas teóricas de actuación:

- a) el mejoramiento del sistema como una alternativa;
- b) garantizar los derechos de los internos;
- c) reducir los niveles de violencia;
- d) trabajar activamente y en conjunto con los demás organismos implicados en el diseño de la política criminal;
- e) colocar en los primeros planos de interés social y político al problema carcelario;
- f) promover los vínculos externos de la cárcel;
- g) procurar el aprovechamiento de las experiencias internacionales;
- h) fortificar la idea de la cárcel como un problema interdisciplinario en su diagnóstico y en su solución.

No cabe duda de que estos principios han seguido inspirando la actividad del Procurador Penitenciario, hasta tal punto que, de acuerdo con cada uno de ellos, es posible identificar un buen conjunto de logros en la gestión de este organismo.

Estos principios en verdad acompañarán siempre la gestión del Procurador Penitenciario, debido a que se vinculan con la más pura concepción iushumanista, pretenden una visión pragmática del problema carcelario pero con el mayor grado de garantismo posible, pretenden reducir los niveles de dolor no desde una óptica nutrida de un descomprometido intelectualismo, sino desde la lucha cotidiana por un sistema judicial cada día mejor y menos violento. Es por eso que no estamos en condiciones de proponer alternativas de máxima absolutamente desconectadas de nuestro estadio socio-cultural y sin posibilidades reales de transformar la realidad que criticamos. Hemos optado, con conciencia de ello, por el camino de la reforma, de la mejora, del cambio paulatino, de la

humanización, del acorralamiento gradual de la cárcel, del acercamiento del futuro. Para decirlo con las palabras del penitenciarista español Carlos García Valdéz: "No es la hora de cerrar las prisiones... ni la de los consejos de fábricas como únicos elementos válidos de reinserción social, como pretende ahora la nueva escuela penal de Bolonia, y así lo pienso, porque históricamente no puede hoy plantearse este tema, si no se quiere caer en fácil utopismo, o en la demagogia, pues si dificultades existen hoy en día en hacer asumir a la sociedad una vía humanista de transformación responsable y cambio profundo, pero progresivo, los obstáculos no son los mismos y la autoridad moral de la que se parte no es comparable, si lo que se pretende es abolir las cárceles: reformar, rectamente entendido, es siempre hacer algo mejor" —García Valdéz, Carlos, "La reforma de la prisión. Historia y filosofía", en *Estudios de Derecho Penitenciario*, Tecnos, Madrid, 1982, p. 39—.

Esta humanización, además, y en contra de lo que se piensa, viene impuesta por la necesidad del logro de la propia seguridad pública, ya que como expresa la profesora alemana Hilde Kaufmann: "La seguridad pública crece mediante la humanización de la ejecución penal porque esta humanización ayuda a eliminar una parte de la tensión social, lo cual, hoy en día, constituye la misión central de todos los esfuerzos en favor de la seguridad pública. Pero, por encima de ello, la humanización de la ejecución penal contribuye indirectamente a una mayor seguridad pública, pues brinda las bases insoslayables y necesarias para procesos positivos de aprendizaje social, los cuales, a su vez, son la única posibilidad de disminuir la criminalidad, reducir la tendencia a la comisión de hechos punibles y evitar nuevas reincidencias; la experiencia mundial ha demostrado que la vieja y clásica ejecución penal no está en condiciones de contribuir a este proceso, hasta el punto en que hoy ningún conocedor del problema puede abrigar dudas al respecto" (Kaufmann, Hilde, *Principios para la Reforma de la Ejecución Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 29).

Sin embargo, el camino transitado nos obliga a introducir nuevos objetivos teóricos y líneas respecto de la actuación político-criminal:

a) *En primer lugar, la necesidad de una regulación sistemática de la realidad carcelaria a través de una ley penitenciaria que se adecue en mejor medida a nuestras necesidades*

Este tópico marca una de las necesidades más evidentes del sector político-criminal de la cárcel que ya está siendo fuente de respuestas desde el poder administrador.

El sistema penitenciario argentino necesita a la brevedad de una ley penitenciaria moderna, eficaz, garantizadora, acorde con los nuevos avances del desarrollo científico, político criminal y social de los modelos penitenciarios en el mundo.

Es absolutamente claro que siempre ha existido, sobre todo cuando se trata de describir el sistema penal, un gran divorcio entre el discurso y la praxis, en el sentido de que ésta se ha ido desconectando de los mandatos legislativos y ha generado su propia regulación conformada sobre la base de precedentes prácticos para la resolución de cada conflicto interno.

No se nos escapa que la mejor ley, desde el punto de vista de los ideales que la inspiran y desde la observación de técnica legislativa, no asegura, sin más ni más, la efectividad de los grandes cambios.

Sin embargo, la situación en nuestro país, según podemos observar, es otra: en primer lugar existe un gran avance del ámbito jurídico de la reglamentación por sobre las disposiciones legales, es decir se ha ido configurando un "nuevo discurso" que pretende legitimar prácticas que desde este organismo han sido denunciadas en el Primer Informe y en éste, por su violencia y falta de racionalidad.

En este sentido se pretende que la ley penitenciaria interponga "un cerrojo" a este tipo de "legislación paralela" que desvirtúa —aunque sin oponerse textualmente, siendo éste el problema— el espíritu de la Ley Penitenciaria hoy vigente.

Para ello no hace falta, según entendemos, una ley netamente reglamentaria, en la cual se termine por desdibujar la manifestación clara de las principales garantías y derechos de los internos, sino, por el contrario, se pretende que por el trámite del desarrollo conceptual de los principios y derechos más básicos quede para la hermenéutica más fiel la manifestación concreta de los límites del poder administrador.

En segundo lugar, se pretende que la Ley Penitenciaria no constituya un obstáculo para la puesta en práctica de tendencias humanizadoras y garantizadoras. Es cierto que discurso y praxis están distanciados, pero no es posible que el discurso se transforme en un valla insalvable para los benéficos cambios en esa praxis viciada.

b) Democratizar la cárcel

Este es otro de los principios inspiradores de la gestión del Procurador para el próximo año y que también ha influido en la gestión anterior. Se pretende reflexionar sobre la necesidad de ampliar la participación del interno en la configuración de su propio ámbito.

Creemos que ningún plan penitenciario puede darse el lujo de prescindir de la óptica del interno en su diseño y de su propia intervención cotidiana en su puesta en práctica.

Un modelo así concebido habrá nacido lamentablemente mutilado. Posiblemente en esto resida gran parte de las limitaciones para someter al ámbito carcelario a una transformación profunda.

No se trata de abrir algunas vías participativas en temas marginales del desarrollo de la realidad penitenciaria como son las actividades educativas, religiosas, deportivas o culturales.

Como afirma Borja Mappelli Caffarena: "En realidad declarar la participación del interno en la mayoría de esas actividades resulta tautológico, pues su propia naturaleza las hace inimaginables sin una colaboración voluntaria" ("Presupuestos de una política penitenciaria progresista", en *Homenaje a Carrara*, p. 249).

Obviamente una política penitenciaria progresista requiere, en vinculación con este punto, el desarrollo de estrategias realistas que logren superar la primera sensación de desconianza del organismo administrador, en estos casos conviene, antes de lanzar globalmente la propuesta, experimentar con pruebas piloto.

Sin embargo, este tipo de experiencias significa la salvable puesta en práctica de un cauce directo y colectivo de participación, que promovería los sentimientos de solidaridad y mejoraría el grado de humanización de la institución carcelaria.

c) Procurar un modelo único regional

La instalación de un modelo penitenciario respetuoso del Estado de Derecho no es un objetivo sólo de nuestro país, sino que es una preocupación claramente regional —y también universal—.

Asimismo, los inconvenientes frente a los cuales se enfrenta la administración judicial de nuestro país son similares a los afrontados por el resto de América latina, con independencia de las intensidades y otros datos netamente particulares.

En casi todos los países se encaran proyectos de revisión del sistema penitenciario y son receptores de preocupaciones de las Naciones Unidas, y demás organismos encargados de fortalecer determinados sectores sociales, como el BIRF, BID y USAID.

Es por ello que el trabajo mancomunado de todos estos países seguramente reeditará en una mejor optimización de los esfuerzos internos y en un aprovechamiento más racional de las experiencias y aportes de los expertos internacionales. En este sentido, el organismo a cargo del Procurador Penitenciario tendrá "vocación regional" y promoverá los esfuerzos compartidos y el intercambio de preocupaciones e ideas.

d) Difusión de los derechos de los internos

Una de las cuestiones más negativas de la vida carcelaria reside en la falta de conocimiento de los internos de sus derechos.

Es por ello que este tópico se ha transformado en una de las líneas de actuación más importantes. Asimismo, tal inquietud se ha llevado a la práctica: el Procurador Penitenciario ha lanzado un proyecto, en conjunto con la Comisión de Derechos Humanos de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, para producir unas cartillas, de entrega y difusión total entre los internos, informativa de sus derechos y el modo de hacerlos valer, incluso procesalmente.

Para producir un verdadero status jurídico del recluso es preciso que él conozca los parámetros normativos de su situación. Quien no conoce sus derechos tiene muchas posibilidades de ser avasallado por la propia dinámica del sistema penitenciario.

Al mismo tiempo esta intensificación de la relación entre ámbito normativo y vida del interno, es una de las instancias más ricas del concepto humanitario de la resocialización: la posibilidad de advertir e intruycetar la valoración ético social de Estado y utilizarla en su propia dignificación contra eventuales violadores.

e) Resocialización como obligación del Estado. Al mismo tiempo una versión de la resocialización que destierre todo elemento autoritario

Pareciera que en nuestro estadio sociocultural no aparece como posible abandonar la idea de la resocialización en el diseño de la vida penitenciaria.

Sin embargo, es preciso "condicionar" el presupuesto resocializador desde el punto de vista de una política criminal orientada hacia el mantenimiento del Estado de Derecho y un sistema penal de última ratio, adoptando de ese concepto todo lo que permita humanizar la cárcel. Como afirma Bajo Fernández: "La función de reeducación y reinserción social del recluso debe entenderse como obligación de la administración penitenciaria de ofrecer al recluso todos los medios razonables para el desarrollo de su personalidad y como prohibición a la misma de entorpecer dicha evolución, nunca como esencia de la pena privativa de libertad" (Prólogo a *Introducción a la Política Criminal*, de H. Zipft).

Es decir, este organismo procurará la instalación de los operadores de la ejecución de la pena de un concepto de resocialización totalmente comprometido con la ejecución digna y limitada en el daño a producir.

En realidad se trata también de resocializar a la pena privativa de libertad misma, se trata de adecuar la cárcel a una concepción altamente dignificante del hombre, incluso, por supuesto, del hombre que, por condicionantes sociales, personales, o las razones que fueran, ha cometido una conducta que el Estado ha definido como ilícita, como manifiesta Armin Kaufmann: "Más que a la idea de que determinados grupos de delincuentes puedan someterse a un tratamiento especial, a un tratamiento socio-terapéutico, a la idea de que se desarrolle una ejecución de la pena humanamente digna, que sea posible durante la detención vivir como hombre y no vegetar como un número, se trata de que los reclusos sean preservados del daño

que supone estar sometido durante un tiempo a la detención" (citado en Borja Mappelli Caffarena, *Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario Español*).

A nuestro criterio no se trata tanto de modificar nuestra opción semántica sino de reducir el contenido de violencia de ese ámbito social y, en eso, todas las propuestas coinciden.

f) La Constitución y los Pactos de Derechos Humanos como un instrumento vivo

Otra de las líneas de trabajo intelectual del organismo a cargo del Procurador Penitenciario reside en instalar una concepción operativa de las garantías constitucionales. Hoy es posible advertir que el texto constitucional es situado a menudo muy lejos del sistema real de política criminal de ejecución penal.

Ello produce un distanciamiento enorme entre discurso normativo y cárcel que fortalece la "anomia" de los ciudadanos: no es razonable exigir a los ciudadanos el cumplimiento de las normas del ordenamiento jurídico si el propio Estado al momento de hacerlas cumplir o custodiar las consecuencias del incumplimiento es el principal "infractor" de las normas de la máxima jerarquía normativa.

Es por ello que se tratará de acercar el espíritu constitucional a la vida práctica, para lo cual se utilizará el camino de la difusión que anteriormente hemos indicado.

g) La disciplina como resocialización

Las medidas disciplinarias, como el resto de las instancias de la vida penitenciaria deben adecuarse a las principales metas del sistema carcelario.

Por tal motivo es que, por ejemplo, "las metas resocializadoras" deben nutrir, también, al modelo disciplinario dentro de la cárcel. En este sentido "la adecuación del régimen disciplinario a la resocialización obliga a que éste por su carácter desocializador tenga la menor incidencia posible dentro de la vida del establecimiento; en un sentido positivo, las sanciones que se impongan deben estar pensadas para que estimulen en el recluso sancionado la aceptación del régimen penitenciario" —Borja Mappelli Caffarena, *op. cit.*, p. 293—.

Esto implica, por ejemplo, algunas de las líneas que hace unos años propuso el penalista brasileño Heleno Fragoso: "Definición taxativa de las faltas, previsión de reglas de procedimiento disciplinario que aseguren la defensa, un sistema de recursos" —"El derecho de los presos", *Doctrina Penal*, 1981— a lo que se debe sumar la vigencia del principio de mínima intervención, del principio de culpabilidad, control judicial, etcétera.

h) Las medidas alternativas a la prisión como estrategia de reducción de la violencia y no del aumento de control

Una de las cuestiones de mayor actualidad reside en la necesidad de ampliar el abanico de reacciones penales intentando reducir el protagonismo de la cárcel como institución cerrada y total. Tal camino de reforma ha recibido el epígrafe de "medidas alternativas". Este organismo apoyará, sin lugar a dudas, todas las tendencias legislativas de implementar este enriquecimiento de la reacción penal. Sin embargo, estará atento a que no se transforme en un virtual aumento del control, como ha advertido hace unos años Massimo Pavarini.

Las razones para tal prevención son las siguientes:

- a) Es obvio que tal tipo de reacción se instala en un modelo de menor exigencia formal, por lo cual puede ser utilizado para reprimir acciones que antes no eran penalizadas.
- b) El menor grado de violencia, en relación a la prisión, puede favorecer tal inclinación.
- c) Sin embargo, conviene tener presente que, a pesar de que la violencia de este tipo de reacciones es menor en relación a la prisión, significan un endurecimiento del modo en que generalmente se solucionan este tipo de conflictos.
- d) Las experiencias en Venezuela y Chile no han provocado una modificación del sistema penitenciario. Es decir no han sido, verdaderamente, *alternativas* a la prisión.

Este organismo pretende evitar la situación que describe María Angélica Jiménez, cuando afirma: "Las alternativas a la cárcel, hasta ahora no han significado realmente una sustitución a la privación de libertad, pues no han sido aplicadas en lugar de la cárcel, sino junto a la cárcel, lo cual significa producir un aumento sustancial en las formas de control".

D) La consolidación de las propuestas del Procurador en la planificación de la gestión penitenciaria del Poder Ejecutivo

A comienzos de este año, la Secretaría de Política Penitenciaria y Readaptación Social del Ministerio de Justicia, retomando una necesidad social evidente, presentó el Plan Director de la Política Penitenciaria Nacional. En él se introduce un plan global de reformulación penitenciaria que incluye ciertas dimensiones que han sido preocupación de este organismo y, con ello se logra uno de los objetivos que se tuvieron en mente a la hora de desarrollar el plan de actuación del Procurador Penitenciario, como es el de "trabajar activamente y en conjunto con los demás organismos implicados en el diseño de la política criminal" y "colocar en los primeros planos de interés social y político al problema carcelario".

Cuando en dicho Plan se enumeran los principios fundamentales se enuncian claros *leit motif* de este organismo: respeto a la dignidad humana, garantía judicial de la legalidad de la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad, integración interdisciplinaria, interinstitucional e intersectorial en la ejecución, abolición de toda forma de agravamiento de las condenas más allá de la mortificación inevitable que trae aparejada la claustración, limitación, al máximo posible, de la desvinculación familiar y social, etcétera (p. 3).

Asimismo, gran parte del diagnóstico estatal coincide con el realizado por este organismo:

- a) Las características de la subcultura carcelaria y su negativa influencia en la vida de los procesados.
- b) Hermetismo del sistema penal para los internos.
- c) Superpoblación carcelaria.
- d) Internamiento común de procesados y condenados.
- e) Graves falencias de infraestructura.
- f) Falta de equipamiento para tareas recreativas.
- g) Falta de condiciones higiénicas mínimas.
- h) Graves dificultades para la capacitación laboral y para el trabajo penitenciario por deficiencia de la legislación y por carencia de recursos físicos y materiales.
- i) Carencia de estrategias frente al problema de la drogadependencia.

j) Insuficiencia de medios globales para la atención de la salud y la educación.

k) Disposición geográfica de los establecimientos que afecta, entre otras cosas, el desarrollo de la progresividad del régimen penitenciario y que genera desvinculación familiar y social.

l) Graves problemas con los servicios sanitarios.

Todo este diagnóstico realizado por el poder administrador significa, en forma indudable, un aliciente. Creemos que la tarea del organismo a cargo del Procurador Penitenciario en cuanto se ha preocupado no sólo de denunciar a los organismos adecuados la situación que se trate, sino de proponer alternativas de solución a cada caso en concreto, ha colaborado a esta toma de conciencia.

Asimismo, se demuestra la riqueza de la puesta en práctica de un enfoque multidisciplinario en el cual se deje debida constancia de la necesidad de detenernos en todos los ámbitos sobre los que descansa la realidad carcelaria para que el cambio sea efectivo y acabar con la idea simplista de que el problema de la cárcel es sólo normativo o sólo de infraestructura edilicia.

II. ALGUNOS ASPECTOS DE LA SITUACIÓN CARCELARIA

A) Relaciones sociales

1. Desarrollo

Señaló el informe correspondiente al primer año de gestión que uno de los efectos no queridos de la situación por la que atraviesa el sistema carcelario es la forzosa desconexión del interno de su núcleo afectivo más allá de lo que, de por sí, provocan los muros de la cárcel.

Se explicó entonces que la distribución geográfica de las cárceles de condenados y la carencia de este tipo de establecimientos en la Capital Federal, salvo por la Unidad 16 destinada al alojamiento de personal policial o de fuerzas de seguridad o al de internos que no pueden convivir con población penal de otras características, torna a esta temática en crítica.

Sólo las Unidades 16 y 19 son establecimientos de condenados. La primera aloja a menos de noventa condenados que conviven promiscuamente con más de doscientos procesados y la segunda a menos de ciento veinte condenados, por lo que los restantes condenados alojados en Capital Federal permanecen en establecimientos inadecuados para aplicarles ningún tratamiento penitenciario y conviven con procesados habitualmente en violación a las reglas de clasificación penitenciarias vigentes.

Para el mes de agosto de 1995 los establecimientos penales de la Capital Federal y Gran Buenos Aires (U. 1, 2, 3, 16, 18, 19 y su Anexo de menores, 20, 21, 26 y 27) alojaban un total de más de 3.970 internos, en tanto su capacidad de alojamiento real no superaba las 3.700 plazas, incluyendo 1.180 plazas en la Unidad 1 y 1.491 en la Unidad 2, que presentan las gravísimas anomalías que han sido tratadas en esta Memoria.

Esta situación es más grave aún cuando se advierte que, por ejemplo, la capacidad real de la Unidad 1 era de 900 plazas en el mes de noviembre de 1994, cifra que ascendió a 1.126 el 28 de noviembre, aumentando a 1.175 el 29 de diciembre y disminuyendo a 1.135 el 5 de enero de 1995. Por su parte, la Unidad 2 contaba al 28 de noviembre, con una capacidad real de 1.280 plazas, cifra que ascendió a 1.528 el 29 de noviembre. La información que al respecto proporcionó el Servicio Penitenciario Federal, no resulta satisfactoria pues, en el caso de la Unidad 1, se atribuye la variación de la capacidad de alojamiento a "refacciones que se logran en sectores (celdas) inhabilitadas (vidrios, instalaciones de sanitarios, etc.)", y la posterior disminución de plazas "a la continuidad de tareas de mantenimiento". En tanto, en lo atinente a la Unidad 2 se señala que se lograron habilitar pabellones con camas dobles, optimizando su capacidad. Ello no explica que la capacidad real haya posteriormente disminuido y presenta la cuestión como un mero acto administrativo tendiente a disminuir la alarmante superpoblación.

Es decir que la población alojada en la Capital Federal y el Gran Buenos Aires supera la capacidad real de los establecimientos carcelarios y más de la mitad de dicha población está hacinada en establecimientos en pésimas condiciones.

Más de 1.100 personas de las alojadas en establecimientos de la Capital Federal y Gran Buenos Aires son condena-

dos. Pero como se vio, sólo existen 120 plazas para alojarlos, salvo que sea posible incorporarlos a la Unidad 16 (lo que hoy ocurre con alrededor de noventa casos).

La irracionalidad de la disposición de los recursos impone, además, la capacidad ociosa en todos los establecimientos del interior del país (salvo en las Unidades 10 y 23, al momento de elaborar este Informe).

La construcción de nuevos establecimientos penales, licitada recientemente por el Ministerio de Justicia de la Nación para ser erigidos en las localidades de Eseliza y Marcos Paz, permitirá resolver esta anómala situación en el mediano plazo.

Persisten, en tanto, las falencias ya mencionadas para facilitar a los internos el contacto con sus familiares, indispensable si se pretende su rehabilitación y reinserción social. El Procurador Penitenciario ha formulado, a la fecha de confección de este Informe, más de trescientas recomendaciones sugiriendo el traslado —motivado en la necesidad de reforzar los vínculos familiares— de internos alojados en establecimientos ubicados en el interior del país.

Tampoco se ha logrado incluir una partida en la Ley Presupuestaria nacional para traslados de familiares sin recursos, con lo que continuamos estando, en esta materia, peor que un siglo atrás. La Recomendación 423/PP/94 (v. Anexo 1), que el Procurador Penitenciario remitiera al señor ministro de Justicia el pasado 22 de septiembre sugiriendo que destine recursos suficientes para dotar un programa de asistencia material a las familias de los internos que carecen de recursos para visitarlos, al no poder afrontar los gastos de pasaje y viáticos necesarios para concurrir a los establecimientos en que han sido alojados por el Estado Nacional, no ha merecido respuesta.

B) Problemas de trato

1. Arbitrariedad en la imposición de sanciones disciplinarias.

En lo relativo al régimen disciplinario al que son sometidos los internos prosiguió durante el período abarcado por el presente Informe la actividad de contralor del Procurador Penitenciario, actividad que, al igual que en otras áreas, ade-

más de actuar sobre la demanda generada por los internos de modo directo mediante sus peticiones verbales o escritas o indirecto por petición de sus familiares, defensores, o por información suministrada por los jueces a cuya disposición se encuentran detenidos, buscó recopilar información general efectuando una consideración sistémica de los factores que impiden el cumplimiento de las normas vigentes.

La Ley Penitenciaria nacional (dec.ley 412/58, ratif. por ley 14.467), como ya se comentara en el Informe sobre el primer año de gestión, crea importantes pero insuficientes garantías para los derechos de los internos. Principalmente, la obligatoriedad de imputarles previamente una falta, darles oportunidad de descargo y de ser recibidos por el director de la Unidad antes de ser sancionados y que sólo el director o su reemplazante legal se encuentra autorizado a aplicar dichas sanciones.

Las groseras anomalías detectadas en esta materia e informadas en la anterior Memoria persisten y se repiten cotidianamente, no obstante las reiteradas Recomendaciones formuladas por el Procurador Penitenciario para que se revisen las sanciones aplicadas irregularmente y se instruyan sumarios a los directores de Unidades y otras autoridades responsables de groseras arbitrariedades o, incluso, pese a las denuncias penales que ha debido radicar ante la constatación de la posible comisión de delitos de acción pública por parte de las autoridades penitenciarias.

No ha sido posible extirpar la práctica viciada de delegar la aplicación de sanciones en funcionarios de menor rango que el director de Unidad. Aun cuando en una sola ocasión se verificó la aplicación de una sanción que no había sido ordenada por el director de la Unidad respectiva, la práctica constante de los directores de Unidades es no recibir en audiencia a los internos antes de sancionarlos. Al menos, es lo que se ha verificado que ocurre aún hoy en las Unidades 1, 2 y 16 de esta ciudad y en numerosos establecimientos del interior del país. Prueba de ello son las múltiples Recomendaciones emitidas —que más abajo se enumeran— que, en todos los casos, se han fundado en el incumplimiento por el director de la Unidad de su deber legal de recibir en audiencia previamente a aplicar una sanción al interno imputado (arg. art. 42, Ley Penitenciaria nacional).

Para peor, distintos directores de Unidades, intimados por la Dirección General de Régimen Correccional a dar cumplimiento a sus deberes legales recibiendo en audiencia previa a los internos imputados de la comisión de faltas disciplinarias, optaron por adulterar las constancias como si hubiesen recibido a los internos, lo que obligó al Procurador Penitenciario a indagar la autenticidad de tales documentos apócrifos que le fueron remitidos oficialmente por las autoridades penitenciarias y, al verificar la verosimilitud de los reclamos de los internos y la consiguiente inautenticidad, en su opinión, de las constancias documentales que le habían sido remitidas, a radicar denuncias penales contra los funcionarios penitenciarios involucrados, solicitando, asimismo, que sean sometidos a sumario administrativo (ver Recomendaciones 498, 504 y 731 en Anexo 1). Cabe señalar que, por ante el Juzgado Nacional de Instrucción 21, Secretaría 165, tramita la causa 37.378 en la que se investiga la posible comisión del delito de falsedad ideológica en forma reiterada. Esta denuncia fue formulada el 3 de enero de 1995 y resultaron damnificados varios internos alojados en la Unidad 1. A la fecha de confección de este Informe se continúan produciendo declaraciones testimoniales de los damnificados. Interviene la Fiscalía de Instrucción 24, la que al formular el requerimiento de instrucción señaló como presuntos responsables los funcionarios firmantes del acta.

Otro mecanismo utilizado es el de disponer de modo automático el cambio de alojamiento de los internos sancionados, con lo que son doblemente reprimidos por una misma falta, pero de un modo brutal que puede importarle violentos altercados con otros internos y la pérdida de sus escasos efectos personales.

Pero no acaba allí el muestrario de irregularidades detectado en esta materia. En los escasos supuestos en los que los internos son notificados de sus derechos en debida forma y recurren al juez de Ejecución competente, promoviendo tal instancia al asentar la palabra "apele" junto a su firma, sus recursos no son diligenciados por las autoridades penitenciarias, que se limitan a ocultar dichas actuaciones sin darles tramitación alguna, según se ha podido verificar en los expedientes en los que recayeran las Recomendaciones 689, 740 y 741 (ver Anexo 1).