

LA MEDIDA CUALITATIVA DE PRISIÓN EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN DE LA PENA

Proyecto UBACyT 2011-2014; Código 20020100100176

Director: Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni

Integrantes del Proyecto:

Verónica Almada

María Jimena Andersen

Celina Berterame

Gabriela Gusi

Máximo Lanusse Noguera

Andrés López Cabello

Diego Luna

Juan Martín Rival

Pablo Vacani

INDICE

1. La medida cualitativa de prisión en el proceso de ejecución de la pena. <i>Eugenio Raúl Zaffaroni</i>	3
2. La clandestinidad y el olvido de nuestro presente. <i>Máximo Lanusse Noguera</i>	7
3. El tiempo de la pena y el tiempo en el encierro. Apuntes para el análisis del campo de prisión y la acción concreta en el campo judicial. <i>Pablo Andrés Vacani</i>	18
4. La reparación mínima en tiempo vivencial por sufrimiento de prisión arbitraria. <i>Celina Berterame</i>	43
5. La ley 23.070 sobre cómputo de la prisión padecida durante la última dictadura militar (1976-1983). Su aplicación analógica a casos de tortura y malos tratos. <i>Diego Luna</i>	66
6. La violencia que “no se ve”: tercerización del orden carcelario mediante la gestión evangelista. Un caso particular para interpelar el posicionamiento del abogado defensor frente a la violencia carcelaria. <i>María Jimena Andersen y Pablo Andrés Vacani</i>	85
7. Entre la pena y la prisión. Hacia un estudio antropológico del control judicial del castigo. <i>Verónica Almada, Andrés López Cabello y Juan Martín Rival</i>	113
8. Actividades pedagógicas y propuestas didácticas	145
9. Anexo documental: planteos judiciales durante la ejecución de la pena	155

LA MEDIDA CUALITATIVA DE PRISIÓN EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN DE LA PENA

Eugenio Raúl Zaffaroni

Este proyecto tiene como objetivo central definir un sistema de responsabilidad punitiva dirigido a la agencia jurídica correspondiente a filtrar en términos de tiempo mensurable aquella cantidad de poder punitivo ilícito que, durante el cumplimiento de la pena, da contenido al castigo arbitrario en nuestras cárceles. En la definición de esa arbitrariedad indagamos cómo categorizar a la violencia carcelaria, su expresión en el tiempo de prisión y la crítica en la representación que define la cuantificación de la pena sólo al momento de la sentencia y en términos de violencia legítima, es decir, como restricción temporal de libertad ambulatoria.

La cuestión del problema es que pese a prohibirse constitucionalmente la tortura y todo trato cruel y degradante, el sistema jurídico sanciona y cuantifica la pena de manera independiente del trato punitivo aplicado a la persona. Así se asimila el tiempo de prisión al meramente cronológico, quedando exento de regulación si en ese tiempo se ha aplicado tortura o tratos arbitrarios cuando, de ser así, cabe su refutación en los términos en que ha sido mensurada.

Esta práctica jurídica ha generado dos problemas profundos. Naturalizar a las prácticas de prisión como algo exento de regulación por parte del saber penal y, paradójicamente, de la pena, considerando que la ejecución penal sólo se define en términos positivos, desde las categorías formales que regulan aquellos requisitos que el condenado debe cumplir para incorporarse a regímenes carcelarios que aminoran, progresivamente, las formas de restricción de su libertad. Diferenciar la operación de determinar una cantidad mensurable de castigo, como pena justa y proporcionada en términos de privación de libertad, del proceso de ejecución de la pena, sin que el trato punitivo esté aplicado en términos reales por estos principios.

Esta situación evidencia una de las contradicciones más manifiestas del sistema penal con los compromisos del Estado de Derecho y los derechos humanos del presente, cuando no sólo la tortura y los tratos arbitrarios persisten en nuestras prisiones sino que éstos son conservados ante una práctica jurídica que se rige por un modelo de cuantificación que, sin

relacionarse con un conocimiento de las prácticas de castigo, no da respuesta ante un sistema carcelario no regulado por la legalidad y las proporciones.

El estudio abordado en este UBACyT se centra en las prácticas de castigo de la Provincia de Buenos Aires, por ser el espacio territorial de mayor porción de presos, unidades penitenciarias y niveles de violencia registrados. Trabajamos en las Unidades 3, 21, 13 y 49 con el uso de fuentes primarias, a través de entrevistas a detenidos y familiares e informantes claves, y fuentes secundarias, definiendo un sistema de relevamiento de aquella información relevada a inspecciones de unidades penitenciaria por defensores oficiales y aquella producidas por el Comité contra la Tortura, como principal organismo de contralor. No obstante, la metodología empleada tuvo particularmente en cuenta la construcción de categorías fácilmente adaptables a penas ejecutadas en otras provincias y, particularmente, a nivel nacional bajo la órbita del sistema penitenciario federal.

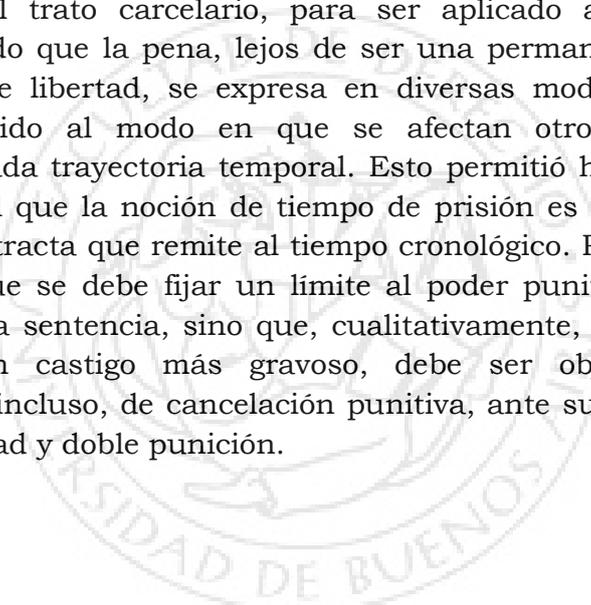
Lo que se estudia es cómo hacer influente el conocimiento de los métodos de castigo en la práctica jurídica a través de un sistema que permita traducir cuantitativamente aquel castigo que no ha superado el estándar de trato digno y que, por lo tanto, no se ha aplicado conforme a los términos que fuera mensurado.

La medida cualitativa explica otro sistema de mensuración punitiva para relacionar el decir jurídico con la prisión, permitiendo regular la pena en términos de enunciación y reproducción de su espacio social. Este resignificación opera en el conocimiento y la interpelación de los métodos punitivos que constituyen el sistema carcelario, para desde esa comprensión aplicable a cada caso concreto, definir el tiempo de prisión en forma no lineal, sino cualitativamente, es decir, en las constancias variaciones y distorsiones que la pena sufre en términos arbitrarios durante la trayectoria temporal.

Definimos la indagación del trato arbitrario a través de tres categorías que faciliten la identificación del proceso temporal en esas prácticas. Estas se han presentado como violencia estructural (sistema de condicionamientos materiales de la prisión que diferencian las formas de trato y la distribución regular de los recursos), activa (las formas de sometimiento que, a través de la fuerza física, regulan las demandas del encierro no solo traducible en la tortura sino en un amplio sistema de prácticas que la dimensionan) e interna (que traduce las formas operativas de la violencia en la delegación del control en otros presos con ascendencia sobre el resto, adquiriendo componente simbólicos sobre la estructuración de nuevas formas de gobernabilidad, con particular énfasis en el desplazamiento de los presos victimizados en población evangelista) como caracterización del trato punitivo arbitrario.

Actualmente trabajamos en relevar las ocupaciones o tomas de posición que los condenados, en términos de estrategias, realizan sobre los espacios posibles de actividades “tratamentales”, diferenciando así las condiciones objetivas y estructurales que definen cada punto de espacio en la topología de la prisión. A partir de aquí se advierte la relevancia que puede tener la categoría de tiempo estancado, permitiendo incorporar todos los aspectos de la segregación espacial, introduciendo la característica principal del programa de gobierno penitenciario, destinado a neutralizar o desplazar la mayoría de la población sin posibilidad de acceso a los pocos cupos de trabajo o educación, respecto del lugar que ocupa en el espacio carcelario.

Con estos registros se ha avanzado en definir el tiempo de prisión en las características del trato carcelario, para ser aplicado a cada experiencia punitiva, afirmando que la pena, lejos de ser una permanente manifestación de la privación de libertad, se expresa en diversas modulaciones que dan sentido y contenido al modo en que se afectan otros tantos derechos individuales en cada trayectoria temporal. Esto permitió hasta ahora afirmar la hipótesis inicial que la noción de tiempo de prisión es mucho más amplia que la noción abstracta que remite al tiempo cronológico. Por ende, no es sólo en este tiempo que se debe fijar un límite al poder punitivo a través de su mensuración en la sentencia, sino que, cualitativamente, en su ejecución, al traducirse en un castigo más gravoso, debe ser objeto de reducción compensatoria, e incluso, de cancelación punitiva, ante supuestos de intensa desproporcionalidad y doble punición.





LA CLANDESTINIDAD Y EL OLVIDO DE NUESTRO PRESENTE

Máximo Lanusse Noguera

Desde el inicio, a quienes nos une este proyecto, nos convoca cierta preocupación, casi una obsesión “quebrar el campo de representación jurídica”, abrirlo, hacerlo sensible al mundo que nos rodea y su reparto terriblemente desigual de dolor. Y es que ¿cómo es posible que conservemos la imagen que tenemos de nosotros mismos como civilización mientras desde las instituciones que materializan al estado sometemos a las personas “privadas de su libertad” a tratos crueles, inhumanos y degradantes? ¿Cómo es posible que mientras nos creemos defensores de la dignidad humana y nos indignemos con las violaciones de derechos humanos a lo largo de la historia reproduzcamos la violencia cotidiana? ¿Puede nuestra cultura ser tan opaca respecto de sí misma, acaso vivimos en un permanente autoengaño?

La generalidad de las preguntas es intencional. El recurso a las emociones inevitable. Aquellas que la razón moderna margina, quizás nos salven de nuestro olvido cotidiano del *otro*.

Nuestro tema es la prisión, las personas en prisión. Nuestro objetivo es reflexionar con todos los materiales que tengamos a nuestro alcance sobre esas complicidades estructurales que hacen a un *estado general de negación*. Para decirlo de otro modo, en torno a las distintas formas de *la clandestinidad*.

Desde el sentido común jurídico, asociamos lo clandestino a lo ilegal. Fuimos formados para ello, de lo que se trata es de que gobierne la ley porque ella es la que distingue el uso de la fuerza legítimo del ilegítimo, curiosa alquimia que transforma un dolor provocado en nombre de lo privado en delito y un dolor provocado en nombre de lo público en pena. Como en la discusión de *Los Justos* de Camus, nuestras preguntas en torno a la violencia se ciñen a una relación de medios y fines bajo el amparo de grandes palabras.

Sin embargo, las representaciones jurídicas más que gobernar el mundo, gobiernan el “espacio de aparición”. Nos alcanza la leyenda “pena privativa de la libertad” y “agravamiento ilegítimo de las condiciones de detención” para que el dolor vivo quede sepultado, silenciado, debajo de un arsenal de conceptos que nos sirven a los penalistas para creer que nuestro sistema penal es mucho más humano que aquel que reinaba en la época de la

inquisición. Ligamos la pena al delito bajo un esquema de proporcionalidad. Entonces, como afirmamos al presentar el libro “la medida del castigo”:

La idea fue, a través del trabajo de campo y la reflexión filosófica en torno a la matriz epistemológica en que se inscribe el pensamiento penal, realizar un trabajo crítico respecto a la ausencia de visibilidad de las implicancias existenciales del tiempo en prisión, tiempo que ha sido simplificado en occidente, ha sido reducido a mera duración cronológica, tiempo abstracto y lineal sin contenido existencial concreto. Para realizar tal empresa de interpelación de la racionalidad jurídica se recurre a la filosofía, la sociología y la antropología. El saber técnico-jurídico reduce el fenómeno del castigo a la ecuación delito-pena bajo la ficción de la proporcionalidad penal. Se calcula una dosis de pena y con el cálculo, con la ilusión de medida, se desplaza al subsuelo cualquier rendición de cuentas respecto a la violencia generada por el propio sistema penal. Se construye teoría penal sin ninguna información empírica cuantitativa ni cualitativa, pues dicha información haría colapsar todo el esquema legitimante del sistema penal, la contradicción con el sistema de derechos y garantías sería demasiado palmaria.

Entre la certeza de Beccaría y la esperanza proclamada por el desarrollo del discurso de los Derechos Humanos y el pensamiento penal liberal, la cárcel real transcurre, produce y reproduce violencia sobre la cual no rinde cuentas. Mientras la medida del castigo es su (des)medida. Pero la tarea alquímica del derecho continúa realizando esa operación de distinción entre la violencia legítima y la violencia ilegítima sin reflexionar en torno a la violencia en sí misma, la norma, el deber ser, promete, dice, pero no hace; el deseo no se concreta, no se realiza; es el espejismo ante el cual el campesino de Kafka, ese creyente, envejece mientras el guardián se vuelve cada vez más grande.

Bajo el eufemismo “pena privativa de la libertad” hay existencias, existencias atravesadas a las que no les expropiamos un bien más que se encuentra en el catálogo de su patrimonio, sino todo el tiempo que son. Mientras no nos sumerjamos en el espacio-tiempo de prisión, mientras no demos lugar en nuestro discurso y en el modo en que las instituciones teatralizan el sistema penal a las *voces del encierro*, nuestras leyes no serán más que una forma más de la clandestinidad, aquella propia del espacio-tiempo homogéneo del estado –único polo emisor del relato de lo legítimo–.

La pregunta que abrimos para no cerrar: ¿Qué sabemos sobre el dolor penal? De la cualidad aflictiva y todo aquello que ha quedado fuera de las preguntas de los penalistas

Como dijimos, nuestro objetivo es a través de la ruptura/apertura del campo de representación jurídica (que incluye nuestras prácticas) combatir las

formas sutiles de la clandestinidad. El encarcelamiento es pena, y la pena no es jurídica, simplemente “es”. Una forma parcial de decirlo es que venimos a invitar a emprender una ruptura epistemológica, es decir un punto de partida diferente, externo -en la medida de nuestras posibilidades- al discurso u esquema jurídico penal actual, que determina estructuralmente la percepción, y con ello los efectos de significación jurídica, visibilidad, legitimidad y crítica, posibles.

Dicha “puesta en crisis” implica una “crisis para la acción” y proponemos pensarla desde fuera hacia adentro, es decir partimos de todo aquello que ha quedado excluido de la axiomática jurídica, como un llamado, como un reconocimiento de la ignorancia propia de nuestro lenguaje y representaciones. Dicho de otro modo, no podemos sino desafiar el conceptualismo penal, las razones válidas del campo que lo reproducen. Es un intento por introducir, dentro de un lenguaje que desde algún punto de vista criticamos, ventanas hacia aquellos “datos de realidad” -que no casualmente han quedado fuera del discurso jurídico-penal. En definitiva, nuestra búsqueda se debate ambivalente -y estratégicamente- entre “el dentro y el fuera”, entre la ruptura y la continuidad. Si bien el pilar es lo primero, sabemos de la necesidad de acercarnos a la lengua del derecho por cuanto de otro modo las posibilidades de comunicación nacen muertas y con ello las de cambio. Pero cada traducción tiene un costo, y no menor.

Por lo general cuando se habla del encierro penal ya se parte de una escisión (no siempre reconocida más que en términos de “anomia”) entre una supuesta legalidad -o deber ser- que haría posible un encarcelamiento legítimo, y el “ser” del fenómeno, relegando con ello la discusión únicamente al primer plano y dejando oculta la materialidad del encierro con sus consecuencias aflictivas sobre las personas. Esos a quienes hemos privado de posibilidades de “acción instituyente de sentido” y en cambio, los hemos resignado a la asignación de “subjetividad jurídica” en un plano meramente categorial, des-politizador.

Es decir, la condición de encierro en su plus o exceso aflictivo por sobre todo saber formal-clasificador insito en el discurso legal no es objeto de discusión. Resultado: juristas hablando por otros, en un lenguaje que remite a las representaciones válidas del campo. La cualidad aflictiva permanece sin significación y con ello sin sujeto; bienes sin tutela, personas sin derechos, excluidos recludos, un (E)stado que a pesar de su fetichización no existe ni se justifica como tal. En síntesis un discurso unidimensional que todo lo abarca y con ello todo lo calla.

Nos arremetemos entonces a provocar y denunciarnos que la caducidad de tales planteos está dada por su entroncamiento en el método cuantitativo

derivado de una concepción positivista y normológica del derecho, fruto del pensamiento calculante y autorreferencial. En cambio, proponemos volcarnos a la cualidad aflictiva como aquel dato de realidad vinculado al significado aflictivo que el encierro acarrea sobre las personas. Significado expropiado, olvidado y censurado por el lenguaje de las abstracciones jurídicas, que torna imposible y falso a ese discurso *jurídico penal*. La *pena* se conceptualiza y mide conforme al tiempo autónomo y cerrado del derecho y no al tiempo que somos, en tanto que devenimos. La pena se ejecuta en tiempo existencial y se mide en tiempo lineal, abstracto. Y nuestro tiempo, acá afuera, difiere en demasiados sentidos relevantes con el tiempo de privación.

Se justifique como se justifique el encierro, lo cual puede brindarle más o menos límites para su procedencia, no puede negarse como lo que es: aflicción, imposibilidad de modos de ser, privación de lo que somos, porque somos tiempo... Ese tiempo que todo lo da y todo lo quita, y que no poseemos sino que somos. El discurso jurídico, siempre preocupado por la dimensión de la previsibilidad y certeza, atiende tal condición únicamente desde una perspectiva cuantitativa. Con ello permanece en el discurso y se desentiende de las prácticas, pero ¿acaso el discurso jurídico no lo es también?

Es entonces que dichas preocupaciones se traducen en exigencias de proporcionalidad -restringidas a la matriz aritmética, de tiempo en cárcel¹ durante el proceso y durante la ejecución de la pena. Así, todo el sistema de controles funciona con las categorías abstractas determinadas por el ordenamiento jurídico y su dimensión no tan reconocida de la interpretación. Nuestra propuesta se centra en recuperar la cualidad aflictiva del encierro como un elemento a significar jurídicamente y con ello brindarle tutelabilidad. Ello supone el reemplazo del método meramente cuantitativo, y el fenómeno de la *representación* unido a la *abstracción*, sustituyendo ese desplazamiento por la misma voz de quienes padecen la privación, invirtiendo el camino, yendo del dato cualitativo a la generación de lenguaje y no viceversa. Lo anterior atento a que aquel deviene necesariamente violento por cuanto se deja a un lado, relegado, a la persona viviente, y su experiencia existencial, significada, reducida, y falseada -en cambio- por categorías abstractas que se sitúan en una dimensión meramente discursiva -legalista- y autorreferente. Convertimos a las personas en *cosas* sujetas a medida, recortadas en sus dimensiones para efectuar la operación favorita de la modernidad: el cálculo. En síntesis, son instrumentalizadas en función del sostenimiento de un discurso.

¹ Que en el contexto de la abstracción se lo equipara al tiempo social sin considerar variables como la ociosidad, el miedo permanente, u otras vinculadas a la dimensión existencial de un tiempo vital situado en un contexto de encierro y aflicción despersonalizante...

¿Quién puede decir qué es el encierro?, y entonces ¿cómo limitar y tutelar una realidad no significada, es decir que excede la conceptualización jurídica? ¿Si nos limitamos a definirlo por su dimensión temporal en términos aritméticos no estamos haciendo un juego meramente tautológico? De alguna manera se propone un retorno a los sujetos de derecho, como actores sociales, como personas que existen “ahí y ahora” en su circunstancia vital, y no aquellos definidos y estandarizados por las categorías sistemáticas unidimensionales.

Así, hacemos eco de las denuncias de Ana Messuti en sus múltiples trabajos. Delito - pena - tiempo, ese cálculo moderno se sostiene sobre una proporción imposible. La apropiación discursiva de la dimensión temporal de la vida humana de parte del pensamiento calculante insito en el discurso jurídico penal, les ha quitado a los actores toda posibilidad narrativa respecto de sus propias vidas, “relatos de otros”, quedan enterrados en “el monolingüismo del otro”, del último emperador, ese que aún ninguna revolución ha desvestido, el derecho y su razón anónima.

Pues desde el momento en que el hombre se proyecta, se encuentra a sí mismo arrojado, ser temporal, esto es, finito, en terminología de Heidegger “ser para la muerte”, no se puede distinguir su “ser” de su “tiempo”, no podemos sino no hacer entrar en crisis el mismo concepto de pena. Esa “medida” únicamente acotada en términos meramente temporales, es una desmedida, tan desmedida como los suplicios lo eran para el discurso ilustrado. De más está recordar, la relación íntima de dicha racionalidad aritmética con el nacimiento de la prisión en el contexto de la disciplina industrial en perspectiva del valor-tiempo y el dualismo alma-cuerpo, tan bien explicados por Michel Foucault².

De manera que la propuesta a la que se dirige este esbozo consiste en significar y narrar la violencia del encierro, en términos de cualidad aflictiva, y para ello no podemos sino devolver la acción instituyente de sentido a los actores propios. Pero ya no nos referimos al estado como una entidad a la cual inculpar sino al enorme entramado de prácticas, fuerzas, relaciones que hacen a la articulación de una práctica con sus propias normas, extrañas a

² En el marco de nuestra investigación jugamos con la idea del “fetichismo de las formas jurídicas”. Así como la mercancía se comercia en función de una declarada división del trabajo a través de la cual se dice estar pagando el tiempo vital dedicado a su producción cuando en realidad se paga al capital que subordina a quienes venden su fuerza-tiempo a un costo menor, posibilitado ello por una división más radical entre la posesión de los medios de producción y la producción social o trabajo, con el resultado apropiación de trabajo-tiempo ajeno (según cierta interpretación del fenómeno), la forma jurídica dice generar igualdad, dice quitar una facción de tiempo proporcional a la falta cometida, cuando lo que quita es vida y posibilidades de ser. Mercancía=falsa totalidad- valor trabajo. El comercio sólo es posible a través de la igualación de lo que se intercambia, esto se logra de aquel modo, el discurso en torno de la pena se sostiene en una estructura similar.

aquellas en las que nosotros los juristas solemos concentrar nuestra atención, mientras ignoramos el espacio social desde el que hablamos, decimos, y con ello callamos. Con Boaventura de Sosa Santos, venimos a decir si el derecho se encuentra en ese espacio de disputa entre la regulación y la emancipación, nuestras penas jurídicas no existen, no regulan, y las transgresiones propias de las prácticas son el derecho, son la pena, y para cambiar el eje es sobre ellas que tendríamos que volcarnos.

Y estas palabras deberían ser sólo una insinuación, una introducción sucedida por otras y otras hasta que el auténtico relato, el de los que sufren el encierro atraviesen la muralla kafkiana de la clandestinidad. Pues nuestra fe es que existe una relación inversa entre las condiciones cualitativas del encierro –calidad y cantidad suministrada y vivenciada de aflicción y dolor– y las condiciones de posibilidad de ello en clave de legitimidad. Es decir, el motivo para que permanezca ausente al discurso jurídico su efecto concreto sobre personas de carne y hueso (y no esa subjetividad-entelequia del derecho) es claro: en el marco de la racionalidad moderna no sería posible el encuentro crudo, sin mediación de la fantasía y metáfora jurídica³, con la violencia como carácter propio y específico de la penalidad. Lo jurídico, de una u otra manera, acarrea un efecto mágico propio del fetiche: aquello en que se funda, legitima y sostiene discursivamente, coincide con aquello que destruye a través de la posibilidad de la existencia “legítima” de la cárcel, esto es la persona humana. Y ya no tiene sentido hablar de la cárcel que debe ser sino de la que es, y de la que nada sabemos los juristas. Debemos ir más allá de la “institución”, pues esta no deja de ser un nombre, una máscara, de las prácticas, las relaciones del campo⁴. Esos nombres son los que nos permiten no ver lo que hacemos con lo que decimos, nosotros los juristas.

Mientras mediante representaciones jurídicas nos preguntamos por la violencia legítima nos olvidamos de la violencia que atraviesa nuestras prácticas, prácticas de negación del “otro”. Entretenidos, nos preguntamos

³ Esto se enmarca en el tema de la racionalidad, la sensibilidad y la estética vigente, como condiciones de posibilidad de la violencia “legítima”. El punto es que esa violencia explícita y reglada de la Inquisición analizada con tanto rigor por Michel Foucault, amparada en la idea o imaginario retribucionista y tolerada en ese marco es de alguna manera reemplazada. En ese sentido se impone la de-construcción de las racionalidades que actúan como matriz de significación, sentido y legitimación. Así pues, aquella visibilidad (que no dejaba de ocultar otras cosas) es sustituida por la opacidad del discurso jurídico moderno, precisamente amparado en la impersonalidad y neutralidad de la ciencia y la técnica. El saber y la utilidad pasan a ser cuestiones fundamentales, y esta nueva racionalidad y estética más exquisitas no tolera la visibilidad medieval. La Justicia, el Pecado, la Expiación, etc., con mayúscula, ya suena a metafísica y no tiene la fuerza suficiente para sostener algo así, al menos el plano teórico justificatorio (cabe preguntarse en el imaginario...) Sí lo hace la certeza, la medida y la proporción del marco científico unido a un discurso de la utilidad. En este sentido la Escuela Frankfurt y toda la crítica a la racionalidad instrumental y a la ciencia con su pseudo-neutralidad resultan importantísimas.

⁴ Ver Pierre Bourdieu, Loïc Wacquant, Una invitación a la sociología reflexiva, Ed. Siglo XXI, pag. 101.

sumergidos en la racionalidad instrumental por los medios, o por los fines y con ello la violencia, la fuerza, las relaciones de dominación que reproducimos, evaden la crítica. Sin embargo, como lo supieron ver Benjamín y Derrida el derecho funda y conserva relaciones de violencia, de fuerza. La validez sin actores que la constituyan es fachada. Pues la lógica no puede reemplazar a la vida, de la misma manera que ningún “parlamento” es igual a la voz de los actores. Basta de representación y más acción. Menos conceptos y más micro-política. El derecho no es remedio, ¿es parte del problema! No está fuera del mundo, sino que, como el sentido, está dentro de él. Si insistimos en definir a la violencia como “lo otro” del derecho, no salimos del juego tautológico de un derecho definiendo en base a su cerrazón discursiva, lo violento y lo no violento, cuando en realidad lo que hace es conservarse a sí mismo y con ello cierto orden, que dista del explícito en sus razones.

Entonces, la contradicción interna del estado, el núcleo trágico en la relación entre derecho y violencia⁵, obliga a hacer reflotar ciertos datos cualitativos, significarlos y con esto brindarles espacio discursivo a esos desposeídos simbólicos, de quienes sólo vemos, nombre y datos filiatorios en un expediente, y a quienes mientras tanto le quitamos todo lazo humano y con el mundo extra-muros.

El objetivo pragmático es comprometer al estado con su propio discurso al ponerlo en el lugar de quien lesiona y no de protector contra “otros”. Es derrocar nuestra mirada estado-centrista para volver a las prácticas y micro poderes por donde se reproduce la violencia. Si la pena no es lo que dice ser tampoco es legítima como tal, entonces la abolimos o por lo menos disminuimos su irracionalidad, ¿cómo? con menos pena, pero esta vez aclarando: cuantitativa y cualitativamente⁶.

⁵ Ver Walter Benjamin, Para una crítica de la violencia, Ed. Leviatan.; Eligio Resta, La certeza y la esperanza, *Ensayo sobre violencia y derecho*; Ernest Gellner, Antropología y Política, *Revoluciones en el bosquecillo de lo sagrado*, Ed. gedisea.; Desde la clave lacaniana de los tres registros: real-imaginario-simbólico Zizek da cuenta del papel de lo horrible en la estructuración de la fantasía “el Horror no es simple y llanamente lo Real intolerable encubierto por la pantalla de la fantasía: el modo en el que enfoca nuestra atención, imponiéndose como lo desconocido, y por ese mismo motivo aun mas central para el punto de referencia. Lo Horrible puede, en sí mismo, funcionar como pantalla, como aquello cuyos fascinantes efectos ocultan algo “más horrible que el horror mismo”, el vacío primordial o el antagonismo. ¿No es, por ejemplo, la demoníaca imagen antisemita del judío, la trama judía, como una evocación del máximo Horror, el que es, precisamente, la pantalla fantasmática que nos permite evitar la confrontación con el antagonismo social? (Zizek 1999: 16), rescatado por Cecilia Inés Varela, en ponencia “Representaciones sociales sobre el delito. Una mirada sobre las Encuestas de Victimización.”

⁶ La noción de cualidad, apunta a un contenido, crítico, móvil y desestructurante –como los flujos decodificadores y desterritorializadores de Deleuze–, por eso no debe confundirse una menor cualidad aflictiva con contenidos concretos vinculados por ejemplo al bienestar material que procura un mayor presupuesto y mejores calidades edilicias. Sin ignorar con ello, claro está, que pueden ser factores muy

Entonces, ¿hacia dónde vamos? “Lo público”, a pesar de, y por ser máscara de micro y macro relaciones de poder en funcionamiento, debe responder por ese dolor. En plano de la racionalidad, rindiendo cuentas, esto es explicitando. En el fáctico recomponiendo la situación de la víctima devolviéndole su vida, en principio en su dimensión temporal, pero en última instancia en tanto posibilidades y alternativas amplias de “ser”. Para ello debemos dar cuenta de lo que hacemos, nosotros los operadores del derecho, agentes activos de la violencia institucional, y además debemos escuchar, leer menos y escuchar más. Devolver la voz que nuestras formas jurídicas, en nombre del límite y la proporción, expropiaron. Porque ¿de qué priva “el estado” a las personas “privadas de libertad”? Claramente la respuesta excede la declarada “libertad de locomoción”, pero en esto los mismos presos son los más autorizados para emitir su voz⁷. Salvar los factores cualitativos de la amenaza tecno-burocrática no es tarea fácil. Asimismo, debe colocarse la lupa en torno de los bienes mencionados en los tratados de DDHH y en las leyes locales, el modo en que en su abstracción, se muestran vacíos de contenido y resultan ineficaces – funcionales al discurso jurídico; permitiendo silenciar y censurar la violencia institucional–.

Esa distancia abstractiva⁸ se traduce en lo que usualmente sólo es referido como “anomia”, cierta distancia entre lo que “debería ser” y lo que concretamente ocurre. Pero, claro es, que no se puede reducir la problemática a ese matiz o faceta. El desfasaje tiene que ser denunciado, pero no conviene restringir sus causas a una especie de incumplimiento patológico⁹ que

importantes a la hora de relevar tal cualidad de la aflicción. El punto es capturar cierta dimensión subjetiva y existencial que siempre excede la cuantificación.

⁷ Cabe pensar lo paradójico que es un discurso que con la bandera de la reforma manda a que los procesos penales tiendan a formas adversariales de resolución o redefinición de los conflictos, de manera que los sujetos propios, es decir los implicados participen activamente en él, no trasladen idéntica concepción “democrática”- a quienes padecen el encierro, en procura de la imparcialidad o racionalidad de un lenguaje o discurso que desde su externalidad abogue por cada una de las “partes” en pugna... De vuelta el problema de la fragmentación...

⁸ F. Nietzsche, *Sobre Verdad y Mentira en Sentido extramoral*, Ed. Tecnos, Ex Libris Mónica Gragnolini (Trad Luis Valdés), “*se ha inventado una forma de las cosas uniformemente válida y obligatoria, y el poder legislativo del lenguaje proporciona también las primeras leyes de verdad, pues aquí se origina el contraste entre verdad y mentira.(...)Solamente mediante el olvido puede el hombre alguna vez llegar a imaginarse que está en posesión de una ‘verdad’...*”

F. Nietzsche explica la noción en *Escritos sobre retórica* (Ed. ExBibris. Mónica Gragnolini): «*las abstracciones son metonimias, es decir confundir al causa con el efecto. Ahora bien todo concepto es una metonimia y en los conceptos se precede así mismo el conocimiento. La ‘verdad’ se convierte en un poder, cuando nosotros la hemos liberado como abstracción*”, en el mismo sentido en sus escritos póstumos se refiere a la violencia de los conceptos.

⁹ Al respecto vale focalizar como Massimo Pavarini ubica la cuestión en una dimensión de “mercado estructural”, de alguna manera reemplaza el típico enunciado “esto está mal” por “la cárcel es esto y no otra cosa”, o la cifra negra de la criminalidad, no es una cuestión de ineficiencia disfuncional sino de mercado....

conserva intacta a la perspectiva legal, sino comprender las dinámicas prácticas del campo¹⁰. Es decir, abordar el fenómeno en términos de espacio social, interacción, discurso, violencia simbólica (reproducción), campo, estructura, relaciones de poder o fuerza. Pues, lo cierto es que se ignora todo dato cualitativo relevante para entender la lógica interna -del campo- de las cárceles, su economía práctica. Y lo mismo puede decirse del campo judicial.

La contradicción básica de saber que mientras el Estado procura “encarcelar” compulsivamente en procura de proteger “bienes jurídicos tutelados”, no hace más que afectar concretamente bienes jurídicos de las personas en mayor medida de los que “tutela”, acaso sea coherente si atendemos a la economía de las prácticas. Si quebramos esa falsa totalidad jurídica que permite una concepción “creíble” de la proporcionalidad nos enfrentamos a nuestra propia desnudez, las relaciones de sentido arbitrarias con que justificamos nuestros *decires*, y reproducimos nuestras prácticas no dichas¹¹.

Ya lo decía Nietzsche “*El Estado es el más glaciar de los monstruos. Miente fríamente, y de su boca sale esta falacia: Yo, el Estado, soy el pueblo*”¹². Tampoco podemos olvidar eso a lo que Sábato se refirió en estas notables palabras: “El capitalismo moderno y la ciencia positiva son las dos caras de una misma realidad desposeída de atributos concretos, de una abstracta fantasmagoría de la que también forma parte el hombre, pero no ya el hombre concreto e individual, sino el hombre-masa, ese extraño ser con aspecto todavía humano, con ojos y llanto, voz y emociones, pero en verdad engranaje de una gigantesca maquinaria anónima. Este es el destino contradictorio de aquel semidios renacentista que reivindicó su individualidad, que orgullosamente se levantó contra Dios, proclamando su voluntad de dominio y transformación de las cosas. Ignoraba que también él llegaría a transformarse en cosa”¹³. Pues en definitiva, en la reducción de los significados, por la monopolización ejercida según significantes hegemónicos, se van tejiendo las redes en las cuales el hombre queda atrapado¹⁴.

¹⁰ “*La cultura jurídica, entre la innovación y la tradición*”, de Alberto Binder analiza esta cuestión haciendo uso de los enfoques de Pierre Bourdieu en rededor a una sociología reflexiva.

¹¹ Ver: Enrique Martín Criado, “Los decires y los haceres”, Universidad de Sevilla, Departamento de Sociología 41005 Sevilla. Spain. Papers 56, 1998 57-71.

¹² F. Nietzsche, Así habló Zaratustra.

¹³ Ernesto Sábato, Hombres y Engranajes, Ed. La Nación, Introducción.

¹⁴ Peter Sloterdijk en las lecciones de Frankfurt publicadas bajo el nombre “Venir al mundo venir al lenguaje”, Ed Pre textos, propone una poética del mundo basada en el rescate de la natalidad humana -en vez de la trillada mortalidad- invitando a recuperar la negatividad fetal en tanto aún no atravesada por las redes del lenguaje...

Intentamos, en definitiva, escapar a lo que Slavoj Zizek llama el problema del mundo pos-ideológico: *“aún cuando no nos tomemos las cosas en serio, seguimos haciéndolas”*¹⁵.



¹⁵ Slavoj Zizek, El sublime objeto de la ideología, ED SXXI Argentina.



EL TIEMPO DE LA PENA Y EL TIEMPO EN EL ENCIERRO

Apuntes para el análisis del campo de prisión y la acción concreta en el campo judicial

Pablo Andrés Vacani

I. La fragmentación entre el quantum de pena impuesta y contenido concreto del castigo en prisión.

Cada vez que pisamos una cárcel advertimos que la amplia normativa que prohíbe castigos arbitrarios no resulta ser límite alguno para seguir reproduciéndolos ni tampoco ponen límites la cantidad de informes y hábeas corpus que se producen comprobando dicho fenómeno¹. Incluso, tras el fallo “Verbitsky” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 2005, la cantidad de detenidos y las formas castigo denunciadas, lejos de aminorar, aumentaron y, particularmente, las formas de violencias se especificaron (claro ejemplo es el de la tercerización de la seguridad mediante delegación temporaria de esta responsabilidad en los mismos presos, el aumento, en términos de resguardo, de la población evangélica o la práctica de los traslados – todos fenómenos no advertidos antes de dicha presentación)². Si bien es cierto que si tomamos como indicador el período anterior a los 90’, donde era inexistente la presencia

¹ Cito dos ejemplos concretos recientes. Uno, el caso de la Unidad 15 y 44 de Batán, donde la Defensoría Pública de Mar del Plata relata en el hábeas corpus colectivo presentado el pasado mes de junio pasado, junto con la defensoría de Casación, que tal presentación –la cual pone en evidencia una crónica insuficiencia de bienes materiales y tratamentales persistente en el tiempo- se realiza luego de más de 7 acciones de hábeas corpus planteadas a distintos organismos jurisdiccionales locales, cfr. <http://www.defensapublica.org.ar/presentaciones/>; El otro, el que las defensoras públicas de Lomas de Zamora, denuncian que la situación advertida el pasado mes de septiembre en la Unidad 40, producto de condiciones de hacinamiento estructural, con el consiguiente deterioro de la infraestructura, de la insuficiencia de los recursos y del exponencial aumento de la violencia concreta y potencial, es la misma que jueces departamentales vienen constatando hace tiempo en sus visitas institucionales, cfr. www.pensamientopenal.com.ar

² Entre 1997 y 2011 la población carcelaria del país ha crecido en un 100%, es decir, se ha duplicado, según Informe Anual 2012 de la Procuración Penitenciaria. Particularmente, en la Provincia de Buenos Aires, que cuenta no sólo con más del 50% de la población carcelaria del país sino con la menor cantidad de personal penitenciario por preso, la población carcelaria viene aumentando de a 1000 por año. Según los últimos datos oficiales del SNEPP (2011), el 60% de las personadas condenadas no trabaja, el 82% nunca participó de un programa de capacitación laboral y el 55% no ha podido ingresar a ninguna actividad educativa.

periódica en las cárceles de organismos de contralor y de la defensa pública³, y lo comparamos con la actualidad, donde existe sobrada información de cuales son y cómo actúan los métodos punitivos en los sistemas penitenciarios, lo cierto es que, tanto en uno como en otro período, la prisión sigue siendo de utilidad sistemática por la práctica jurídico penal. Antes, el abuso de la prisión preventiva, ahora condenas rápidas sin juicios, la prisión es la herramienta punitiva por excelencia para la justicia penal. Es, peor aún, condición necesaria de su productividad.

No obstante, si tomamos los dos indicadores que señalara, por un lado, la presencia de una amplia normativa que permite representar el derecho de toda persona detenida a ser tratado dignamente y a no ser víctima de tratos arbitrarios (art. 5.1 y 2; 7.1 y 3 Convención Americana; art. 7, 9.1 y 10.1 del Pacto Internacional, entre otros) y, por otro, la sobrada información con la que contamos para saber cómo se castiga y qué métodos punitivos definen las formas del gobierno de la prisión, se advierte que, aún nada ha conmovido a una *hermenéutica del saber penal* definida en aquella racionalidad cuantitativa que el mismo pensamiento penal liberal consolidara para legitimar a la violencia a partir de la modernidad (Resta, 1992:23).

Esta racionalidad que define el éxito de la prisión desde su nacimiento y que posibilita su uso persistente por parte del poder judicial, está dada por su representación como forma simple de privación temporal de la libertad (Foucault, 2008 (1975): 266), asegurando con ello un trabajo burocratizado, estandarizado, sin cuestionar su imposición con su legitimidad, manteniéndola siempre abstracta y equivalente en todos los casos⁴.

³ La procuración penitenciaria ha cumplido recientemente 20 años como organismo de control del sistema penitenciario federal. La defensa pública en la Provincia de Buenos Aires, recién a partir del año 2000, con la creación de las secretarías de ejecución, comenzó a realizar inspecciones a unidades penitenciarias y comisarías. El Comité contra la Tortura, de dicha provincia, es creado recién en el año 2004.

⁴ La cuantificación punitiva de la teoría penal se ha definido para dar al castigo su dimensión legal, asimilada a la forma más o menos explícita de un salario, excluyendo de esa medida valor la acción efectiva (violencia) que la prisión ejerce sobre los detenidos. Este modelo cuantitativo, entonces, no sólo se centraliza en el uso del tiempo para medir los intercambios, cuyo fundamento jurídico-económico se define únicamente en la relación delito-escala, sino que bajo esa representación excluye el contenido de la variable que la da por legítima, es decir, la relación de la prisión como privación de libertad. De esta manera, ante el actual sistema de prohibición de tratos crueles, inhumanos y degradantes, la racionalidad punitiva del sistema moderno asume una *representación falsa*, pues su modelo económico asume que «la prisión no se confunde jamás con la privación de libertad mediante su equivalente en tiempo»; la prisión es el castigo igualitario, porque priva al ciudadano del mismo bien común, la libertad. Entonces, está claro que el problema de esta representación se articula sobre la ambivalencia del derecho sobre la violencia, en tanto los medios destinados a la relación cuerpo-castigo están provistos de un sistema formalizado, diferenciado de la violencia misma, que toma a todo el discurso jurídico. Esta planificación teórica se agota en su contradicción cuando el contenido más relevante del encierro por unidades cuantificadas de tiempo es su «inequivalencia» con respecto a la realización de derechos que constituyen

Es que si bien en los últimos 20 años el saber penal ha avanzado en la promoción de nuevas formas de organización procesal y ha profundizado el conocimiento sobre la operatividad de garantías procesales (la autoincriminación, la defensa en juicio, la oralidad en los juicios, incluso, el juicio por jurado en algunas provincias) para abandonar los modelos inquisitoriales, provocando nuevas sistemáticas de la teoría del delito, proponiéndose nuevos filtros a la punición arbitraria (el control sobre la estricta legalidad de los tipos penales, el avance sobre nuevos componentes de la antijuricidad o de la culpabilidad), absurdamente, *la forma en que se castiga a la persona en prisión no se relaciona en la práctica jurídica ni con la pena ni con su cantidad*: el castigo es, en todos los casos, una forma legítima de privación temporal de la libertad; así se la mensura, así se representa su cuantificación y así se la ha consolidado teóricamente.

Pese a la información sobre cómo se manifiesta el trato punitivo en nuestras cárceles y la cantidad de normas constitucionales que prohíben dichas situaciones (lo que explica que la pena no sólo priva de la libertad ambulatoria sino que a partir de esa restricción, persisten otras privaciones prohibidas que se multiplican y varían en el tiempo), la evolución del saber penal desde fines del siglo pasado y comienzos de éste, no ha interpelado aún la matriz cuantitativa de la pena en los términos de definición lineal del castigo.

La prisión no está relacionada con la cantidad de pena, ni al momento de determinar aquel castigo cuantificable durante el proceso penal, ni durante su ejecución formal tras haber obtenido una sentencia firme. Contrariamente, está exclusivamente limitada a un saber meramente formal de la ley. En el primero, reduciendo ese tiempo de prisión preventiva en “computárselo” a la pena, asimilando el tiempo de prisión al meramente cronológico, y en el segundo, reduciendo ese tiempo de prisión a una ficción que lo concibe legalmente como evolutivo, bajo el sistema de regímenes progresivos, exigiendo en los condenados adecuados guarismos de conducta y concepto que la persona debe alcanzar y el pronóstico positivo que debe conseguir de la misma institución carcelaria.

Pese a prohibirse castigos arbitrarios y ser dichos instrumentos normativos utilizados para denunciar casos relevados en inspecciones a unidades, se carece en lo sustancial de una práctica jurídica que esté dirigida a regular las variables relacionadas entre la cantidad de castigo que se mide y se fija y aquel finalmente aplicado por la institución penitenciaria. Aún la teoría penal no ha explicado estas relaciones ante lo lógico de poder verificarse si esa

la vida en sociedad, y por ende excluye aquellas condiciones arbitrarias de detención que, durante su aplicación, hayan generado restricciones rigurosas a los derechos humanos de las personas privadas de libertad.

cantidad de pena cuantificada es equivalente o no a la cantidad de castigo aplicado en términos reales⁵.

Ha existido una fragmentación absurda entre ambos términos, que explica el éxito del uso de la prisión en su máxima racionalidad que es su reducción a una forma legítima de privación temporal de libertad, dado por sólo valorarse un tiempo de privación externo e intersubjetivo alejado de la individualidad y la existencia en la propia cárcel.

Todos sabemos que la cárcel mata, deteriora, enferma y lesiona gravemente mientras que la práctica jurídica continúa en el cálculo, negando la indagación existencial del sujeto, y, juntamente con ello, perpetrando el alejamiento de toda percepción y visibilidad de las prácticas punitivas. El problema relativo al ocultamiento jurídico de la cantidad de castigo que se aplica verdaderamente a la persona, está sujeto centralmente al modo en que *la unidad de tiempo sólo se define en una manifestación formal del poder punitivo, de manera tal que todo el sistema jurídico que regula la calidad del castigo no tiene aplicación práctica en esa cuantificación*⁶.

II. Importancia y necesidad de indagación del contenido de tiempo de prisión para la acción concreta en el campo judicial.

Lo dicho explica un problema de altísimo nivel práctico en el campo jurídico, pues la prisión no tiene ninguna relación con la representación que rige la definición, regulación y mensura de las penas que se imponen. La práctica de la abogacía y la judicial encuentran límites epistemológicos gravísimos ante la ceguera institucional y el raquitismo teórico de la cuestión. Salir de la matriz de una observación anudada a la mirada institucional exige avanzar en la ruptura de una representación jurídica que define la pena en un espacio intemporal, neutro y sólo caracterizado por la autoridad legítima. Es necesario elaborar un sistema que permita valorar la cantidad de castigo con relación a

⁵ Ya en 1939, Rusche y Kirchheimer indicaban que “La poca atención dedicada a la sociología de los sistemas punitivos puede ser probablemente atribuida, en primer término, al hecho de que aquella problemática resulta, generalmente, considerada desde el punto de vista de la teoría jurídico penal. En este sentido ninguna de las teorías de la pena, ni las retribucionistas, ni las teleológicas, son capaces de explicar la introducción de los métodos punitivos específicos en el conjunto del proceso social” (Rusche, G. y Kirchheimer, O. 2004: 3)

⁶Es destacable el rol que cumplen las escuelas de derecho en esta problemática, y en particular, nuestra facultad de Derecho, pues como advertiríamos con Ramiro Gual, la temática respecto de cómo actúan y el modo en que se implementan las formas de castigo en nuestro país y en América Latina, no es parte de la enseñanza en ninguna materia de Derecho Penal ni integra la temática a abordar en la materia anual, uniforme para todo alumno de derecho, de Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal. cfr. Gual, R. y Vacani, P., (2012). En el marco de la presente programación 2011-2014, avancé con entrevistas semiestructuradas a estudiantes (trabajo aún no concluido), realizada tanto a aquellos que no siguen la orientación derecho penal y aquellos que sí, no existiendo diferenciación entre éstos con respecto al desconocimiento absoluto de cómo se ejerce el castigo en nuestras prisiones.

cómo se ha manifestado concretamente en el tiempo de prisión, permitiendo trabajar con herramientas jurídicas que tengan la capacidad cognitiva de vincularse al funcionamiento de las prácticas de encierro – y con ello a una intervención interdisciplinaria- y así modificar las limitaciones de la proporcionalidad aritmética vinculada a las manifestaciones formales del poder punitivo.

La decisión política de trabajar en un planteo dirigido a agentes jurídicos bajo un esquema teórico que posibilita ampliar la percepción del fenómeno convence para interpelar estas formas agravadas de arbitrariedad de la cultura jurídica (Bourdieu, 2000; Binder, 2007) y de este modo exigir, mediante nuevos planteos – lo cual hablamos de un nuevo corpus teórico- la necesidad de respuesta de los jueces y hacer más explícito su posicionamiento frente a la prohibición constitucional de tratos arbitrarios. Desde aquí entiendo que la defensa pública, cuyos abogados son los que llevan casi la totalidad de las causas de los prisionizados, es un actor institucional vital en esta contienda⁷.

Este propósito tiene objetivos de mediano y amplio alcance. Lo primero es lograr una ampliación de la percepción sobre las prácticas de encierro y lograr que los representantes técnicos de la defensa que ello integre su estrategia de intervención, permitiendo con ello la apertura a la comunicación y el relato de las personas privadas de libertad, pudiendo canalizar el planteo al cual nuestro trabajo va dirigido. Luego, con mayor alcance, se trata de generar acciones dentro del campo jurídico que rompa con esa colusión básica y evitar, con diferentes grados de realización, que el cuerpo judicial se reduzca a un universo social relativamente autónomo en relación con las demandas que provoca el encierro carcelario. De este modo, se entiende que el problema no sólo se reduce a la violencia de la prisión sino a la necesidad de interferir en esa matriz institucional y cultural que da forma y contenido al castigo.

Sin lugar a dudas, ello exige abordar la estricta relación entre el conocimiento de las prácticas de castigo con la conceptualización punitiva (tanto cuando se define su mensura como en su constante redefinición cuantitativa durante su ejecución), permitiendo quebrar esa ausente relación entre la comprensión de las relaciones desplegadas dentro del espacio prisión y la estructuración

⁷ De aquí que resulta destacable el estudio acerca de qué, quiénes y cómo se define el campo jurídico de la defensa pública, qué relaciones se constituyen entre sus agentes y entre estos y el resto de los agentes judiciales, cómo actúan sus percepciones con relación a los demás agentes jurídicos, sean jueces, abogados particulares o fiscales, y cómo se construyen los vínculos con los detenidos y sus familias, cómo así que impacto tienen estas variables con los planteos que realizan, pero sobre todo, cómo se realizan, qué discurso conllevan, cómo se construye el mismo.

conceptual en que están consolidadas las relaciones discursivas de la práctica jurídica.

Incorporar al primer componente las diversas variables que comprende el tiempo de prisión en las unidades temporales que se cuantifican como pena, luego determinar sus efectos cuestionando y variando el alcance conceptual que la dogmática tradicional le ha dado a sus propios instrumentos teóricos, y, a la vez, retomar las razones teóricas del pensamiento liberal (basado en la legalidad de las penas y las proporciones), con las nuevas concepciones derivadas en la prohibición de tratos crueles, inhumanos y degradantes⁸, pueden definir un sistema de amplio alcance que, al interpelar el actual, consista en poder enfrentar las penas impuestas a la violencia que producen. Esto implica trabajar mediante otra formación metodológica que la teoricista (aparato conceptual que no describe las prácticas que le dan sustento, negando todas sus variables)⁹, procurando que las herramientas conceptuales sean informadoras de las prácticas punitivas que dan sustento a los registros que se realizan, a los relatos que se registran, a las presentaciones formuladas reiteradamente.

Para generar un cambio en el sistema de percepción del fenómeno la categoría de tiempo de prisión debe ser analizada en función a aquellas condiciones de violencia que corresponden a los métodos punitivos que definen el gobierno de la prisión, para permitir diferenciar la duración cronológica de la coerción con la privación temporal de libertad y explicar, entonces, todo lo que el tiempo de prisión comprende más de lo mensurable y definido formalmente como cantidad de castigo. Por ello es necesario trabajar la noción de tiempo de prisión en relación con esas condiciones del espacio en que se desarrolla y tiene contenido el trato punitivo. Es decir, indagar las características de ese “tiempo” sobre aquellas formas de violencia que constituyen el “espacio” de prisión, para comprender desde allí una relación entre las variables ambas categorías, poniéndola a una en relación a la otra, como ejes principales para

⁸ No es menor lo expresado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, recientemente, en el fallo Germano, K., resuelto el 12 de febrero de 2012, en cuanto señalara “una pena que se ejecuta de modo diferente se convierte en una pena distinta y, por ende, en caso de ser más gravosa su ejecución resulta una modificación de la pena impuesta en perjuicio del condenado”. De este modo, la Corte fijó un principio constitucional que prohíbe a los jueces de ejecución alterar en forma perjudicial para el condenado los contenidos cualitativos y cuantitativos de la pena (Rodríguez, A., 2012:123).

⁹ Existe aún en la investigación jurídica una especie de inclinación tendiente a separar la reflexión sobre la metodología de su uso real y de los problemas que la teoría debe comprender. Así por décadas se ha cultivado el método teórico por el método mismo, iniciando una división entre “teoría” e “investigación” o “teoría” y “metodología”. Basta aclarar que esto ha perfilado en derecho penal una recopilación de teorías “teoricistas”, más bien nacida de las necesidades de enseñanza y más atribuida al valor personal de ser mostrada, cuya función es únicamente “escolar”, sin que a éstas se incluyan las relaciones de fuerza y conflictos que la significan en la realidad social (Beverley, J., 1999; Cardinaux, N., y Clérico, L, 2010).

quebrando la uniformidad cuantitativa de la pena como forma simple de privación temporal de libertad.

En este trabajo se explica una breve parte del sistema dirigido a interpelar esa matriz cuantitativa derivada en la reducción del tiempo de prisión como privación de tiempo social. Se pretende explicar cómo cada trayectoria temporal supone en prisión otro tiempo diferenciado, un tiempo propio, con intensidades cualitativamente diversas en cada caso, que deben valorarse indistintamente, de acuerdo a los diversos lapsos en que el tiempo se expresa como pérdida en términos de derechos o degradación en términos de integridad personal. Particularmente, cada tiempo de prisión implica un proceso diferenciado de valoración en tanto se encuentra supeditado a las diferentes posiciones de la persona en su trayectoria temporal con relación a las condiciones carcelarias.

III. Calidad del tiempo en prisión. Diferencia con la duración cronológica del encierro.

El desarrollo que aquí se realiza incluirán fragmentos de las entrevistas registradas en el período de 2008 a 2012, realizando 85 entrevistas en sede de la defensoría oficial de San Martín (lo que permitiera abordar relatos derivados de la experiencia punitiva de casi el total de prisiones del campo bonaerense), sumado a otras 40 entrevistas a familiares de los mismos, seguida de un relevamiento de expedientes por casos registrados, sobre los cuales se relevaran los principales patrones discursivos del régimen cognitivo judicial. Advierto que la voz de los propios encarcelados, como forma de acceder al conocimiento sobre el encierro, ha estado en la investigación en permanente diálogo con los registros realizados a través de sus familiares ante la justicia y con las presentaciones particulares realizadas por sus defensores oficiales. Por lo tanto, la construcción de esta estrategia metodológica se definió en la reflexión de todos los datos registrados mediante triangulación, tomando el registro estructural de los datos proporcionados desde el año 2002 por informes elaborados por defensores públicos tras inspecciones a la mayoría de las unidades carcelarias y el registro particular de los reclamos formulados por sus familias y defensores, para luego incorporar al propio detenido como informante válido, permitiendo una interpretación de datos que ninguno de los dos registros anteriores posibilitaban.

El tiempo de prisión comprende tantas cualidades como condiciones de existencia limita el campo en el que las personas detenidas resultan ser agentes activos y actuantes en él¹⁰. Si estas condiciones, atravesadas por las

¹⁰ La noción de campo, sostiene Pierre Bourdieu, “es la estenografía conceptual de un modo de construcción del objeto que habrá de girar – u orientar- todas las decisiones prácticas de la investigación.

reglas y las regularidades constitutivas de ese campo específico¹¹, definen la relación de estos con el ejercicio de sus derechos, necesariamente el tiempo será el indicador más relevante para analizar el modo en que el trato punitivo ha generado mayores agravamientos que la mera privación temporal de libertad.

El tiempo, entonces, es el factor por el cual podemos conglobar los efectos que el trato arbitrario ha tenido durante la trayectoria temporal.

Tiempo de prisión y duración cronológica no responden a la misma medida cuantitativa, pues mientras el primero representa las condiciones de existencia de la persona en la prisión, el segundo comprende el registro temporal de esas condiciones. La diferencia, más que sustancial, es que el primero conlleva una comprensión relacional de las distintas variables sobre cómo han operado los métodos punitivos sobre la persona, y la duración, en cambio, se caracterizará por registrar las distorsiones que la privación de libertad ha ido sufriendo, en forma más gravosa, en el transcurso de la coerción.

El tiempo que define las condiciones de existencia de la persona en una prisión es el tiempo de esas prácticas que lo constituyen, es temporalidad, y en esa temporalidad se definen las regularidades y homologías de los métodos punitivos que condicionan el ejercicio de los derechos de las personas. También los esfuerzos de las personas por sortear estas dificultadas, las acciones o las luchas que debieron emprenderse, las expectativas truncadas que el campo le ha generado o las demandas que determinan según su posición en él, hacen a ese tiempo.

Pretendo aportar algunas herramientas teóricas que permitan comprender aquellas características objetivas que el tiempo de prisión adquiere en las trayectorias temporales de cada persona, para abordar el tiempo de prisión no en forma lineal, sino cualitativa, diferenciada de la duración cronológica que

Funciona como un recordatorio: debo verificar que el objeto que me propongo estudiar no esté atrapado en una red de relaciones a las cuales deba la esencia de sus propiedades. A través de la noción de campo se tiene en cuenta el primer precepto del método, que exige combatir por todos los medios la inclinación inicial a concebir el mundo social de modo realista o, como diría Cassirer, de manera sustancialista". (Bourdieu, P., y Wacquant, L., 1995: 170).

¹¹ El campo de prisión funciona según reglas propias, lo que Bourdieu llama *nomos*, que es su *ley ínsita*, es decir, en el sentido de generar unas condiciones objetivas específicas que definen disposiciones en los sujetos (de acción y percepción), y también una tendencia inmanente de aprehender sus reglas (*habitus*), cuyo apego determina el significado de una economía donde aquello que el derecho significa como mera prestación – la carga de obligaciones y responsabilidades que el Estado debe asumir- y garantías de no lesión (condiciones de adecuada custodia y seguridad), se convierten en posibilidades negociables y condiciones azarosas (Bourdieu, 1981)

se reduce a la privación uniforme, en todos los casos, de la libertad ambulatoria.

Se procura explicar, sin agotarlas, aquellas variables que pueden existir en ese proceso al comprender *el modo en que las distintas practicas punitivas van condicionando diferenciadamente la realización efectiva de los derechos fundamentales* de las personas y el modo en que ello define las variantes y secuencias de la temporalidad carcelaria. Trataré de hacer hincapié en esas diferencias y condicionamientos temporales, analizando su influencia sobre las distintas posiciones que se hayan tenido en el campo durante ese tiempo de coerción, la producción de demandas que el campo activa y las escasas expectativas jurídicas de solucionarlas; también su acumulación de éstas en el tiempo y los mayores condicionamientos que ello le provocará sobre el conjunto de sus derechos, inclusive hasta la sumisión objetiva de la persona en el alcance limitado de expectativas subjetivas que las mismas reglas del campo rechazan. Se explicará cómo las características de la duración cronológica de la prisión están condicionadas objetivamente por los métodos punitivos que se constituyen en el espacio de prisión, dando cuenta cómo estas condiciones determinarán las variaciones temporales de la coerción en términos opuestos a la concepción lineal y, particularmente, a la identidad con la privación temporal de la libertad.

IV. Las reglas y el posicionamiento en el campo de prisión.

Para analizar las condiciones de existencia de las personas detenidas se ha explicado, sin agotar las complejas referencias del campo, partimos respecto al modo en que estructuralmente se encuentra delimitado objetivamente el espacio del prisión. Resultó necesario tomar de Pierre Bourdieu la noción de “posiciones”, con el objeto de comprender la situación temporal de la persona no en relación con una realidad “sustancial” sino “objetiva” del campo de prisión (Bourdieu, 1981:26). Estas limitaciones fueron analizadas explicando la estructura de distribución de formas de poder específicas, que derivan de la función que objetivamente traduce los sistemas de intereses engendrados en formas de posesión o modos de acumulación mediante recursos repartidos irregularmente, como tantas divisiones y clasificaciones se activan entre las personas detenidas, distribuidos en espacios específicos y diferenciados. Hemos llamado a éste sistema de intereses, capital penitenciario.

De acuerdo a las funciones de ese capital, la prisión sigue ciertas “regularidades”, producto de aquello que otorga eficacia a un sistema de relaciones objetivas particularmente configuradas. Para ser más claro, la “bienvenida” en la cárcel que se ingresa, por ejemplo, o la “entrevista” con el jefe del penal que te recibe luego de un traslado, es una regularidad que otorga

una forma de distribuir el espacio pero también de señalar las posiciones diferenciadas en él, lo cual la ubicación como también las fuerzas en relación a los intereses y relaciones que allí se configuran, explicarán una de las principales formas de mayor o menor probabilidad objetiva de sobrevivencia. Del mismo modo podemos entender la posición de los “hermanitos” (súbditos del pastor en pabellones evangélicos) y sus limitadas formas de acción en dicho espacio, a diferencia del “limpieza” (jefe de pabellón de población) al activar y gestionar las propias relaciones de reciprocidad que más le pueden interesar al gobierno penitenciario, dadas y condicionadas a la lógica de sus formas específicas de poder, de su capital específico (Bourdieu, 2000:131)¹².

Tales posiciones en el campo, fluctuantes y susceptible de permanente variaciones, genera necesidades específicas de manera diferenciada en las personas detenidas, según las demandas que se producen de acuerdo a sus posibilidad de acciones y disposiciones, lo cual exige de un conocimiento localizado (tópos)¹³ a la hora de abordar casos individuales. Tanto las “posiciones” como las “regularidades” que se dan en una prisión a diferencia de otra, explican que el castigo no pondera relaciones de igualdad y condiciones equiparables, sino luchas, competencias y modos de subordinación en permanente cambio. Aquella persona que consigue un carnet de trabajador logrará “hacer pie” en el penal, a diferencia de aquel que por “cachivache”, lo tienen engomado en el pabellón, aunque ninguna de las dos posiciones van a implicar una estabilidad en la acción, tanto aquel que trabaja deberá “luchar” por conservar su carnet o aquel que viven “engomado” deberá emplear las estrategias para cambiar esa condición en el campo.

Explicaba Nicolás, preso que hacía poco había ingresado al penal de Olmos, luego de ser trasladado por varias unidades en el transcurso de quince días, que a él “no le pasaban cabida”... *“Me robaron toda mi ropa, lo única que tengo puesto es esto. No tengo ropa, nada. Tengo que remarla de vuelta”* (Nicolás,

¹² El capital (“esa energía de la física social”) constituye aquellas formas de poder específicos que permite definir el sentido de un espacio social en relación con la producción de los intereses que allí están en juego. Pierre Bourdieu toma del léxico de la economía (capital, inversión, interés) para develar el sentido por el cual las prácticas siguen una razón inmanente (menos relacionado la intención conciente de maximizar las propias utilidades, y más ajustado a una forma de trabajo acumulado, in-corporado), cuya referencia conlleva a un amplio espectro de funciones y finalidades.

¹³ Esta noción es aplicada de un modo concientemente en oposición a la forma en que el derecho ignora la existencia del sujeto y la suele reemplazar por sus prescripciones que han de transformarse en descripciones en relación a un ser que no existe en su temporalidad. Para evitar que la comprensión del espacio de prisión no quede únicamente sujeta al modo en que las normas jurídicas regulan las directivas de trato que deben caber en sus relaciones, por el contrario, a lo largo de ésta obra se determinan las nociones de un sistema que interroga el tiempo que transcurre la persona detenida en posiciones diferenciadas dentro de la prisión, con variaciones en la forma de alcanzar o satisfacer sus derechos. Tópos, no sólo es el lugar físico, sino la indagación de los derechos respecto de las determinaciones que impone la prisión como espacio social específico (Bourdieu, 1992).

Unidad 1 de Olmos, 18/8/2010), de modo tal que aquí su realidad temporal se explica en sus escasas posibilidades, no sólo presentes sino eventuales, por todo aquel tiempo que deberá invertir para modificar su posición en el campo. Al igual que Marcelo, quién refería “Por más que quieras hacer las cosas bien no te dejan en un pabellón unos meses o un año ¿Sabes cuánto hace que no puede estar unos meses en un pabellón? Hoy por hoy el detenido con tal que le den un par de churrascos le dice todo al jefe del penal” (Marcelo, Unidad 5 de Mercedes, 18/4/2011).

Aquel detenido que, por ejemplo, se encuentra sujeto a la “rotativa”, como se le dice a los múltiples traslados constantes, o que indeterminadamente fue alojado en “depósito”, a la espera de “subir” a los pabellones, no sólo representan condiciones espaciales determinadas, sino posiciones que obedecen a realidades temporales más condicionadas con respecto a aquellos que, por ejemplo, han logrado una posición duradera en el pabellón que habitan. Estas características temporales no son las mismas que adquiere la posición del limpio, cuando las posibilidades de conservar su lugar es más previsible que el anterior.

En la entrevista realizada a Ariel, éste explicaba que *“el limpio es limpio porque dentro de todo se siente seguro. Yo si de repente hago un quilombo en Mercedes y no me sacan porque me apadrina el jefe del penal, y... le saco las cosas a los pibes, hago quilombo, lastimo pibes. Y que pasa... de repente cuando viene un enemigo mio, voy al jefe del penal y le digo “no me lo subas a los pisos, y no lo suben...”* (Ariel, Unidad 23 de Florencio Varela, 13/11/2010). La estructura del campo define unas relaciones específicas en donde pueden resultar más previsibles ciertas acciones, aunque no menos condicionadas por las luchas que el campo habilita para alcanzar su posición, situación que le requerirá una situación de permanente expectativa y tensión; como lo explicaba Edgardo: *“Si soy limpio y me quieren sacar, me lo tengo que ganar peleando (...) Si hay un par de problemas no pueden venir la gente del servicio a gritar un par de pavadas a cualquier pibe, tiene que pedirme permiso”* (Edgardo, Unidad 1, 18/3/2011).

Cada posición define ciertas secuencias temporales que están sujetas al modo en que se responde a las reglas implícitas del campo. Así, la experiencia del tiempo de prisión está dada por una pre-ocupación dentro de dicho espacio, donde cada persona tiene una anticipación práctica inscripta en sus posibilidades. El tiempo no es “libre” como se cree en el pleno status de los derechos otorgados¹⁴, sino que es a través de cada posición que se van

¹⁴ En este sentido basta ver el análisis temporal que el Reglamento de Modalidades Básicas (dec. 396/99) hace al regular la progresividad de la pena, basándose en un tiempo objetivo que, a medida que avanza en los distintos regímenes, le permite la posibilidad que las condiciones de encierro y, en general, las

redefiniendo temporalmente las posibilidades en relación con los derechos en juego. Aquel que es trasladado, por ejemplo, no sólo dejará de ver a su familia, sino que estará “suspendido” en el tiempo hasta conseguir una posición que permita estabilizar sus posibilidades en el nuevo penal.

De este modo, la crítica que permite perfilarse en relación a esta explicación tiene por objeto poner reparos a una relación jurídica con el tiempo de prisión *que se opone al de las prácticas*, desplazando toda significación sobre aquellas condiciones que objetivamente hacen al tiempo. La prisión no implica una relación de exterioridad con el tiempo, sino que se definen en relación a tantas posiciones posibles dentro del campo, lo que explica que el tiempo se “hace” en esas prácticas, lo que tiene menos que ver con un “proyecto” que con una relación con lo “presente”, lo “urgente” o lo “inmediato” en aquellos que la habitan.

El tiempo actúa en una relación con lo que se espera de ese funcionamiento del campo de prisión, ya sea por tener mayores o menores posibilidades o por no tenerlas, siempre en relación a ciertas probabilidades objetivas, es decir, a las condiciones de acceso y posesión de la distribución de recursos y los bienes materiales para satisfacer demandas que pueden resultar aquellas más cotidianas (como conseguir un geniol, hablar por teléfono) o más complejas (ser intervenido quirúrgicamente, ser llamado a audiencia, salir de buzones, lograr llegar a un penal cercano a su domicilio). Esto permite sugerir que la persona detenida ingresa a esa estructura temporal específica caracterizada por la presencia anticipada a lo pretendido, objetivamente condicionada por sus regularidades.

Estas probabilidades objetivas permiten explicar el modo en que la experiencia temporal pasa a estar sujeta al poder específico de su propia economía. Esto resulta traducible no sólo en actos de violencia física sino en acciones de dominación simbólica, es decir, la incorporación a ese sistema que activa la creencia colectiva de que por allí -únicamente- es posible obtener ciertos privilegios, como posibilidades objetivas de cambio.

De este modo, el tiempo se involucra con este sistema de prácticas¹⁵, existiendo un reajuste constante entre aquellas demandas generadas y las

privaciones y restricciones de derechos se atenúen progresivamente durante el tiempo de cumplimiento de la prisión. Así el sistema progresivo define el tiempo de prisión, caracterizado en la división del tiempo de duración de la pena en fases o grados, como modalidades de ejecución diferentes.

¹⁵ El trabajo de Pierre Bourdieu en *Meditaciones pascalianas* es una referencia teórica ineludible por el modo en que comprende la práctica como “temporalización” contrario a la visión idealista del tiempo-cosa o el tiempo de los relojes. Bourdieu, de la mano de Merleau Ponty, permite explicar el modo en que la experiencia del tiempo se engendra en la relación de unas disposiciones a ser y hacer y las

acumuladas, sumado a las expectativas que se corresponden para solucionar ciertos problemas. Así *“para alcanzar ciertas cosas”,* como me refería Antonio, *“tenes que lograr ser “un pibe bueno”: así como te tiene que respetar la población, te tiene que respetar el servicio. Que te reconocen, que te tienen respeto. Uno tiene que saber cuáles son las reglas de juego”* (Antonio, Unidad 30 de Gral. Alvear. 12/09/2009).

Es posible explicar una relación entre las condiciones objetivas que determinan el sentido de las privaciones de la prisión, y el modo en que ello influye en las tomas de posición de las personas, la necesidad de actuar frente a esa constitución arbitraria del campo. Esta práctica del tiempo caracterizada por la pérdida de todo tipo de seguridad¹⁶, resulta opuesto a reconocer una relación con el tiempo respecto a un proyecto consciente, finalista. Si la configuración del campo de prisión implica la producción de condiciones no favorables para la realización de derechos, el porvenir es algo que está ya instituido, *un presente permanente* que se ubica o trata de hacerlo de la mejor manera respecto de las acciones de fuerza que allí se activan.

En razón de ésta condición temporal, la significación y dirección de las condiciones de existencia que *hace el tiempo*, pueden explicarse sobre las expectativas subjetivas (aquello que el preso/a cree que debe alcanzar respecto de sus necesidades) y objetivas (aquello que su posición le permite acceder a las condiciones para alcanzarlo, en tanto realice o no las acciones inscriptas a esas posibilidades¹⁷) del campo. El tiempo es, de este modo, una forma de control a la insubordinación regida por reglas específicas, aquellas que en base a ciertas regularidades, según la posición que se ocupe en el campo, determinará las probables condiciones de adquisición de aquellos recursos necesarios para sobrevivir.

Por ello, al momento de comprender la fuerza punitiva en el tiempo, debe pensarse a ésta como una compleja vivencia, es decir, una densidad temporal que está constituida por aquellas coacciones estructurales que determinan bajo qué condiciones es posible realizar aquellos derechos tutelados por la

regularidades de un cosmos natural o social (o de un campo), relación que particularmente se ha caracterizado en las entrevistas realizadas (Bourdieu, P. 1999:276).

¹⁶ La seguridad es una noción que ha estado más ligada a la relación con el espacio público. La despreocupación de esa noción por el espacio intramuro fue una de las batallas ganadas por el discurso penitenciario. Sin embargo, en uno y otro ámbito, existe una directa relación que tiene que ver con el abandono de una concepción de seguridad que tenga en cuenta la provisión de garantías de derechos y de reaseguros sociales en la población, cualquiera que sea, y de la posibilidad de transitar sin riesgos de ser víctimas de diferentes expresiones de violencia. (Daroqui, A., 2003; Castel, 2004).

¹⁷ Por ejemplo, estar en un pabellón de tránsito o de población común implicará menores expectativas para aquel que se encuentra en un pabellón de autogestión, lo cual también incide de qué modo sus acciones pasadas han de ser valoradas o no en su favor (las denuncias o habeas corpus realizadas son vistas como descritos).

norma o mediante qué estrategias se puede conservar lo alcanzado o de qué manera es posible sustituir la imposibilidad de su ejercicio. Para comprender este proceso, que es alternativo, dinámico e inestable, no se debe omitir el contenido histórico de las posiciones que la persona ha ido ocupando en el campo, su relación de proximidad o de orden respecto de otros, y la incidencia en que han operado ciertos métodos punitivos, implicando ciertas condiciones restrictivas que, necesariamente, debió o debe superar, en un presente puntual, urgente.

De este modo, la experiencia temporal actúa sobre el efecto corriente de la *preocupación*, aquello que exige *invertir* en la propia economía del campo (pelear, por ejemplo en el caso de quién se encuentra alojado en un pabellón “cachivache”), como condición generada por los mismos intereses que hacen a su estructura específica. Esto traduce que la realización de derechos estará condicionada al resultado de ciertas acciones aceptadas respecto de quienes tienen una relación de mando, de distribución de bienes y recursos simbólicos en ese sistema, convirtiendo al tiempo en producto de un *presente perpetuo*, aquello que anuda la posición de éste a las regularidades del campo, a esa economía como modalidades múltiples de coerción¹⁸.

La experiencia temporal comprende cualidades en tanto la posición en el tiempo define las mayores o menores posibilidades de realizar ciertos ejercicios de derechos. Por ello es posible comprender que el tiempo de prisión se encuentra preestablecido a las condiciones de ocupación en el campo; el modo en que se está inserto en sus *regularidades define tiempos intensamente diferentes como posiciones existentes*. La conservación de la posición dentro del campo, ya sea la pertenencia en un penal donde se tiene acceso al vínculo familiar, lograr ranchar con aquel que le consigue cosas que no le traen, haber obtenido el carnet de trabajador, permite explicar que *el tiempo se constituye en esas probabilidades objetivas siempre susceptible de alteración*. Como lo decía Antonio “*uno tiene que saber las reglas de juego*”, conocimiento que es producto de esa *protensión*, según Husserl, es decir, lo opuesto a un futuro consciente, aquello cuasipresente dentro de lo visible, un porvenir sujeto a la creencia del sistema de reglas¹⁹.

¹⁸ La economía del campo genera en las personas detenidas una propensión a actuar de modo no liberado a ese sistema de intereses que se distribuyen “desde” y “hacia” espacio intramuros, de manera productiva y diferenciada según los espacios y las posiciones, lo que hace generar un sistema de disposiciones ajustado a ese sistema, al sentido de aquellas reglas impuestas.

¹⁹ La protensión es para Husserl la espera inmediata de lo que está por venir, diferencia central con Heidegger, quien coloca una mayor importancia al futuro, al concebir al ser ahí como proyecto, aunque objetivamente, coinciden respecto de la conciencia presente del tiempo (Held, K., 2009:10).

V. La regulación del espacio en prisión. El disciplinamiento temporal.

Hemos señalado cómo la prisión comprende una regulación específica de espacios diferenciados, por sus condiciones materiales como por las posibilidades de acceso, permanencia y egreso, de tal forma que las personas detenidas se distribuyen en él en función del apego que su posición tiene con los recursos legítimos que allí se otorgan. El espacio define la regulación de prácticas diferenciadas, según la distribución desigual de ciertos capitales específicos en juego como las posiciones ocupadas en él. El pabellón de “trabajadores” no es un pabellón a “puro ritmo”, como se le dice a aquellos pabellones que “se vive a las puñaladas”. Este pabellón tiene una característica más inestable que el primero para aquella persona que ingresa, pero también para los limpieza, porque así lo define su economía. *“Si yo mando en el pabellón al toque te comunicas con el jefe del penal. Si quiero puedo ser un gorra bárbaro y soplarle la bolsa (ser buchón). Mandás en cana a fulano y listo. ¿Qué pasa? Vos quedás, las personas que vos mandaste en cana sale y la policía te usa, la misma policía te va a tirar a la cancha”* (Raúl, Unidad 35, 16/10/2011). En el pabellón de trabajadores no necesariamente se va a apuntar al que ingresa, me decía Ezequiel, *“porque no hay tantos berretines, pero no cualquiera llega. En los otros, te hablo más de un régimen cerrado o incluso de mediana, va a depender la política del limpieza. Sino te conoce nadie estás listos, van a querer tus cosas para cambiarla por algo que ofrezca el servicio”* (Ezequiel, Unidad 13, 8/5/2011).

La situación en un pabellón de población común con respecto a otros de autogestión (particularmente aquellos de modalidad amplia)²⁰, puede cambiar sustancialmente respecto de las mayores o menores posibilidades inscriptas por las reglas del campo; con respecto al primero, Marcelo relataba *“Cuando te atrapó la vida acá adentro es tirar puñaladas, cada uno tiene que buscar su comodidad”* (Marcelo, Unidad 21 de Campana, 12/2/2010). Tanto para él como para aquellos compañeros que habitan este tipo de pabellón, aumentar y lograr una estabilidad en su conducta (la cual servirá como herramienta de negociación) es algo no sólo difícil sino duradero de lograr, a diferencia de las mayores expectativas que definen las posibilidades en el segundo espacio. Lo explicaba el jefe del penal de la U°13 de Junín *“Sí, de la celda van al patio, al deporte y nada más, o trabajan ahí en el pabellón. Después tengo otro sector que es el B, que tengo todos trabajadores. El B y el C, que son los módulos, son*

²⁰ Un estudio interesante sería relevar cómo estas diferencias en los espacios son tan verdaderas como los nombres lo indican. Muchas veces, el cambio es una necesidad de la persona detenida al punto de considerarlo un logro, pero las condiciones materiales en regímenes que dicen ser más atenuados no cambian, ni tampoco las horas de encierro. Al momento de realizar entrevistas en la Unidad 13 de Junín, los detenidos manifestaban esa equivalencia con el régimen de la Unidad 16 o 49, al igual que en los penales de Florencio Varela, a excepción de la Unidad 42, de ese complejo.

todos trabajadores, o sea en esos pabellones no es que sea más fácil, pero como son todos trabajadores, la convivencia es más..." (Fabián, Jefe de Penal, Unidad 13 de Junín, 13/12/2009). Si bien en el pabellón de población habrá más limitaciones respecto a las demandas producidas (estar cerca de la familia, obtener conducta) y menores serán las probabilidades de obtener los "beneficios" esperados (desde una transitorias hasta una visita de encuentro), por el contrario, en el de trabajadores (identificado como de "autogestión"), la probabilidad de mayores posibilidades hará de éstos una propensión a invertir, aunque, tanto en uno como en otro caso, siempre se debe actuar ajustado a la economía del campo.

No existe un tiempo libre en prisión, sino un *tiempo costoso*, de inversión, de naturaleza arbitraria, limitado a las probabilidades que determina su economía, tanto por las relaciones que la persona debe tener con las autoridades, como por las probabilidades de éxito respecto de la posición que ocupa en el campo. "*Uno con el tiempo en la cárcel va aprendiendo de todo un poco...porque uno tiene que sobrevivir*", me decía Raúl (Raúl, Unidad 23 de Florencio Varela, 15/4/2010). Sobrevivir es lograr anticiparse a ese sentido práctico, que a la vez es anticiparse a lo pretendido, considerando que el acceso a ciertos "beneficios", estarán condicionados al apego de la economía del espacio.

Las mayores o menores expectativas siempre serán reconducidas por la autoridad como formas de gestionar los intereses que involucra a sus poderes específicos, lo que determinará las condiciones sobre las cuales se deberá competir, arriesgar y accionar del modo esperable. "*Me subieron a un pabellón de gente que anda dando vuelta y sin conducta*", me refiere Jorge. "*Estuve en ese pabellón tres meses, ahí me apuñalaron (...) Voy a una audiencia y le pido que me hagan una junta para presentar un cambio de régimen, así podía salir de ahí. Me atiende uno de anteojitos, no me acuerdo el nombre y me dice "No negro, vos sabes cómo es acá... tenes que hacerte cagar a tiros para que te saquemos"*. (Jorge, Unidad 2 de Sierra Chica 16/09/2010) o como en el caso de Edgardo, quién me refería "*te invitan a pelear y no peleastes, quebrastes*" (Edgardo, Unidad 1 de Olmos, 18/3/2011).

Si la experiencia temporal se traduce en esta anticipación práctica de un *por venir* inscripto en el presente inmediato y un futuro probable, ello exige reconocer un desfase entre aquellas expectativas por alcanzar (salir de traslado, estar cerca de la familia, lograr cupo en la escuela, conseguir los medicamentos) y la tendencia objetiva del campo que determina la probabilidad de obtenerlo. Este quiebre, que permite definir un proceso temporal específico, resulta característico de un trato que puede devenir

arbitrario, de acuerdo a las condiciones “insatisfacción” y “suspensión” de derechos en el tiempo.

Esas circunstancias pueden darse en las relaciones de proximidad o diferenciación con otros detenidos –de acuerdo a las luchas dentro del pabellón o en el espacio que se dispute–, por el modo que las acciones en el campo han repercutido en la relación con agentes penitenciarios o en la acción de ciertos métodos punitivos en su historia, por ejemplo, reiterados traslados o constantes aplicación de sanciones. Por ello, es en función a estas reglas que el tiempo implica, necesariamente, un proceso de inversión, inscriptas a las reglas arbitrarias del campo (no escritas, ni previsibles) para alcanzar la satisfacción de las demandas que su proceso cronológico en prisión va acumulando. Este tiempo, conlleva a limitar progresivamente las pretensiones a medida que se va asimilando cada vez más las posibilidades que se tienen; el tiempo también implica un proceso donde la persona presa incorpora qué pretensiones son ilegítimas respecto de la posición ocupada y qué otras son factibles de alcanzar. De este modo, es posible comprender que existe una disciplina temporal que consiste en incorporar como objetivos realistas aquellos inherentes a su posición actual ajustados a las reglas del campo.

Ese tiempo anticipado a lo que se pretende y no llega, a las condiciones que debe sortear para desenvolverse y no formular demandas que no estén adecuadas a las reglas inscriptas, explica las particularidades de *un tiempo que se desenvuelve entre esas expectativas truncadas y las acciones necesarias para sustituirlas*. Es el quiebre entre las esperanzas y las posibilidades lo que determina ese presente perpetuo, el sentido de la existencia como tiempo.

En esta condición de la experiencia se define objetivamente esa *pre-ocupación*, donde el enfoque que se anticipa está direccionado a la inculcación de aquello que puede alcanzar según su posición²¹, no perder lo que le queda o conservar los “beneficios” que se han alcanzado, una anticipación práctica que reconoce que hay demandas no susceptibles de alcanzar de acuerdo a la posición que se ocupa. Lo interesante de este proceso son las *privaciones que la persona va incorporando* y el modo en que la lógica de esas prácticas va progresivamente limitando su accionar, propio de un “continuo presente”²².

²¹ La ambición efectiva de dominar prácticamente el porvenir (y, a fortiori, el proyecto de pensar y perseguir racionalmente lo que la teoría de las anticipaciones racionales llama “subjective expected utility”) se ajusta, de hecho, de manera proporcional al poder efectivo de dominar ese porvenir, es decir, en primer lugar, el presente (Bourdieu, P.1999: 236).

²² En el caso de prisioneros de largas condenas, Cohen y Taylor, señalaban que estos prisioneros se encuentran en peligro de perder el sentido del desarrollo personal y de un propósito, considerando que en ellos el tiempo se reducía a un continuo presente, careciendo de cualquier cronología adecuada. (Cohen, S. y Taylor, L., 1972:214).

Particularmente, la ubicación que se le asigna al detenido en el espacio²³, hace de la sucesión del tiempo un valor primordial que procura una seguridad siempre inestable. Me decía Pablo, *“cuando llego a la U17 le pregunté cual era el motivo y no me dijeron nada. Me dijo “ya estás acá, ahora te vamos a destinar piso, le respondí que tengo conducta, que quiero volver a trabajar. Bueno me dice “Ahora te voy a dar un pabellón de conducta”. Un tal D. me atendió. Me dijo que en la semana me llamaba. Para que...me mandó al pabellón 4 de tránsito, población sin conducta. Ahí entraban con las escopetas cada diez minutos”* (Pablo, Unidad 35 Magdalena 12/06/2010)

El tiempo de prisión se manifiesta en función a estos principios de la práctica, lo que imposibilita actuar de modo racional o juicioso, creyendo que guiados por ciertas acciones puedan lograr el objetivo propuesto, tal como lo representa la ley. Por el contrario, el tiempo de prisión se define en la incerteza, en la probabilidad de alcanzar la respuesta a ciertas demandas, siempre y cuando sus acciones no impliquen un desajuste a la economía del campo, pues sólo en relación a éstas reglas será posible encarrilar sus expectativas subjetivas.

VI. Sistema de restricciones. Sujeciones y disposiciones a las reglas del campo de prisión.

Si el tiempo de prisión está sujeto al modo en que las expectativas subjetivas y las posibilidades objetivas están desigualmente repartidas, esta distorsión, opuesta al tiempo lineal, se caracteriza por un proceso temporal de *discontinuidad*²⁴. Cuando a demandas no respondidas en el tiempo se le van sumando otras, lo que exige activar determinadas acciones, que a la vez terminarán siendo opuestas por otras (por ejemplo que pida el traslado y lo lleven a un penal más lejano a su vínculo familiar y sea alojado en otro pabellón de población con mayores conflictos), explican que en esas discontinuidades van habitándose diversos condicionamientos temporales.

²³ La característica estructural que constituye al régimen de movimientos de detenidos es provocar menores condiciones de elegibilidad con respecto a aquellas posiciones ya establecidas dentro de la prisión de destino. El espacio se constituye sobre condiciones menos favorecidas para uno y más privilegiadas para otros, una ingeniería espacial atribuida a la economía de las prácticas que está determinada por la diferenciación de las posiciones, y ello particularmente, está definido por el traslado. Podemos dar cuenta, al menos de dos supuestos: de aquel detenido que busca ser trasladado para alcanzar mejores posibilidades en el campo (activa unas esperanzas subjetivas) como aquel pasible de traslado cuya situación le genera mayores restricción respecto de la posición que tenía antes (afecta unas expectativas objetivas).

²⁴ Esta noción de discontinuidad es tomada por Bachelard al centrarse en las ideas metafísicas de Rounnel, para defender la idea de que la única realidad del tiempo es la del instante, que no es otra que la realidad del presente y de lo real. Según Bachelard, El carácter dramático del instante ilustra la discontinuidad esencial del tiempo (Bachelard, G., 1980:15).

Muchas veces esta discontinuidad no sólo es producto de la acumulación de demandas insatisfechas sino, más bien, de la permanencia o perduración de una posición con escasas posibilidades dentro del sistema de reparto, o limitaciones para “competir” en aquellas ventajas que se ponen en juego. En estos casos, la disciplina temporal va a incidir concretamente en aquellos casos donde la persona detenida, debido a la pérdida acumulativa de expectativas, no tendrá referencias prácticas ligadas a un porvenir.

Estos casos se caracterizan por una ausencia de creencia en las relaciones de inversión, esos modos de hacer y ser, ligada a la economía de las prácticas, a las regularidades. Como me lo explicaba Héctor *“La cárcel cada vez implica más odio porque vas perdiendo todo. Una vez la puedes soportar pero la segunda no. Hay pibes, así como estoy viendo ahora, que ni siquiera tienen para llamar por teléfono. Están solos ahí adentro, porque ahí no hay amigos, se dan vuelta por un par de zapatillas. Habiendo hambre, tenes que hacer cualquier cosa”* (Héctor, 43 años, Unidad 46 de San Martín, 15/10/2010)

Por lo general, a estos detenidos se les comienza a ofrecer actividades más arriesgadas que a otros, como una invitación tentadora de salir del tiempo anulado y de alcanzar algunas expectativas truncada, omitiendo el tiempo de inversión, ese tiempo costoso. Comienza a incorporarse en ellos un tiempo finalizado, un proceso temporal más intenso, susceptible de experiencias con aproximaciones más frecuentes a perder la vida, ya sea por las acciones que debe realizar o ante la posibilidad de ser ajusticiado por otros (el caso puntual es “el coche-bomba”).

Este tiempo de neutralización en el campo, que conlleva *un proceso acumulado de desposesión*, es decir, de poder manejarse en las regularidades económicas del campo mediante una posición de reconocimiento, con mayores posibilidades de negociar los beneficios, se caracteriza entonces por hacer aflorar una relación práctica con mayores riesgos. Aquí la experiencia del tiempo pasa a estar sujeta a las decisiones de otros, en todas sus dimensiones. El tiempo actúa en un modo de neutralizar toda dominación sobre el porvenir, con particular característica si las acciones resultan opuestas a las reglas del campo, ya sea el rechazo de una oferta o la realización de una denuncia a un jefe penitenciario.

Matías me refería *“vos puedes decidir no trabajar más para el servicio, pero si denuncias vos saber que no te pones en contra de una sola persona sino de un montón de gente que tenés arriba tuyo, y después tenés a los pibes que te van a lastimar por una caja de pastillas, otros lo hacen por un televisor o por una tarjeta de teléfono”* (Matías, Unidad 29 Melchor Romero, 16/6/2011). Esto permite poner en claro que, a diferencia del tiempo lineal, el tiempo de prisión

neutraliza todo cálculo racional de las posibilidades, en tanto que las expectativas están insertas en un sentido práctico invariante, pero que a la vez resulta inestable, imprevisible, sujeta a la característica, en muchos casos, de un tiempo circular, es decir, la reiteración de experiencias pasadas que se convierte en un presente perpetuo (eterno retorno)²⁵.

En esas discontinuidades, la prisión tiene una dimensión temporal específica, traducible en lo contingente, lo variable, que permite marcar una relación determinada con la estabilidad que supone el acceso a condiciones que posibiliten la realización de derechos. El tiempo es la expresión de cómo operan las regularidades del campo (sea por el modo en cómo funcionan los métodos punitivos, a quienes victimizan, cómo se organiza el espacio, de qué manera se determina las diferentes posiciones entre detenidos, cómo se activa ese status y de qué modo incide en los intereses que el capital penitenciario distribuye y acumula), de modo tal que las prácticas están ligadas a ese tiempo; las reglas y regularidades que hacen a la prisión, también hacen a las realidad temporal de sus prácticas.

Por lo tanto, el tiempo es la expresión del conjunto heterogéneo de las condiciones/restricciones que se incluye en las estrategias del poder penitenciario asimiladas en una red o configuración del sistema de reglas y regularidades del campo, lo cual no deja de ser un dispositivo central de poder²⁶. La sujeción de la experiencia temporal a este poder hace que la persona encarcelada deba incorporar aquellas acciones adecuadas, pues debe responder a esas reglas, y no las jurídicas, para alcanzar el ejercicio básico de ciertos derechos.

El tiempo entonces hace a aquel sistema de restricciones que se traduce en la sujeción a las reglas del campo. Esta sujeción al sistema de reciprocidades que determina el funcionamiento de los poderes y los privilegios, se traduce en la

²⁵ La noción de tiempo circular aparece repetidamente en la obra de Jorge Luis Borges. Uno de los primeros ensayos en que Borges habla del tiempo circular es *La doctrina de los ciclos* que se incluye en *Historia de la Eternidad*. Dice Borges, “el número de todos los átomos es, aunque desmesurado, finito, y sólo capaz de un número finito de permutaciones. En un tiempo infinito, el número de permutaciones posibles debe ser alcanzado, y el universo tiene que repetirse”. Así tenemos una primera noción de tiempo circular, que se basa en la repetición cíclica infinita, asociado a la imagen del eterno retorno, sin tomar esta imagen como retroceso sino como avance infinito hacia el punto de partida, recorriendo la circunferencia finita para volver al mismo punto (Borges, J.L., 1954:132).

²⁶ Lo interesante de utilizar la noción de dispositivo, particularmente usada por Foucault sobre todo a partir de los años setenta, cuando comienza a abordar la noción de gobernabilidad (luego retomada por Deleuze en *Michael Foucault, filósofo*, y por Agamben, en su conferencia *¿Qué es un dispositivo?*) consiste en expresar la experiencia temporal en relación a un conjunto decididamente heterogéneo, es decir, conforme a ese sistema de regularidades que comprende prácticas, reglas, discursos, oposiciones, lo que permite expresarse como la red que puede establecer la coherencia entre estas condiciones. Teniendo en cuenta que lo que interesa a la noción es la naturaleza del vínculo que puede existir entre éstos elementos heterogéneos, vale la pena comprender el tiempo como un dispositivo de poder del campo.

prolongación de expectativa y acumulación de demandas, caracterizado por la discontinuidad, el sentido de inestabilidad que supone el resultado de las estrategias que se deben activar e implementar en todo momento. No sólo se trata únicamente de la experiencia temporal de aquel o aquella que estuvo alejado/a de su vínculo familiar por trece meses sino de las condiciones que debió sortear para lograr alcanzar la satisfacción de ese derecho.

El tiempo de prisión es también la expresión de esa anticipación, tendiente a implementar estrategias que permitan lograr lo que se demanda o no perder lo conseguido siempre sujeto a las probabilidades que las regularidades del campo permitan en relación con las posiciones en él. Por ejemplo, aquel detenido que no tiene un puntaje necesario de conducta y está alojado en un pabellón de tránsito tendrá mayores restricciones para colmar su expectativa de llegar un penal cerca de su familia, que aquel otro que tiene conducta ejemplar y está alojado en un pabellón de mediana seguridad (aunque siempre dependerá el apego de ésta a las reglas, a la economía del campo).

Esto explica el modo en que tales condiciones objetivas, siempre susceptible de renovación (según los reajustes que haya en la distribución del capital penitenciario), generan determinados efectos temporales que resultan diferenciados de acuerdo a las posibilidades objetivas de cada caso, es decir, de acuerdo a las posiciones que se ocupen y al espacio en que sus acciones se limiten. Es este tiempo, que se impone al tiempo cronológico, y que resulta habitado en distintas sucesiones temporales, pueden existir tantas vivencias atribuibles a un único acto por su *intensidad* (ser lesionado y trasladado a otro penal) como otras susceptible de alcanzar según *posiciones esperables* (ocupar ese espacio como limpieza y activar las nuevas relaciones en su interior, para lo cual dependerá el resultado de sus estrategias anteriores) o en *esperanzas truncadas* (pedir traslado por acercamiento familiar, y ser trasladado a otro penal más lejano).

Entonces, el tiempo no necesariamente hace a unos acontecimientos determinados como tratos arbitrarios (por ejemplo, la experiencia temporal de aquel detenido que fue trasladado quince veces en dos meses), *sino particularmente a las exigencias que se incorporan respecto de las estrategias que deben implementar para alcanzar ciertos derecho básicos* (ver a la familia, alimentarse bien, conseguir un pabellón para resguardar su integridad, por ejemplo). Este modo de comprender el trato arbitrario, menos como hechos aislados y pertenecientes a circunstancias individuales, que constitutivos de la estructura objetiva de las relaciones configuradas en el campo, hace necesario indagar la relación subjetiva del tiempo con ese tiempo de las prácticas.

VII. Conclusión

Se trata de incorporar a nuestro conocimiento las variantes posiciones que cada detenido/a va teniendo durante el período cronológico, pudiendo explicar no sólo las distorsiones con la mera privación de libertad, sino el proceso que a esos suplementos punitivos le siguen. Este registro debe ser usado en el mismo procedimiento en que se definirá la cantidad de castigo a imponer a la persona o, en caso de la ejecución de la pena, en cualquier momento, pues lo que se planteará es la distorsión de aquella cantidad de castigo fijada en la sentencia con la cumplida, lo cual, al existir penas ilícitas, el tiempo lineal de valoración necesariamente se acorta, producto del mayor valor que debe dársele a los castigos arbitrarios.

Se explicó que el tiempo de prisión está constituido, entonces, en la ruptura de expectativas que viene incorporada por la percepción de aquello que está en condiciones o no de alcanzarse en el campo. Lo probable, pero también lo discontinuo, caracterizan ese rasgo. En esa probabilidad se encuentran las regularidades de las prácticas, para lo cual se debe apostar, poner el cuerpo, arriesgarse a perder aquello que se tiene y saber, conocer ese sistema de relaciones por medio de “anticipaciones razonables”, ajustadas a las posibilidad objetivas que su posición le permite alcanzar y esas posiciones pueden ser variantes en el tiempo cronológico.

La persona detenida no es un sujeto libre en el tiempo. Por contrario de estar ubicado en una línea de seguridad y progreso que supone la misma ley (el pasaje por las etapas del régimen de acuerdo a un tratamiento que se va consolidando con el tiempo), existe una sujeción temporal al sentido práctico de la prisión, a sus reglas específicas (condición estructurante de un obrar sistematizado), que hacen de la costosa fricción de lo cotidiano un presente anticipado, como también, un por venir probable²⁷. Este proceso puede ser *prolongado*, producto de unas demandas que se extiende en el tiempo (ya sea debido a que las estrategias implementadas no han sido las adecuadas o se han generado otras condiciones más desfavorables), o *puntual*, es decir, una situación crítica que debe resolverse en un plazo breve (el ingreso y permanencia en un pabellón, por ejemplo).

El trato arbitrario también se instituye en la forma en que las personas detenidas necesitan temporalizarse con la práctica, un tiempo que se define en la anticipación práctica respecto de aquello que las reglas del campo

²⁷ Lo que pretende la pre-ocupación del sentido práctico, presencia anticipada a lo pretendido, es un provenir ya presente en el presente inmediato y no constituido como futuro. El proyecto, por el contrario, la premeditación, plantea el fin como tal, es decir, como un fin escogido entre todos los demás y tributario de la misma modalidad, la del futuro contingente, que puede o no ocurrir (Bourdieu, P., 1999: 279).

objetivamente imponen, siendo ésta una ley arbitraria, de regulación escasa de bienes y producción de condiciones, que define la lógica del capital penitenciario. Por lo tanto, el tiempo de prisión es un tiempo ajustado a sus formas prácticas, es decir, no independiente a las inversiones que reproducen los poderes específicos dentro del campo.

El sentido implícito de estas condiciones, la sujeción a estas regularidades, es *la inversión que en el tiempo debe hacerse en apego a esas reglas*, constituyendo una disciplina específica que actúa en generar determinadas expectativas en el circuito económico, permitiendo con ello definir y gestionar las formas del tiempo. El tiempo se convierte en la expresión de aquello no-lineal, la ruptura de toda esperanza subjetiva en alcanzar la satisfacción de aquellas demandas activadas por las condiciones objetivas que constituyen dicho espacio. A medida que continúa el tiempo cronológico estas demandas se van acumulando como también alterando la adecuación de las expectativas a las posibilidades.

De este modo se ha querido dejar en claro que la incoherencia entre las estrategias utilizadas para alcanzar ciertas demandas y las acciones desarrolladas de un modo no ajustado a las probabilidades objetivas del campo, conlleva a los detenidos a un extraordinario déficit del tiempo, que lo coloca más próximo a un proceso de neutralización sujeto a la total expropiación de éste. Esto explica que el tiempo de prisión está inserto en esa estructura del sistema de reparto y condiciones de privilegios, que permite gestionar tantas necesidades como intereses existentes en el campo. Lo que se ha logrado, como monopolio de la violencia simbólica, es que las aspiraciones de las personas detenidas estén ajustadas a esas reglas, incorporando (haciéndose cuerpo) que su apego a éstas determinará las posibilidades reales como las imposibilidades concretas.

Necesariamente estas variables deben ser captadas y tomadas en cada caso particular, en un registro que, particularmente el defensor oficial y/o abogados defensores, deben incorporar y ampliar sobre la limitada percepción de la matriz cuantitativa del derecho penal.

El aporte de cada relato, la mirada estructural que es posible por la información sobre la situación de las prisiones y la rendición teórica de los métodos punitivos que debe hacerse para presentar el caso, resultan relevantes para percibir qué transformaciones se producen, en términos de privación de derechos, durante el período de la coerción y cómo la cantidad definida en términos legítimos se distorsiona durante su cumplimiento. El castigo, su cantidad y su ilegitimidad deben pensarse en un espacio cualitativo, no reducido al tiempo cronológico ni a su unidad con la privación

temporal de libertad, sino por el contrario, debe articularse a un saber que se define a partir del conocimiento del trato punitivo aplicado, lo cual requiere, de cada caso, un amplio registro circunstancial comenzando por las variables descriptas.





LA REPARACIÓN MÍNIMA EN TIEMPO VIVENCIAL POR SUFRIMIENTO DE PRISIÓN ARBITRARIA

Celina Berterame

-Lo sé, ya no crees en nada –dijo Manette reprobadoramente.

-Eso no es totalmente cierto.

-¿En qué crees?

- En el sufrimiento de la gente, y que es abominable.

Es necesario hacer todo lo posible para suprimirlo.

A decir verdad, ninguna otra cosa me parece importante.

Simone de Beauvoir, *La mujer rota*.

I. Introducción.

El Estado argentino ha asumido frente a la comunidad internacional la obligación de respetar y garantizar el derecho de todas las personas a no ser sometidas a prisión de forma arbitraria y obtener una reparación integral en caso de sufrir este tipo de encierro. Y esa reparación del daño sufrido por un encierro arbitrario puede asumir diversas formas, siendo necesario utilizar todas las herramientas que el derecho local nos provee a los fines de que esta reparación sea lo más integral posible.

En este trabajo explicaré algunos avances jurisprudenciales en esta materia, que solo son explicables a partir del entendimiento de que el tiempo sufrido en una prisión es sólo equiparable al tiempo que allí se vive y que, como consecuencia de ello, la reparación en tiempo vivencial –cuando es posible– resulta la forma más adecuada de reparar el daño que se le ha causado a un ser humano cuando se lo ha privado arbitrariamente de tiempo de vida en una cárcel y, también, cuando este tiempo ha significado mucho más que la mera privación de libertad.

II. El tiempo en prisión.

El tiempo que un ser humano transcurre privado de su libertad es uno que no puede ser equiparado a ningún otro tiempo. En la cárcel se combinan tiempo y espacio y es la intersección de estos dos elementos lo que marca el comienzo

de una duración distinta, de un tiempo cualitativamente diferente que en nada se parece al que tiempo social, al tiempo común¹.

El empleo del tiempo como castigo con base en la idea de una supuesta proporcionalidad y continuidad entre el delito y pena es sostenida en estos tiempos no sin múltiples contradicciones que son manifiestas desde la creación misma de la prisión. Sin embargo, jueces y juezas encargados/as de establecer un quantum de pena privativa de libertad, cuantifican en función del tiempo de la sociedad, sin considerar siquiera mínimamente el tiempo del que sufrirá encierro y la realidad de la prisión.

Lo cierto es que la pena en su duración objetiva y abstracta se “temporaliza” en el tiempo de vida del sujeto que la sufre. Este último, además, experimenta el tiempo de encierro en su conciencia de una forma particular, que no se parece a ninguna otra experiencia, justamente por ser una experiencia subjetiva del tiempo².

A medida que las unidades temporales de pena se suceden, la pena en realidad se va configurando para cada sujeto, único e irrepetible. Porque cada uno vive en forma impredecible su propia pena y esta durará más o menos según cómo el sujeto interiorice esa duración, y todos los acontecimientos que día a día deba experimentar en la cárcel.

Durante el tiempo de encierro son diversos los acontecimientos que reconfiguran las vivencias del ser humano. Las personas son sometidas a la restricción de la mayoría de sus derechos fundamentales. Aquellas que logran sobrevivir a la cárcel, indefectiblemente sufrirán una degradación de su cuerpo y su mente. Su familia también será alcanzada por los efectos nocivos que el encierro produce.

La realidad de la cárcel –de cualquier cárcel- demuestra que las teorías sobre las cuales se pretendió históricamente legitimar el uso de la prisión, ya no pueden seguir siendo sostenidas sin que sea palpable la contradicción de ésta con las garantías rectoras de un estado democrático de derecho³.

¹ Messuti, Ana, *El tiempo como pena*, Ediar, Buenos Aires, 2008, p. 38.

² Messuti, Ana, *ibídem*, p. 51.

³ En este sentido sostiene Thomas Mathiesen –con base en diversos estudios empíricos- que la prisión no sólo no rehabilita a las personas sino que, por el contrario, llega a inhabilitarlas. Además asegura que la ideología de la “rehabilitación” no es más que la expresión de la ética burguesa y que la realidad de las cárceles dista mucho de poder demostrar que ideología de esta clase es palpable. Cfr. Autor citado, *Juicio a la prisión*, Ediar, 1era edición, Buenos Aires, 2003. En idéntico sentido, pero uniendo las teorías de la prevención especial y la persuasión con las que se pretende justificar la pena de prisión Nils Christie asegura que: “los dos conjuntos de ideas son presentados a menudo como esencialmente diferentes; pero

Y es por esto que resulta necesario que los órganos jurisdiccionales del sistema penal comiencen a considerar la dimensión subjetiva del tiempo del humano a la hora de regular la cantidad de castigo que se aplicará en un caso concreto. Más aún cuando nos encontramos frente a un caso en que ni siquiera ha existido correlación abstracta entre pena y delito, y cuando el encierro sufrido de forma pretérita por un ser humano, no ha tenido base legal alguna.

Algunas decisiones jurisdiccionales que en particular me interesa analizar, con diversos argumentos- muestran un avance en este sentido, y es clara la cristalización de un proceso incipiente de activismo judicial, activismo que no sólo abarca a jueces y juezas, sino también a defensores/as y fiscales.

Las decisiones que comento a continuación dan cuenta de la necesaria apertura y creatividad con la que el derecho necesariamente debe ser analizado y aplicado a la hora de examinar de qué forma el Estado asume y cumple con su responsabilidad internacional cuando es tiempo vivencial de lo que se ha privado arbitrariamente a un ser humano.

III. El caso “Saldías, Fernando Ariel”. El derecho a la reparación por prisión arbitraria sufrida en otro proceso penal. Operatividad de las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El 26 de febrero de 2013 la Sala I del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires hizo lugar a una acción de hábeas corpus⁴ que se

en la realidad están estrechamente relacionados en muchos puntos. En su época reciente, ambos son resultado de una época de pensamiento racional y útil. Tienen en común un elemento manipulativo. El tratamiento tiene por objeto cambiar al delincuente; la disuasión tiene por objeto cambiar la conducta de la gente. En ambos casos es un dolor con un propósito” (Christie, Nils, *Los límites del dolor*, Fondo de Cultura Económica, México, p. 36). Un reciente informe de la Procuración Penitenciaria de la Nación da cuenta del incremento de casos documentados de tortura en las prisiones federales de Argentina, como así también del aumento de número de muertes en prisión. Durante el año 2012 se constataron 56 muertes en el SPF mientras que se documentaron 429 casos de tortura Informe Anual 2012 de la Procuración Penitenciaria de la Nación (*Informe anual 2012* de la Procuración Penitenciaria de la Nación, <http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/Informe%20Anual%202012%20completo.pdf>). Por su parte, el Informe Anual 2012 de la Comisión Provincial por la Memoria da cuenta del aumento de muertes producidas en las 54 cárceles de la Provincia de Buenos Aires, el que asciende a 127 durante el año 2011. Asimismo, se informa que durante el año 2011 se suscitaron 10.458 hechos de violencia en prisión. (*Informe Anual*, Comité contra la Tortura, Comisión Provincial por la Memoria, http://www.comisionporlamemoria.org/comite/informes/anales/informeCPM_curvas_web.pdf).

⁴ TCP, Sala I, Causa N° 56.138, “S., F. A. s/ Hábeas corpus”, del 26/02/13. La acción de hábeas corpus fue formulada en favor del imputado -privado de libertad-, luego de agotarse las instancias locales, es decir, luego de haberse solicitado se computara el tiempo de encierro sufrido arbitrariamente en un proceso penal anterior, ante el Tribunal Oral Criminal –órgano que realiza el cómputo de pena-; ante el Juez de Ejecución Penal de San Nicolás, quien luego rechazara diversos institutos vinculados con la

formuló con el objeto de que se le otorgara a Fernando Ariel Saldías su inmediata libertad, dado que su pena se encontraba agotada. Y ello, porque a criterio de la Defensa –cuyos argumentos luego fueron sostenidos por el Tribunal de Casación- debía sumarse al tiempo de encierro de su pena actual, el tiempo de encierro sufrido en el marco de un proceso penal pretérito, en el cual su pena se había visto sensiblemente reducida, habiendo estado el imputado privado de su libertad por mucho más tiempo del que legítimamente podía estar preso, conforme finalmente se estableció en la sentencia que fuera casada.

El Tribunal resolvió que era procedente el pedido de la defensa a los fines de que se descontara de la pena actual el tiempo de encierro sufrido arbitrariamente en el marco de un proceso penal pretérito, que *ninguna relación tenía con el actual proceso penal salvo una: era el mismo sujeto a quien ahora se le pretendía hacer cumplir la totalidad de una pena cuando en el marco de un proceso penal anterior había sufrido encierro de forma arbitraria*. Ignorar este tiempo vivencial del sujeto importaba en los hechos punirlo doblemente.

Y esta identidad de sujeto es fundamental en el caso porque los argumentos que se sostuvieron para solicitar la libertad del imputado y los que esgrimiera el Tribunal de Casación para hacer lugar al pedido, se vinculan directamente con la necesidad de valorar al sujeto y su tiempo existencial por encima de cualquier otra cuestión.

El Tribunal menciona el *tiempo vivencial* en dos oportunidades a lo largo de la decisión. En primer lugar lo hace el Dr. Benjamín Sal Llargués al examinar la admisibilidad de la acción originaria de hábeas corpus, estableciendo que “el tiempo vivencial es insusceptible de reparación integral ulterior” y que este derecho requiere tutela inmediata por parte del Tribunal por lo que cabe habilitar la revisión de lo resuelto mediante una acción urgente, ante la eventual prolongación ilegal de la privación de libertad del beneficiario de la acción.

Más tarde, se menciona nuevamente *el tiempo vivencial* a la hora de establecerse la necesidad de reparar el daño causado con la mayor equipolencia posible, efectuándose una comparación entre aquello de lo que se ha privado a un ser humano y aquello con que se puede reparar el daño producido. Parece ocioso decirlo pero es claro que nada más parecido a un día de encierro que otro día de encierro. Sin embargo, los jueces locales

ejecución de la pena cuya procedencia dependía de que se contabilizara dicho tiempo y, finalmente, ante la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de San Nicolás.

argumentaban que sólo resultaba posible en el caso una reparación de índole pecuniaria y que el derecho procesal bonaerense no tenía prevista la compensación en tiempo vivencial que la defensa solicitaba.

En relación con esta cuestión sostuvo el Tribunal: *“Es correcto referirse a lo estatuido en el art. 477 del CPP en el tópico de reparaciones (para el caso reparación económica por error judicial) toda vez que aún cuando esa disposición se inscribe en el Título V relativo a la acción de revisión, nada impide su aplicación analógica in bonam partem a otro tipo de resoluciones que no sean una sentencia definitiva –en sentido estricto- firme y consentida. No obstante, lo allí reglado no cierra el tema en tratamiento del tema, y en ello me expido en consonancia con lo que la parte propone y el deber asumido en el art 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (adopción de las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades)”*. Y agregó que: *“La reparación aludida puede asumir la forma de indemnización económica (como la del art. 477 CPP) pero **nada impide que atendiendo a la índole de la lesión sea también evaluable la compensación en términos de mayor equipolencia, es decir, en tiempo vivencial** toda vez que lo que se puso en crisis –en este caso- ha sido el plazo razonable de detención preventiva (9.3 PIDCyP y 7.5 CADH)”*.

El Tribunal de Casación no descarta entonces la vía de reparación pecuniaria, pero deja claro que esta no puede ser la única y que el imputado tiene derecho a que la reparación del daño sea lo más integral posible, siendo su propia voluntad la que debe primar en la elección del tipo de reparación que necesita.

Y si bien es cierto que un día en prisión es mucho más que un día fuera de ella –porque el tiempo dentro de la cárcel es un tiempo diferente al tiempo social-, al menos es necesario establecer –y esto es lo que ha hecho el Tribunal de Casación de la Provincia en el caso- que en aras de compensar a una persona que ha estado ilegalmente privada de su libertad, por cada día de encierro, debe, como mínimo, descontarse un día de encierro.

Ni más ni menos se petitionó en el caso de “Saldías”, y no fue otra cosa lo que estipuló debía hacerse el órgano jurisdiccional provincial, con base en la doctrina de las obligaciones positivas de los Estados y el cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales asumidas. En este sentido, estatuyó el Tribunal que: *“Las obligaciones asumidas por el Estado Nacional frente a la comunidad internacional mediante los instrumentos de Derechos Humanos (ubicados en la cúspide del ordenamiento jurídico patrio), impone a todos los organismos actuantes el máximo de diligencia en la evitación de actos lesivos y, en caso de haber tenido lugar, a su cesación y condigna reparación; al*

mismo tiempo compele a la remoción de los obstáculos que impidan su realización”.

Es la voluntad de cada ser la que debe primar a la hora de reparar, porque es su historia de vida la que debe ser considerada. Porque elementos como la historia, el presente y el futuro de cada ser humano, su vivencia personal, deben ser considerados por la administración de justicia, justamente porque esto forma parte de la identidad que cada quien tiene como ser humano. “El derecho a la identidad viene reforzar la tutela de los derechos humanos, protegiendo a cada persona humana contra la desfiguración o vulneración de su "verdad personal"⁵. El derecho a la identidad, abarcando los atributos y características que individualizan a cada persona humana, busca asegurar que sea ésta representada fielmente en su proyección en el entorno social y el mundo exterior.

La proyección de la identidad de cada ser humano a la hora de fijar un quantum de pena importa despojar a la justicia de la miopía con la que suele observar el mundo. El tiempo de los hombres no es estático, y descontar en tiempo vivencial el tiempo de encierro sufrido arbitrariamente importa considerar efectivamente tanto el pasado, como el presente y el futuro de un ser humano particular. Tener en cuenta el tiempo de vida que se le ha quitado a una persona al encerrarla en una prisión a la hora de decidir la cantidad de tiempo de vida que en prisión se le quitará otra vez, implica entonces, también una forma de hacer operativo el derecho a la identidad de ese ser humano que ha sufrido y que volverá a sufrir tiempo de vida en una cárcel.

El derecho internacional de los derechos humanos coloca al ser humano en el centro de cada sistema de protección y es en torno a su subjetividad y respeto por su dignidad que se ha desarrollado y ampliado el contenido de los derechos consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Los tratados de derechos humanos, a diferencia de otros tratados internacionales, confieren derechos a los individuos frente al Estado, el que, a su vez, tiene obligaciones para con ellos. La Corte Interamericana tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el punto en su Opinión Consultiva 02/82, donde expresó que “los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio

⁵ Voto disidente del Juez Antonio Augusto Cançado Trindade, en el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador”, sentencia de fecha 1ero de marzo de 2005, Serie C, N° 120, párr. 19.

recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes [...]. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción...”⁶. Los tratados de derechos humanos, por lo tanto, no tienen como único fin establecer derechos y obligaciones recíprocas entre sus Estados partes, sino establecer un sistema para proteger la dignidad humana⁷.

En particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que los derechos que se encuentran contenidos en el Pacto de San José deben considerarse en general operativos en cuanto a su aplicación y que, respecto de los no operativos, cualquier norma jurídica (material o formal) que adopte un Estado es válida para hacerlos operativos⁸, estando el Estado obligado a adaptar estas normas conforme art. 2 de la Convención.

El Art. 10 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que “Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial”⁹. El Tribunal de Casación advierte sobre la operatividad de este derecho y su aplicación a hipótesis de medidas cautelares detentivas¹⁰, pero sin establecer si se ha tratado en el caso de un error judicial o situación equiparable a este. Lo que sí

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC 02/82, del 24 de septiembre de 1982. “El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la convención americana sobre derechos humanos (Arts. 74 Y 75)”.

⁷ Medina Quiroga, Cecilia, *La Convención Americana. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2003, p. 8.

⁸ CIDH, Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Arts. 14.1; 1.1 y 2). Convención americana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986. Serie AN 7, Secretaría de la Corte, San José, Costa Rica, 1986.

⁹ En el mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su art. 14.6 que “Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido”.

¹⁰ A los fines de transpolar la hipótesis error judicial por sentencia firme a las medidas cautelares, hace especial referencia a un precedente del Juzgado en lo Contencioso Administrativo N° 1 de La Plata, Sentencia en causa n° 525 “R.M.A. c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires”, reg. 891/2007, en el que se estableció que: “...cabe concluir en la plena responsabilidad del Estado Provincial por la actuación judicial que mediante el dictado de una medida cautelar, habilitó el alojamiento del accionante en dependencias del Servicio Penitenciario bonaerense que no se encuentran en condiciones para dar un trato digno y humano, a la vez que no logró reunir los elementos necesarios para quebrantar su estado de inocencia (art. 18 de la CN). Con ello se conforma la relación de conexidad entre la prisión preventiva, la sentencia absolutoria y el perjuicio causado, que por las características de la base empírica reconocida por el máximo Tribunal, no requiere de mayor acreditación”.

da por sentado es que “todo individuo tiene derecho a no ser detenido o sometido a prisión arbitrariamente (arts. 7.3 de la CADH y 9.1 del PIDCyP) y que en caso de haber sufrido ese menoscabo tiene derecho a una reparación (art. 9.5 ídem)”.

El pronunciamiento del Tribunal de Casación mencionado resulta un avance fundamental en materia de reconocimiento de derechos esenciales de quienes se encuentran privados de su libertad, en especial de su derecho a solicitar una reparación adecuada y en tiempo vivencial de aquél daño que el Estado le haya causado en virtud de su actividad arbitraria y contraria a la razonabilidad.

La Sala I del Tribunal de Casación hace referencia en el fallo “Saldías” a dos precedentes vinculados con la materia. El caso de “Ramírez López”¹¹ y el caso “Beisaga”¹².

El caso “Beisaga”, resuelto en fecha 19 de diciembre de 2011 por la misma Sala, se vincula con un pedido de unificación de sentencias que fue oportunamente rechazado en la instancia. Una de las penas que se pretendía unificar se encontraba agotada al momento de solicitarse la unificación. Sin embargo, en el marco de este proceso el imputado había estado privado de su libertad de forma arbitraria por haberse reducido dicha condena.

En este caso el Tribunal de Casación bonaerense dijo algo sumamente importante, en la medida que decidió hacer lugar al recurso de casación planteado por el Defensor de instancia –quien llega al Tribunal mediante queja por recurso denegado– argumentando que “si la unificación de sentencias no es posible, en cambio sí es factible la de los cómputos, figura autónoma tanto en la legislación sustantiva como procedimental. O sea en este caso, transferir un sufrimiento experimentado con una encarcelación indebida que conforma parte de una condena pasada en autoridad de cosa juzgada (no una mera privación cautelar de libertad asegurativa), que opera como un haber en propiedad en el sentido del artículo 17 de la Constitución Nacional, en este particular caso para evitar otro sufrimiento en la causa posterior, en la que también se yergue la autoridad de la cosa juzgada del fallo condenatorio”. Es decir que poco importa que sean unificables las sentencias si la intención en definitiva es que se contabilice en la actual condena el tiempo de encierro

¹¹ TPC, Sala I, Causa N° 49.286 y ac. 55.535, “Ramírez López, Héctor David s/ hábeas corpus”; “Ramírez, Héctor David s/ hábeas corpus”, de fecha 18/02/13. La conformación de la Sala I del Tribunal de Casación Penal se regía por la ley N° 11.982, es decir, por los Dres. Natiello, Piombo y Sal Llargués.

¹² TPC, Sala I, Causa N° 44.029, “Beisaga, Juan Carlos s/ recurso de Queja (art. 433 del C.P.P.)”, de fecha 19/12/11. La conformación de la Sala I del Tribunal de Casación Penal se regía por la ley 11.982, es decir, por los Dres. Natiello, Piombo y Sal Llargués.

sufrido indebidamente en un proceso pretérito, ya agotado. Y ello porque se propone desde el Tribunal que se unifiquen sólo los cómputos de pena, lo cual resulta novedoso.

Resulta interesante destacar que en el marco del examen de admisibilidad del recurso de casación interpuesto por el defensor de instancia¹³, el juez Piombo argumentó en el caso “Beisaga” que *“...hay una situación de injusticia para quien ha padecido la privación de libertad, o sea por quien ha sido privado de un bien que no le puede ser restituido y que siempre será insuficientemente reparado con un mero resarcimiento pecuniario, por costumbre escaso y tardío”*. Resulta para mí trascendental que quienes integran un organismo jurisdiccional puedan reconocer que el resarcimiento en dinero de un daño causado por el encierro en prisión siempre resultará insuficiente y además, también llegará tarde a la vida del que ha sufrido dicho daño. Otra vez, el tiempo juega un rol trascendental, porque los tiempos de la justicia no son en general los tiempos de los seres humanos. El tiempo social es distinto al tiempo de la administración de justicia. Y más distinto aún al tiempo de los tribunales es el tiempo que transcurre en prisión.

En su voto, el Dr. Piombo asegura que la solución que se otorga en el caso sí está regulada en ordenamientos extranjeros, como ser el italiano y que al no estar regulado expresamente en nuestro país *“debe ser acogida en nuestro sistema a través del activismo judicial, esto es, la co-construcción del ordenamiento jurídico vivo por parte de los operadores del sistema, haciendo frente a las necesidades que crea el imperativo constitucional –insoslayable y onnipresente- de “afianzar la justicia”*.

Es claro que la efectiva protección de la dignidad de los seres humanos depende del grado con que los Estados respetan y garantizan los derechos contenidos en los instrumentos internacionales. En este respetar y garantizar derechos el poder judicial cumple un rol esencial, y sus integrantes son quienes deben adecuar de forma permanente sus prácticas de interpretación y aplicación del derecho a los fines de volver operativos los derechos consagrados en el bloque federal de constitucionalidad. Ello implica necesariamente que quienes integran el sistema de justicia penal deban ser sensibles a los cambios sociales que se han producido y las demandas que estos generan, en especial atendiendo a los reclamos de las clases más

¹³ Quien efectúa el planteo jurídico ante la instancia y ante el Tribunal de Casación es el Dr. Diego Rodríguez, Defensor Oficial de la Unidad Funcional de Defensa N° 3 del Departamento Judicial de Morón.

desprotegidas, como lo son en su mayoría las personas criminalizadas¹⁴. La calidad de la democracia de un Estado y sus instituciones también se mide por el grado de aplicación por parte del poder judicial –y en especial por parte del fuero penal- de las normas insertas en los tratados internacionales de derechos humanos, que a nivel local han sido incorporados al plexo constitucional originario ya muchos años.

Como parte de su activismo judicial, el juez propone abrir “vasos comunicantes” entre las dos condenas, la actual y la condena en cuyo marco se sufrió prisión de forma arbitraria. Los vasos comunicantes se abren creándose una ficción – como las que en general utiliza el lenguaje poderoso del derecho- con base en la necesidad de compensar un daño con la mayor equipolencia posible y, en este sentido, es bueno que teorías originadas en el ámbito de la física lleguen al derecho esta vez para colocarse del lado de quien ha sufrido una pena arbitraria.

El caso “Ramírez López” fue resuelto en fecha 18 de febrero de 2013 en oportunidad de plantear el imputado por derecho propio una acción de hábeas corpus de forma directa ante el Tribunal de Casación Penal, solicitando se compensara parte de su pena con el tiempo sufrido en otro proceso penal anterior en el que resultara absuelto y que ningún vínculo tenía con el actual más que recaer sobre la misma persona. En este caso, el Dr. Piombo hizo mención de los mismos argumentos esgrimidos en el caso “Beisaga”, ordenando a los jueces de instancia del Departamento Judicial de Lomas de Zamora dictar un pronunciamiento compensando en el cómputo los tiempos efectivamente sufridos en prisión por el imputado.

IV. Antecedentes jurisprudenciales de compensación en tiempo vivencial por privación arbitraria de libertad.

Existen varios precedentes a nivel nacional que dan cuenta de la necesidad de “compensación” con tiempo vivencial. Y si bien son escasos en relación con la cantidad de supuestos en los eventualmente pudo haberse aplicado, a medida que estos casos sean conocidos, seguramente se multiplicarán las decisiones en el mismo sentido.

¹⁴ En este sentido sostiene Roberto Bergalli ya desde hace mucho tiempo que “resulta necesario iniciar un proceso de transformación política del derecho y modificación de la ideología jurídica. Para ello es imprescindible un compromiso con el mismo cambio que se ha producido en el seno de la sociedad argentina”. Cfr. Bergalli, Roberto, *Hacia una cultura de la jurisdicción: ideologías de jueces y fiscales. Argentina – Colombia- España- Italia*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 223.

La Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal sostuvo en fecha 17 de junio de 2008, en la Causa "Roa, Jorge Alberto s/ Recurso de casación" que: *"corresponde casar la sentencia que denegó la unificación de condenas solicitadas a efectos de que se compute a favor del condenado el tiempo excedente sufrido en prisión preventiva en el marco de otro proceso, pues aun cuando la primera condena se encuentre agotada al momento de la comisión del hecho que motivó la segunda, la existencia de un interés legítimo en reparar un error en perjuicio del condenado durante la ejecución de la pena, torna precedente la aplicación analógica "in bonam partem" del art. 58 del Código Penal..."*¹⁵. En este caso se reconoce que existió "error judicial", lo que no sucede en ninguno de los casos emanados de la Sala I del Tribunal de Casación Penal bonaerense ya comentados.

En el precedente "Roa" el argumento utilizado se vinculó con la interpretación *pro homine* del art. 24 del Código Penal. Refirió la Sala que *"debe entenderse que el artículo 24 del Código Penal, que dispone el cómputo de un día de prisión por cada día de prisión preventiva sufrida, no exige que se trate del mismo u otro proceso, anterior o concomitante, por lo que ningún obstáculo legal se erige para contemplar los períodos de encierros padecidos en causas donde el imputado hubiere resultado sobreseído o absuelto"*. Los principios *pro homine*, de aplicación de última ratio del derecho penal y de irracionalidad mínima del derecho penal, también fueron invocados en el precedente "Ramírez López".

El Juez Penal de Trelew Fabio Monti tuvo oportunidad de pronunciarse respecto de la necesidad de compensación del tiempo sufrido arbitrariamente en prisión en procesos no paralelos en el caso "Uribe, Emanuel"¹⁶ en fecha 4 de septiembre de 2008, contabilizando el tiempo durante el cual el causante había padecido encierro arbitrario en prisión –por haber sido posteriormente absuelto– en el marco de un proceso penal que tramitó ante el Juzgado Penal y Contravencional de Niños y Adolescentes. Así, compensó este tiempo de encierro sufrido de forma arbitraria en la condena que se imponía en el fuero penal de adultos.

También se ha expedido en este mismo sentido el Juzgado de Ejecución Penal de Trelew en el caso "Figueroa, Jorge y otro psa. de robo agravado tentado a comercio", de fecha 24 de noviembre de 2008¹⁷, en el cual la jueza actuante

¹⁵ CFCP, Sala IV, Causa Nro. 8557, "Roa, Jorge Alberto s/recurso de casación" (Reg. Nro. 10.559.4, rta. el 17/06/08).

¹⁶ Juez Penal de Trelew, Pcia. de Chubut, Causa N° 506/08, "Uribe, Emanuel", de fecha 4/11/08, publicado en <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2013/07/fallos102.pdf>.

¹⁷ Jueza Penal de Trelew, Pcia. de Chubut, Causa N° "Figueroa, Jorge y otro psa de robo agravado tentado a comercio (carpeta 505, Legajo 3997)", sentencia de fecha 24/11/08, publicada en <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2013/07/fallos102.pdf>.

compensó tiempo de encierro sufrido arbitrariamente en dos procesos que tramitaran ante el mismo fuero penal y afirmó que “El encierro padecido por una persona que es inocente, sin perjuicio de que luego sobre ella recaiga una condena independiente, tiene que valer en los cómputos de la única sentencia, porque está regida por una ley más favorable, de otro modo se estaría privando al imputado del derecho a que se compense cualquier mora judicial del modo en que más rinda al padecimiento sufrido en razón de la falta de definición de su proceso”. Nótese que el argumento de la mayor equipolencia aparece en esta decisión, estableciéndose que debe compensarse de forma en que “más rinda” al padecimiento sufrido, teniendo en cuenta que estamos ante una violación del derecho del imputado a no ser encarcelado irrazonablemente ante la demora de la administración de justicia.

En fecha 14 de agosto de 2009 la Cámara Primera en lo Criminal de Chubut, en Causa N° 174/06, caratulada “Carreras, Claudio s/trámite preso” debió resolver un caso similar al de “Saldías”, y estableció que la solución era la de reconocer los períodos de tiempo de encierro sufridos por el imputado en un proceso penal pretérito en el que había resultado absuelto. Ello con base en que “...el poder punitivo no puede ignorar que el imputado sufrió pena por orden estatal sin condena”. Así, y con cita de E. R. Zaffaroni, A. Alagia y A. Slokar concluyó que debía “... compensarse tal sufrimiento reconociéndole en el cómputo a realizarse los períodos que la defensa pide y ello en el cumplimiento de la exigencia de que todo sufrimiento ilegítimo de prisión antes de una sentencia no sólo es computable sino también COMPENSABLE en el ejercicio de la función judicial de individualización o cuantificación de la pena”¹⁸. La Cámara afirmó que se encontraba ante un caso de lo que en doctrina se llama “penas ilícitas”, es decir, sufrimientos o privación de derechos estatalmente impuestos a los imputados que son penas en sentido material y que el discurso tradicional no las entiende como tales, siendo aquellas en que el imputado sufre un plus de sufrimiento que no le es computado en la pena impuesta en definitiva y que es tiempo existencial irrepetible.

En este punto, entiendo oportuno recordar que “...la prisión preventiva que se computa en la pena conforme al art. 24, es la legal o la constitucional, es decir, la privación de libertad que el sujeto haya sufrido con motivo del proceso penal por el delito cometido, pero dentro de los límites de la coacción directa (...) En rigor, cuando la prisión preventiva excede el marco de la

¹⁸ En este sentido, ver Zaffaroni, E.R.; Alagia A; Slokar, A., *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, 2da edición, Buenos Aires, 2002, p. 943.

coacción directa y, por ende, no es legítima, siendo una simple pena sin condena, la agencia judicial no está atada a la regla del Art. 24...”¹⁹.

Con base en la prohibición de doble punición y de penas ilícitas en el precedente “Carreras” se estableció que “...que analógicamente puede aplicarse al caso la solución de compensación que se indica para las penas ilícitas y de esta forma cumplir no sólo con el principio constitucional de humanidad de las penas sino también para evitar la prohibición constitucional de la doble punición, esto es, que se lo sancione dos veces -al menos en parte- por los hechos que cometió, ya que no a otra cosa nos lleva la postura de no reconocerle al imputado los tiempos que el Estado le aplicó pena en forma anticipada” concluyendo que: “todas las consecuencias de la privación de libertad sufridas por las personas imputadas deben tomarse en cuenta y formar parte necesaria de la punición, ya que el Estado no puede- como dice Zaffaroni- confundir lo que debió ser con lo que realmente fue y, en el caso, repetimos, la privación que sufrió fue sin duda una pena en sentido material, por lo que deberá descontarse de la punición final, so pena de incurrir en violación al principio constitucional de humanidad de las penas y de la prohibición constitucional de la doble punición”.

En fecha 2 de noviembre de 2010, la Sala I Cámara Federal de Casación Penal²⁰ se expidió en el caso “Petrissans, Diego Sebastián”²¹ aduciendo que “la detención originada en un proceso que culmina con la absolución o con el sobreseimiento del encartado importa indiscutiblemente un daño a éste imputable a los órganos del Estado que merece ser atendido, resulta equitativo que se incluya el tiempo en que el imputado permaneció privado de su libertad en el marco de otro proceso en el que recayó sentencia absolutoria, aunque no haya tramitado en forma paralela”.

En idéntico sentido se expidió la Sala IV de la CFCP en el caso “Suárez, Guillermo Fabián”²² argumentando que “...si bien es cierto que a los efectos de contabilizarse el tiempo intramuros sufrido a tenor de la prisión cautelar la regla...es que los procesos se desenvuelvan coetáneamente, no lo es menos que, razones de estricta justicia hacen que dicha regla merezca excepción. En efecto, no resulta justo que en virtud de que el aquí enjuiciado resultase liberado de las consecuencias previstas en el derecho represivo en los

¹⁹ Zaffaroni, E. R., Alagia, A; Slokar, A, ibídem, p. 943.

²⁰ De ahora en más, CFCP. Recordemos que la antigua denominación que recibiera la Cámara Federal de Casación Penal era la de “Cámara Nacional de Casación Penal”, y esto fue modificado por Ley 26.371, B.O. 03/05/08.

²¹ C.F.C.P., Sala I, Causa N° 12.201 “Petrissans, Diego Sebastián s/recurso de casación”, del 2/11/10. Del Voto del Dr. Madueño.

²² C.F.C.P., Sala IV, “Suárez, Guillermo Fabián s/recurso de casación”, del 30/11/2010.

expedientes en los que fue absuelto de culpa y cargo, no se le compute a su favor el tiempo que habría permanecido cautelarmente privado de la libertad en esos sumarios...Desde esta lógica, contabilizar el tiempo en el que el encausado ha permanecido privado de libertad en una causa que, si bien no se advierte como paralela a la presente, ha concluido con un resultado desvinculatorio, se impone como la solución más ajustada a elementales principios de justicia...”.

En fecha 23 de mayo de 2011 el Dr. Gabriel M. A Vitale, titular del Juzgado de Garantías N° 8 de Lomas de Zamora debió resolver un caso similar, y afirmó que: “si bien la medida cautelar prisión preventiva no importa una pena en sí, la misma goza de todos sus efectos, siendo un verdadero encierro, más allá de su denominación (...). Lo cierto es que, la absolución posterior del procesado no convierte en ilegítima la prisión preventiva dispuesta en el curso del proceso en cuestión, pero no menos cierto es, que ella importó un sufrimiento irreparable para el encausado de autos, y que el Estado debe reparar, o, en su defecto y dada las circunstancias y particularidades del caso se debe compensar”²³.

En el caso mencionado, se tuvo en consideración la necesidad de volver operativo el derecho a la reparación regulado por el Art. 10 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y se descontó del tiempo de pena actual, el tiempo de encierro sufrido por una persona en un proceso penal pretérito, que ningún vínculo tenía con el actual.

Más tarde, en el caso “Agüero, Juan Carlos”²⁴ de fecha 24 de junio de 2011 la Dra. Ivana María González, Jueza de Ejecución Penal de Trelew, decide en igual sentido. Resulta interesante destacar que tanto en este caso, como en el mencionado caso “Uribe”, lxs magistradxs deciden apartarse del criterio mayoritario sentado por la Cámara del Crimen de Trelew sostenido en el caso “Lienllán” y reiteran los argumentos vertidos en dicho decisorio por el Dr. Omar Florencio Minatta quien en disidencia había sostenido que: “al haber sido absuelto Lienllán por el primer hecho, el tiempo de prisión no se le computó en la pena del segundo, ya que no había nada para unificar, lo que nos lleva a la primera conclusión de que, en definitiva, la absolución lo perjudicó, situación que a todas luces deviene injusta y debe ser remediada de alguna forma por la actividad jurisdiccional. Esto es así, pues si bien el

²³ Causa N° 07-00-016113-11 caratulada: “Personal Policial c/Miño Edgardo Emanuel s/ portación de arma de guerra”, de fecha 23/05/11, jurisprudencia publicada en www.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/07/fallos32.pdf.

²⁴ Juzgado de Ejecución Penal de Trelew, Pcia. Chubut, a cargo de la jueza Ivana María González, de fecha 24/06/11, publicado en <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2013/07/fallos97.pdf>.

imputado fue absuelto en el primer expediente, sufrió la privación de libertad impuesta por el Estado, esto es, sufrió una pena desde el punto de vista material, por lo que entiendo que debió reconocérsele tal período en el cómputo del presente”²⁵. Reitera también la jueza los argumentos de E. R. Zaffaroni; Alagia y Slokar en cuanto a que la prisión preventiva debe ser compensable en el ejercicio de la función judicial de individualización o cuantificación de la pena.

Posteriormente, en fecha 17 de agosto de 2011, la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal también se expidió en idéntico sentido en el caso “Rodríguez Sisti” argumentando que “en los casos donde el imputado ha sufrido una lesión indebida al derecho constitucional más relevante, esto es, la libertad (ya sea mediante un exceso de prisión preventiva o un encierro padecido en una causa donde finalmente se lo sobresee o absuelve), debe satisfacerse al reclamo de justicia mediante una reparación concreta a dicha lesión; y ese interés legítimo para reparar un error u omisión provocado por los órganos del estado en perjuicio del individuo, de ningún modo puede verse obstaculizado por la mera circunstancia que la situación bajo análisis no se encuentre entre las expresamente descriptas por el art. 58 del C.P.”²⁶.

En fecha 22 de enero de 2013 el Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 3 resolvió en idéntico sentido en el caso “Cáceres, Damián Jonathan”²⁷. En su decisión el Juez establece la necesidad de hacer operativo el derecho a reparar el daño causado a una persona ha sido privada de su libertad y luego absuelta. A los fines de fundar su decisión hace un racconto de la normativa constitucional que rige el derecho de las personas a la reparación por el daño que el Estado les causa, y también da cuenta de las normas locales que recogen a nivel nacional este derecho, asegurando que si bien no nos encontramos ante un caso de error judicial por el que se haya perjudicado al detenido, “en algún punto, presenta ciertas similitudes en cuanto a la motivación de la solución prevista, cual es la intención de reparar el daño causado por haberse privado de libertad a una persona que resultó desvinculada del proceso”.

Finalmente, en fecha 4 de junio de 2013, el Tribunal N° 1 de Necochea, integrado de forma unipersonal por el Dr. Mario Juliano, en Causa

²⁵ Cámara del Crimen de Chubut, voto en disidencia del Dr. Omar Florencio Minatta en Causa N° 385/07, “Lienllán, Hugo Orlando p.s.a. robo agravado en expte. 6-F° 110- Año 2005”, de fecha 30/10/07.

²⁶ CFCP, Sala IV, Causa N° 12.393, “Rodríguez Sisti, Marcelo Adrián s/ Recurso de casación”, reg. N° 15.341.4, sentencia de fecha 17/08/11.

²⁷ Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 3 a cargo del Dr. Axel López, Causa N° 133.463 “Cáceres, Damián Jonathan”, de fecha 22/01/13.

“Villafañe”²⁸ resolvió en idéntico sentido, argumentando el juez que “El principio de superioridad ética del Estado, de humanidad de las penas y de compensación de las penas ilegítimas implica que todo padecimiento ilegítimo causado a un individuo como consecuencia del ejercicio del poder punitivo debe ser reconocido, visibilizado y compensado”. Aclaró el Tribunal que la legitimidad de una orden judicial no es una cualidad perpetua, en el sentido de que cabe considerar que al sobreseerse a un ciudadano, sobreviene una causal que anula la legitimidad que esa orden judicial tuvo alguna vez. Enfáticamente se advirtió que “La confirmación de la inocencia socava para siempre la legitimidad de la prisión cautelar”.

Juliano da una explicación clara del principio de compensación mínima en tiempo existencial: “El Estado no puede actuar de tal modo que una detención devenida inapropiada sólo sea un recuerdo encerrado en un expediente. Las órdenes estatales que restringen derechos tienen consecuencias aflictivas inevitables, pero el contacto cotidiano con esta condición intrínseca del poder punitivo no puede sumergirnos en un estado de sopor que nos impida reconocer y compensar aquello que resulta excesivo e inadmisibles. El tiempo existencial que se le ha recortado a una persona retenida por una causal que luego se diluyó no puede ser restituido. Esa porción de vida se ha perdido. Lo que sí puede y debe hacerse es contemplar *y reconocer el tiempo lineal de encierro padecido en vano para que, al menos, se cuente a favor en el cómputo de pena de la causa con sentencia de condena firme*”²⁹.

V. El caso “Miguel Angel Carbonell”³⁰. Deber jurisdiccional de compensar la pena sufrida por orden estatal sin condena en procesos paralelos.

A los fines de fundar su decisión en el caso “Saldías”, la Sala I hace referencia a un precedente que también he podido conocer con detalle por haber sido funcionaria de la Defensoría que planteara el caso. Si bien el supuesto fáctico del caso es distinto, el Tribunal entendió que los argumentos utilizados en su momento en este decisorio resultaban ahora aplicables, empleando una aplicación *pro homine* de su propia jurisprudencia.

Carbonell fue oportunamente juzgado en un mismo proceso penal y en un mismo momento por diversos hechos delictivos, todos ellos en concurso real. Por algunos de estos hechos fue condenado y por otros, absuelto. En virtud de muchos de los hechos por los que fue juzgado, había sufrido encierro cautelar,

²⁸ Tribunal N° 1 de Necochea, Causa N° 4884-0000, “Villafañe, Lucas Damián”, de fecha 06/13, publicado en <http://pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2013/06/ejecucion08.pdf>

²⁹ La cursiva me pertenece.

³⁰ TCP, Sala I, Causa N° 29.803, “Carbonell, Miguel Angel s/ Recurso de casación”, de fecha 26/11/11.

por lo que la lógica indicaba que al momento de realizarse el respectivo cómputo de pena, estos tiempos, simplemente, se sumarían. Sin embargo, el Juzgado de Ejecución Penal de San Nicolás decidió sólo computar los tiempos de encierro sufrido en el marco de los procesos iniciados a raíz de los delitos por los que finalmente Carbonell había sido efectivamente condenado, omitiendo contabilizar el encierro sufrido en el marco de los procesos iniciados por los delitos por los que finalmente había sido absuelto.

En este caso, el Tribunal de Casación señaló que: “el sobreseimiento o absolución posterior del procesado no convierte en ilegítima la prisión preventiva dispuesta en el curso del proceso en cuestión, pero no menos cierto es, que ella importó un sufrimiento irreparable para el encausado de autos y que el Estado debe reparar, o en su defecto y dada las circunstancias y particularidades del caso se debe compensar”.

No computar el tiempo de encierro sufrido por el imputado por el solo hecho de haber sido a la postre absuelto resultaba una situación de injusticia que debía ser reparada de alguna forma por la actividad jurisdiccional. Y en este caso era quizás más evidente la procedencia de la suma de todos los tiempos de encierro sufridos por el imputado, dado que se juzgaban todos los delitos en un mismo momento. Distinto era el caso de Saldías, respecto de quien no podíamos sostener concurso real alguno entre los hechos por los que había estado en prisión. Y en este sentido, “Saldías” es en verdad un verdadero avance en materia de reconocimiento de derechos.

El precedente “Carbonell” es consecuencia de la necesidad de litigar casos de absurdo extremo, siendo muchas veces obligados los defensores a impulsar planteos para lograr que lxs jueces/zas escriban aquello que parecía evidente y por lo que no pensaron tendrían que llegar a litigar. Resulta oportuno señalar que en materia de compensación de prisión sufrida en procesos paralelos es pacífica la jurisprudencia en el sentido de que la prisión preventiva sufrida en una causa, aún en caso de absolución, debe ser valorada a los fines del cómputo de pena efectuado en otra causa cuando tramitan de modo paralelo.

Tal como afirman Zaffaroni -Alagia- Slokar, “cuando el sujeto sea procesado simultáneamente por dos o más delitos, por el mismo o por diferentes tribunales, y resultase condenado por uno o unos y absuelto del o de los restantes, el tiempo de prisión preventiva sufrida por todos o por alguno o

algunos de ellos, debe computarse en la pena impuesta, incluso cuando haya sufrido la prisión preventiva por el delito del que resultase absuelto”³¹.

Siguiendo esta línea argumentativa, los tribunales no han efectuado distinción en cuanto a qué tipo de paralelismo es el que permite se compute el tiempo de encierro sufrido en otro proceso penal, abarcándose distintos supuestos.

Así, las causas pueden ser paralelas porque tramitaron todas acumuladas ante un mismo órgano jurisdiccional, como sucedió en el caso de “Carbonell”, existiendo concurso real entre los hechos. En casos como este, la Sala I de la CNCP³² estatuyó que “cabe tener en cuenta que si bien el principio general es que sólo puede incluirse en el cómputo el lapso en el que el condenado permaneció en detención o prisión preventiva en ese proceso en el que después fue condenado, o en otro que vaya a ser objeto de unificación, dicha regla merece excepción, pues no resulta justo que por la sola razón de que el enjuiciado haya sido absuelto en una de las causas que tramita paralelamente, no se compute a su favor el período que permaneció privado de su libertad”³³. En este caso, cabe realizar una aplicación amplia del Art. 58 del Código Penal, y existiendo concurso real, cabe también unificar los cómputos de tiempo de encierro.

Pero las causas también pueden ser paralelas porque tramitaron ante distintos órganos jurisdiccionales de forma coetánea, sin acumularse por razones no imputables a quien sufre el encierro. Por ejemplo, puede que el imputado haya obtenido la libertad en un proceso de trámite ante el fuero federal, pero no se hizo efectiva por permanecer privado de libertad en otro que tramita en el fuero provincial que no está acumulado. Cuando se realiza cómputo en este último proceso, resulta justo computar todo el tiempo que el imputado permaneció efectivamente privado de libertad, aún cuando esta privación de libertad resultó únicamente originada en un proceso paralelo³⁴. Y

³¹ Zaffaroni, E. R.; Alagia, A; Slokar, A, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 900.

³² CFCP, Sala I, “Bazán, Roberto s/rec. de casación”, rta. 11/5/06.

³³ En este mismo sentido ya se había expedido la C.F.C.P.. Así la Sala II en Causa N° 3.747 “Molina, Pablo Alejandro s/ recurso de casación”, reg. 4933, rta. 23/05/02 y Sala III, Causa N° 265, “Miniacci, Rubén A. s/ recurso de casación”, reg. 17/95, rta. 28/02/04.

³⁴ En este sentido, la CNCP ha advertido en Causa N° 37633-04-CC/10 “Incidente de apelación en autos “Vallejos, Pablo César s/infr. art. 189 bis CP”, de fecha 23 de febrero de 2012 que “si bien no existe competencia por conexidad, pues los hechos en cuestión se tramitan en forma separada en cada fuero, en atención a las reglas de competencia por razón de materia, por lo que, al ser ellos distintos, deben ser investigados ante los jueces competentes (causa N° 56787-01-CC/10 “Teve, Carlos Daniel s/infr. art.149 bis”, rta. el 17/6/2011); ello no significa que no exista un concurso real entre los sucesos investigados en el fuero local y el nacional (Causa N° 19004-01/08 “TOLEDO, Cristian Maximiliano s/inf. Art. 189 bis CP”, rta. el 26/2/2009)”.

tampoco interesa que este proceso paralelo se encuentra aún en trámite, porque lo cierto es que si el imputado jamás pudo hacer efectiva su libertad, su tiempo de prisión debe igualmente computarse.

En este sentido, en el caso “Aramburu, Carlos G. s/recurso de casación”³⁵ la Sala IV argumentó que “...Ciertamente es que, por regla, en virtud de la unificación de condenas prevista en el artículo 58 del CP –que admite diferentes supuestos–, el sentenciante debe computar todos los períodos de privación de la libertad padecidos en las causas en las que recayeron las condenas objeto de unificación... dicho principio encuentra excepción en los supuestos en que el imputado no pudo gozar efectivamente de la libertad concedida en aquellos procesos, en tanto el imputado continúa en detención o es vuelto a detener en virtud de otro proceso seguido en su contra, casos en los cuales no es posible pretender – como regla general– que no debe computarse aquél tiempo que el imputado no pudo gozar de la libertad, pues ello implicaría afirmar que en ese período (que tendría lugar desde que se produce la nueva detención, o desde que el imputado continúa detenido), la libertad lo perjudica, pues no sólo no puede gozarla sino que, además, tampoco se le computará ese período como tiempo sufrido en detención”.

VI. Aplicación a casos de trato arbitrario en prisión.

Los pronunciamientos comentados resultan un avance fundamental en materia de reconocimiento de derechos esenciales de quienes se encuentran privados de su libertad, en especial de su derecho a solicitar una reparación adecuada y en tiempo vivencial de aquél daño que el Estado le haya causado en virtud de su actividad arbitraria y contraria a la razonabilidad.

Es necesario que el activismo judicial sea creativo a la hora de volver operativos los derechos consagrados en el bloque federal de constitucionalidad y que los juristas salgan de su abismo doctrinario y su conducta científica para producir un derecho original, y dar cuenta de que “...los que viven y crean el derecho son las personas, los unamunianos de carne y hueso que viven cada día de la vida con dolor, con felicidad, con angustia, con dichas, con desvelos (...) que no hay más derecho que la conducta desplegada tal y como ella se despliega; que los jueces en tanto son los que tienen en sus

³⁵ CFCP, Sala IV, Causa N° 10.633 “Aramburu, Carlos G. s/recurso de casación”, del 4/10/10. En el mismo sentido se han expedido la Sala II, en Causa N° 11.939 “Silvero, Matías Omar s/recurso de casación”, del 7/10/10; y Sala III, en Causa N° 10.841 “Corres, Christian Ariel s/recurso de casación”, del 20/10/09 y Causa N° 11.924 “Aznar, José María s/recurso de casación”, del 7/5/10. En el mismo sentido se ha expedido también la Sala Penal del Tribunal Supremo de Madrid, en Causa N° 397/13, jurisprudencia publicada en <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2013/07/fallos103.pdf>.

manos la función de comprender esas conductas, no pueden burlarse de las normas, pero sí pueden juzgar de acuerdo a pautas de valoración que, dentro de la razonable, descubran mejores soluciones que las que las normas proponen; y que el derecho, como vida humana viviente y como forma de cultura, requiere de nuevos estímulos, esto es, nuevas maneras de pensar que descompriman una ciencia bastante agobiada por sí misma”³⁶.

En casos de privación arbitraria de libertad, son las propias normas constitucionales las que brindan un marco propicio para la interpretación creativa y la ampliación de su contenido a los fines de brindar mejores soluciones.

Los estándares en materia de reparación por el daño causado por encierro arbitrario claramente pueden ser extendidos a otros supuestos de prisión arbitraria, en especial aquella prisión (cualquier encierro ingresa en esta categoría) que haya importado mucho más que la mera privación de libertad al superar el nivel inherente de dolor de esa privación producto de restricciones arbitrarias a derechos fundamentales, como adecuada alimentación, atención médica y/o psicológicas, condiciones de seguridad personal, protección a la integridad familiar, desarrollo de actividades culturales y/o tratamientos.

El caso “Saldías” es quizás un caso de litigio innovador, cuyos alcances e interpretaciones son para mí vastos e impredecibles, en especial porque el presupuesto para la reparación integral con tiempo vivencial ha sido en el caso la *prisión arbitraria sufrida*. Entonces, este supuesto puede aplicarse también para compensar con tiempo vivencial, no ya en los casos de un tiempo de encierro sufrido en el marco de otro proceso penal, sino también en el marco de un mismo y único proceso en el que se han acreditado tratos arbitrarios en prisión, siendo aplicable al caso –tal como sostiene Zaffaroni– la prohibición de doble punición: “Si las torturas y las penas crueles son penas, la indiferencia de su sufrimiento en cuanto a las penas legales constituiría una doble punición: una ilegal y otra legal. El sofisma –en mal sentido de la palabra– sostendría, por el contrario, que las penas crueles y la tortura, por ser ilegales, no son penas”. Agrega el ministro de la Corte Suprema que “La tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes, impuestos por agentes estatales a una persona en razón de la comisión de un delito, sea como castigo ilegal o como medio ilegal de obtener pruebas, son penas. Siendo penas deben

³⁶ Herrendorf, Daniel E., *El poder de los jueces*, Abeledo Perrot, 3era edición, Buenos Aires, 1998, p. 88.

compensarse con las penas legales que se le imponga por el mismo delito o con la que ya venga sufriendo por ese hecho”³⁷.

A los fines de llevar adelante esta tarea de compensación de penas ilegales, la prueba del contenido histórico del tiempo existencial de prisión resulta fundamental, dado que éste reconfigura permanentemente la pena a la que eventualmente un ser humano será o ya ha sido sometido. El relato de quien sufre el encierro se convierte en un aporte esencial para lograr conocer cómo se ha dado la reconfiguración, que tendrá historias de traslados; golpes, tortura; privación de alimentos; inexistente acceso a la salud; afectación de la privacidad; humillaciones de todo tipo; restricciones de contacto familiar; en resumen, daño al cuerpo y la mente de quien sufre encierro, como así también de sus seres queridos.

En este sentido, cabe tener en consideración que “El empleo del contenido histórico del tiempo existencial tiene el sentido de enunciar que el valor *en tiempo* de la fuerza punitiva ejercida durante la coerción se define en un saber relativo al trato punitivo aplicado. Su contenido está determinado por el *sentido histórico de aquellos acontecimientos temporales* susceptibles de ser individualizados como tratos arbitrarios. Estos pertenecen a la *vida biográfica de la persona* a partir de su ingreso a prisión y es desde allí donde debe operar el registro de los acontecimientos”³⁸. De este modo, “el saber que incorpora el análisis del trato punitivo se sustenta en la realidad histórica de la personas en referencia a todo el trayecto temporal que deba cuantificarse. Esa historicidad es la realidad de aquello de lo que fue privado arbitrariamente en un pasado que perdura, porque el tiempo de prisión es una totalidad sucesiva de acontecimientos temporales que no se despojan del presente y condicionan el futuro (escasa capacidad de elección, pérdida de expectativas, limitaciones espaciales). De este modo, la cuantificación es aquel proceso actualizador de lo histórico, transformando lo sucedido en una realidad presente”³⁹.

Los tratos arbitrarios en prisión entonces deben ser considerados no sólo a la hora de cuantificar pena, sino también a la hora de redefinir la misma en la fase de ejecución penal. Y ello porque “La ejecución de la sentencia penal altera totalmente su materia, porque ésta fija una pena en tiempo lineal que se cumple en tiempo existencial del penado, que además es dinámico, pues se va modificando al compás de las circunstancias. No es posible que la sentencia

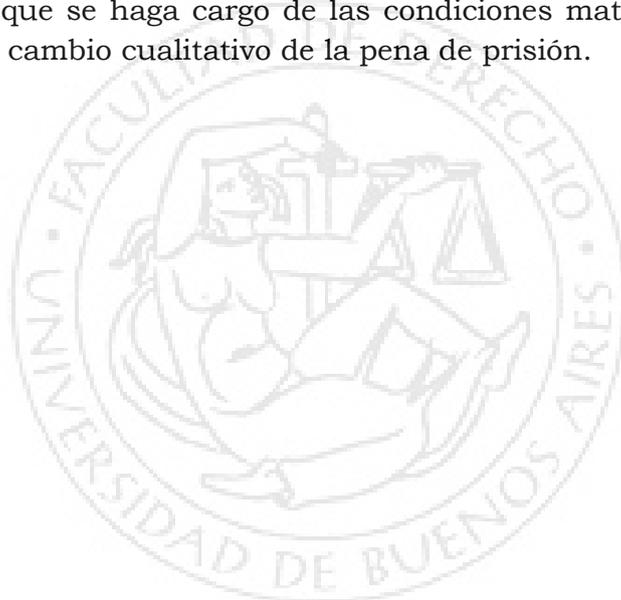
³⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Las penas crueles y la doble punición”, en *La medida del castigo. El deber de compensación por penas ilegales*, Vacani, Pablo Andrés (coordinador), Ediar, Buenos Aires, 2012, p. 358 y 365,

³⁸ Vacani, Pablo Andrés, “El contenido histórico del tiempo existencial de prisión”, en *La medida del castigo...*, ob. cit. p. 310.

³⁹ *Ibidem*, p. 310.

prevea el grado de sufrimiento de cada uno de esos momentos”⁴⁰. Más aún si nos atenemos al reciente precedente “Germano” emanado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en fecha 14/2/2012⁴¹, en el que se sostuvo que “... una pena que se ejecuta de modo diferente se convierte en una pena distinta y, por ende, en caso de ser más gravosa su ejecución resulta una modificación de la pena impuesta en perjuicio del condenado”.

Los estándares de reparación mínima establecidos por la jurisprudencia reciente, y que he comentado, auguran un camino para que los tratos arbitrarios a los que las personas son sometidas en encierro sean visibilizados por el sistema de justicia penal, como una forma de garantizar efectivamente la prohibición de doble punición en nuestro país, y, el derecho de toda persona a una sentencia que se haga cargo de las condiciones materiales de encierro que producen un cambio cualitativo de la pena de prisión.



⁴⁰ Slokar, Alejandro, “La Ley de los sin ley”, en *La medida del castigo...*, ob. cit. p. 94.

⁴¹ CSJN, Causa N° 763. XLVI, “RECURSO DE HECHO Germano, Karina Dana s/ causa n° 12.792”.



LA LEY 23.070 SOBRE CÓMPUTO DE LA PRISIÓN PADECIDA DURANTE LA ÚLTIMA DICTADURA MILITAR (1976-1983)

Su aplicación analógica a casos de tortura y malos tratos

Diego Luna

“Han cambiado mucho las cosas, pero los presos de ayer y los presos de hoy, en un cierto sentido histórico, son casi los mismos. Son las generaciones de jóvenes que en dos momentos distintos de nuestra historia los encontró incorporados a la participación política o lanzados masivamente a la exclusión y la marginalidad”¹

I. Introducción.

Las condiciones gravosas del encierro carcelario padecido durante la última dictadura militar argentina (24/03/76 - 10/12/83) fueron contempladas en la ley 23.070², sancionada una vez recuperada la democracia, como un mecanismo de compensación en base a la intensidad de los padecimientos sufridos durante la prisión. La ley se sustenta en una presunción que no admite prueba en contrario de que durante ese período los detenidos padecieron malos tratos y torturas. En consecuencia, establece un régimen de cómputo privilegiado del tiempo en términos cuantitativos. Nos proponemos indagar sobre los fundamentos históricos, exegéticos de esa norma y ensayar una posible fundamentación iusfilosófica susceptible de ser generalizada y trasladada a la actualidad del caso argentino. Sostenemos que dicha ley – vigente actualmente– puede resultar de aplicación analógica a las actuales condiciones de detención que se cumplen en muchas cárceles de los sistemas penitenciarios federal y provinciales.

II. Cárcel y dictadura: las condiciones de encierro entre 1976 y 1983.

A los efectos de contar con un marco general respecto de las condiciones de detención padecidas, nos valemos –fundamentalmente– de los trabajos que Pilar Calveiro y Santiago Garaño aportan desde la antropología jurídica.

Calveiro sostiene que las detenciones injustificadas, la tortura sistemática, la desaparición de personas y fusilamiento de prisioneros fueron algunas de las modalidades del último período de la denominada Revolución Argentina, que

¹ AAVV, *Del otro lado de la mirilla. Olvidos y memorias de ex presos políticos de Coronda 1974-1979*, Santa Fe, El periscopio, 2008, p. 254.

² Sancionada el 04/04/1984; Publicada en el Boletín Oficial N° 25471 del 20/07/1984.

no hicieron más que exacerbar el clima de violencia. Según estimaciones de la agrupación *Montoneros*, entre 1966 y 1973 murieron alrededor de cien militantes y se encarceló a más de quinientos; pero a partir de 1976 la relación se invertiría y serían mucho más numerosos los muertos que los detenidos. Calveiro postula que la tortura en las cárceles no fue una novedad del régimen militar, sino una aceptada continuidad de la lógica represiva común al cuartel, como al presidio, pues así como la sociedad argentina de la segunda posguerra sabía que la tortura se aplicaba en comisarias y cárceles sobre los presos comunes como práctica normal e ininterrumpida, así también sabía que se castigaba a los soldados, por medio de una disciplina arbitraria y cruel. Los conscriptos –y también los presos– son hombres cuya individualidad desaparece en el uniforme³.

A partir del golpe de Estado de 1976, el eje de la actividad represiva dejó de girar alrededor de las cárceles para pasar a estructurarse en torno al sistema de desaparición de personas, que se montó desde y dentro de las Fuerzas Armadas. Aún así, si bien el campo de concentración tuvo su propia lógica, esta fue la de una extraña combinación de diversos mecanismos de supresión del conflicto, a través de su negación (la desaparición), su eliminación (el asesinato), y también por separación y compartimentación para evitar que contamine (la cárcel). Así es que pudo advertirse el fenómeno del intercambio de prisioneros entre campos de concentración y cárceles legales⁴. Por un lado, había presos legalizados en las cárceles que reaparecían luego de un cautiverio en centros clandestinos de detención. Por otro, en sentido inverso, los presos eran sacados de la cárcel y luego fusilados en intentos de fuga o "enfrentamientos" fraguados, o bien secuestrados por grupos de tareas en las puertas de las prisiones –una vez decretada su libertad– y que continúan desaparecidos. En muchos casos, personal penitenciario integraba grupos de tareas de algún centro clandestino de detención⁵.

A poco tiempo de concluida la dictadura militar, un grupo de familiares de desaparecidos y detenidos por razones políticas realizó una publicación en la que afirmaba: "La abundante documentación existente sobre los asesinatos que tuvieron lugar en las cárceles; el número de detenidos que fueron empujados al suicidio; los trastornos psíquicos que han padecido o padecen un cierto número de los mismos; las permanentes vejaciones y violencia física, psíquica y moral a que son sometidos los presos políticos (reiteradas veces

³ CALVEIRO, PILAR, *Política y/o violencia. Una aproximación a la guerrilla de los años 70*, Buenos Aires, Verticales de Bolsillo, 2008, pp. 31 y 59.

⁴ CALVEIRO, PILAR, *Poder y desaparición. Los campos de concentración en Argentina*, Buenos Aires, Colihue, 2006, pp. 27, 87 y 137.

⁵ GARAÑO, SANTIAGO, *Entre resistentes e "irrecuperables": Memorias de ex presas y presos políticos (1974-1983)*, Buenos Aires, Tesis de Licenciatura-UBA, 2008, p. 13.

denunciada); los ataques a la familia (en forma directa, llegando hasta el secuestro y la desaparición, o indirecta, debilitando u hostigando los vínculos del preso político con su familia) y el intento de extrañamiento de su núcleo de pertenencia social permiten afirmar que no sólo se lo quiere anular como militante popular, sino también como persona"⁶.

En este sentido y siguiendo la opinión de Garaño, podemos sostener que el régimen de las distintas cárceles de máxima seguridad en las que estuvieron detenidos alrededor de doce mil presos políticos se caracterizó por un sistema de aniquilamiento psicofísico en base a rutinas represivas que incluían: a) castigos físicos: golpes de puño y con objetos contundentes, quemaduras con cigarrillos, duchas con agua helada, encierro con poco o nada de ropa en climas sumamente fríos, privación de alimentos y agua, realización de ejercicios físicos hasta el agotamiento; b) tratamiento diario: hostilidad permanente, provocaciones, falta de respeto y humillaciones, agresividad y desprecio en todo momento, amenazas e insultos; c) imposibilidad de recurrir a las autoridades penitenciarias: diálogo inexistente con autoridad alguna; d) reducción de beneficios: como, por ejemplo, la posibilidad de comprar alimentos, recibir de los visitantes objetos de uso personal o comida, disponer de útiles de escritura, conservar cartas y cuadernos, realizar manualidades, usar ropa personal; e) diferenciación de regímenes: fue su objeto lograr la división de los presos políticos y corromper o desmoralizar a los elementos más débiles creando falsas expectativas; f) métodos paracarcelarios: interrogatorios y entrevistas llevadas a cabo por personal no penitenciario; visitas intimidatorias por personal uniformado o no de las fuerzas armadas o de represión; vejación a los familiares durante las visitas; desinformación sobre la situación de los detenidos, que incluyó la negativa a publicar las listas de los detenidos durante un largo período; g) aislamiento: del núcleo familiar y social; h) indefensión: por la connivencia o desentendimiento del Poder Judicial sobre lo ocurrido en su ámbito jurisdiccional; i) censura: de todo tipo de información y material de estudio y lectura, así como de la correspondencia; j) ataque a la salud: por desatención y malas condiciones de vida intencionalmente implementadas⁷.

⁶ FAMILIARES DE DESAPARECIDOS Y DETENIDOS POR RAZONES POLÍTICAS, *Testimonios sobre la represión y la tortura. Historia de los regímenes carcelarios: Coronda, Sierra Chica, Rawson, Epílogo*, Buenos Aires, Riobamba, 1984, p. 3.

⁷ GARAÑO, *ob. cit.*, pp. 15/16. Conviene consultar: AAVV, *Nosotras, presas políticas*, 4ª ed., Nuestra América, Buenos Aires, 2012; ANTOGNAZZI, IRMA, "La vida adentro de las cárceles durante la dictadura militar del '76", disponible en: <http://www.razonyrevolucion.org/textos/revryr/prodetrab/ryr4Antognazzividaenlascarcels.pdf>; D'ANTONIO, DÉBORA, "Represión y resistencia en las cárceles de la última dictadura militar argentina", *La revista del CCC* 2, 2008, disponible en: <http://www.centrocultural.coop/revista/exportarpdf.php?id=29>; GUGLIELMUCCI, ANA, "Visibilidad e

III. El régimen de compensación de tiempo de ley 23.070.

Según Daroqui, con la sanción de la ley 23.070 los gobernantes surgidos con el advenimiento de la democracia de 1983 “estratégicamente decidieron no hacer una amnistía política como hizo Héctor J. Cámpora, ya que el gobierno de Alfonsín no podía sostener una política exclusiva de liberación de los presos políticos cuando se afianzaba al mismo tiempo *la teoría de los dos demonios*. Por eso se pretendió compensar la salida de los presos políticos con la de los presos sociales, para quienes significó una fuerte descompresión y muchas libertades. Y claro, una vez más, se plantea también *humanizar la cárcel*”⁸.

A los efectos de lo que nos interesa destacar, basta con recordar los dos primeros artículos:

ARTICULO 1.- A los condenados, con sentencia firme o no, y a los detenidos procesados, en el período comprendido entre el 24 de marzo de 1976 y el 10 de diciembre de 1983, la privación de libertad cumplida en dicho lapso se les computará, a todos los efectos legales, de la siguiente forma: por cada dos días de reclusión, prisión o prisión preventiva, tres de reclusión, prisión o prisión preventiva.

*ARTICULO 2.- A los condenados, con sentencia firme o no, en el período comprendido entre el 24 de marzo de 1976 y el 10 de diciembre de 1983, que hubiesen estado sometidos al régimen carcelario previsto en los decretos Nros. 1209/76, 780/79 y 929/80, la privación de libertad cumplida en dicho lapso se les computará a razón de dos días por cada día de reclusión, prisión o prisión preventiva.*⁹

invisibilidad de la prisión política en Argentina: La 'cárcel vidriera' de Villa Devoto (1974-1983)", disponible en: http://www.pparg.org/pparg/carceles/globalidad/analisis/_b/contentFiles/guglielmucci_villa_devoto.pdf; y de la misma autora, "Entrelazando memorias: Cuándo, cómo, y qué recuerda un grupo de ex prisioneras políticas de la 'cárcel de Villa Devoto' entre 1974 y 1983", en *Avá. Revista de Antropología* 7, 2005, pp. 1-18.

⁸ DAROQUI, ALCIRA, “Epílogo”, en GARAÑO, SANTIAGO y PERTOT, WERNER, *Detenidos-Aparecidos. Presas y presos políticos desde Trelew a la dictadura*, Buenos Aires, Biblos, 2007, p. 302.

⁹ Los restantes: “ARTICULO 3.- El cómputo establecido en los artículos anteriores no podrá ser acumulado con los beneficios que, con posterioridad al 10 de diciembre de 1983 hasta la fecha de promulgación de la presente ley, hayan derivado de conmutaciones de pena. En estos casos se aplicará solamente el régimen que resulte más favorable al interesado. ARTICULO 4.- Modifícase para el período y con los alcances de los artículos precedentes el artículo 24 del Código Penal. ARTICULO 5.- Comuníquese al Poder Ejecutivo”.

Dejamos de lado la discusión que giró en torno de la naturaleza del instituto previsto en la ley 23.070: si se trata de una amnistía o un supuesto de conmutación general de penas. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) se ha ocupado de este asunto. En el primero de una serie de precedentes sostuvo que “*el dictado de la ley 23.070, por la cual se sancionó un régimen de excepción al art. 24 del Código Penal en cuanto concierne al modo de computar la detención sufrida por procesados y condenados entre el 24 de marzo de 1976 y el 10 de diciembre de 1983, hace necesario que el Tribunal practique en la causa nuevo cómputo de conformidad con las nuevas reglas establecidas*”¹⁰. Más allá de la discusión acerca de su naturaleza jurídica, también la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que la ley 23.070 vino a instituir una “*forma de computarse una pena privativa de libertad*”¹¹.

No nos preguntaremos entonces si la naturaleza del instituto legislado en la ley en cuestión, es o no una conmutación general de penas y nos centraremos en el aspecto problemático que deriva del hecho cierto de que establece un “cómputo de la pena” diferencial como correlato de unas ciertas circunstancias de encierro carcelario. A este respecto, nos basta con señalar con Bidart Campos, quien avala la tesis que el juez Petracchi sostuviera en el precedente “Solís” de la CSJN, que esa facultad de disminución de penas con carácter general y abstracto “es una competencia anexa a la de fijar la sanción penal y su duración, por lo que queda absorbida exclusivamente en la facultad privativa del Congreso federal para dictar el código penal”¹².

IV. Exégesis de la ley 23.070. Sobre el género común y el sustrato de la presunción.

La moderna ciencia del derecho es tributaria de la escuela francesa de la exégesis. Siendo el modo exegético un supuesto mental corriente en el razonamiento de los juristas y reparando en el provecho que arroja sobre la interpretación de leyes contemporáneas¹³, ensayaremos una somera aproximación de ese tenor a la ley 23.070.

¹⁰ CSJN, “Moyano”; Fallos 306:883, sent. del 30/07/1984. En lo que aquí interesa, el art. 24 del CP, establece: “*La prisión preventiva se computará así: por dos días de prisión preventiva, uno de reclusión; por un día de prisión preventiva, uno de prisión...*”.

¹¹ Resolución N° 15/87; Caso 9635 Argentina; 30/06/1987.

<http://www.cidh.org/annualrep/86.87sp/Argentina9635a.htm>

¹² BIDART CAMPOS, GERMÁN, “Indulto, conmutación de penas, amnistía, y ley penal más benigna (a propósito de la ley 23.070)”, *El Derecho* 121, 1987, p. 211.

¹³ AFTALIÓN, ENRIQUE, VILANOVA, JOSÉ y RAFFO, JULIO, *Introducción al derecho*, 3ª edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, p. 254.

Teniendo presente sus prescripciones, cabe distinguir entre el tipo de presunción que la ley 23.070 establece, por un lado, de lo que la misma ley presume como sustrato fáctico del antecedente endonormativo, por el otro. Lo primero constituye una presunción que no admite prueba en contrario: *iuris et de iure*, al decir de los juristas. Lo segundo –el sustrato fáctico– no alude a otra cosa, sino a la inhumanidad de las condiciones de detención.

Destacamos así las palabras del senador Berhongaray en cuanto sostuvo: *“tenemos que legislar para la generalidad. No podemos analizar cada caso en particular, y si bien algunos presos comunes o sociales sufrieron vicisitudes similares a las de estos presos sometidos a regímenes especiales (...) es muy difícil determinarlo e insisto: nosotros debemos legislar para la generalidad, no para casos particulares”*¹⁴. Se advierte en esas expresiones la razón de legislar contemplando situaciones asimilables y genéricamente consideradas, pero que de ningún modo podrían verificarse caso por caso, sino que se las tendría por ciertas englobándolas en un género común.

En igual sentido se expresó el senador Marini, quien afirmó que se *“estudió con detenimiento este tema, tratando de reparar la evidente injusticia de un régimen carcelario padecido por muchos (...) A algunos les será imposible probar esos apremios que, sabemos, han existido”*¹⁵. Nuevamente se advierte la presunción derivada de una generalidad o regularidad de situaciones que, aunque observables en muchos casos, eran insusceptibles de ser acreditadas o verificadas en otros tantos.

Lo dicho alcanza para señalar que en lo legislado en esa ocasión, subyace la idea de una presunción que no admite prueba en contrario. El presupuesto fáctico o sustrato de hecho antecedente, del cual habría de derivarse un diferenciado cómputo del tiempo de detención, es algo que en la ley no se ha normado de manera explícita, sino implícitamente. Cuando la ley 23.070 menciona el período temporal comprendido entre dos fechas (24/03/76 y 10/12/83), establece una presunción *iuris et de iure* en cuyo mérito se asume que durante ese lapso temporal, las condiciones de detención han revestido un género común de características.

¿Cuáles son esas características o circunstancias genéricas? Pues bien, las condiciones de detención, crueles, inhumanas y degradantes, entre las que se señala particularmente a la tortura en los antecedentes parlamentarios y que conformaron un circuito represivo particular, como lo señalan Calveiro y Garaño; cuyo comienzo no puede precisarse en el 24 de marzo de 1976, pero

¹⁴ Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, 21/06/1984, p. 732.

¹⁵ *Ibid.*, p. 735.

sí puede aseverarse que desde esa fecha se intensificaron o mantuvieron sistemáticamente, como políticas del terrorismo de Estado.

Ya en el mensaje del por entonces Presidente de la Nación –Raúl Alfonsín– al Congreso de la Nación por el cual se remitiera el proyecto que diera origen a la ley 23.070 se destacaba que la *“situación de los detenidos no condenados se vio agravada por el hecho de que las condiciones carcelarias imperantes en ese período fueron notoriamente inhumanas...”*¹⁶. En la jurisprudencia de la CSJN, ha sido el juez Petracchi quien ha explicitado, en sendos votos concurrentes, el presupuesto implícito en el cómputo diferenciado al sostener que *“la ley 23.070 es una ley posterior más benigna que disminuye, con carácter general, las consecuencias de la relevancia penal de ciertos hechos cuando sus autores han sufrido determinadas condiciones de encierro”*¹⁷. Esas determinadas condiciones de encierro a las que alude Petracchi, pueden rastrearse en los debates parlamentarios que llevaron a la sanción de la ley en cuestión y son las que investigaciones sociológicas, antropológicas y sociopolíticas han puesto en evidencia.

En el examen exegetico, advertimos en las expresiones del senador Berhongaray (La Pampa) que el fundamento del cómputo privilegiado del tiempo de privación de la libertad *“radicaba fundamentalmente en las condiciones de extrema rigurosidad a que fueron sometidos todos los detenidos, ya sean los llamados comunes o sociales y los especiales o políticos”*. El tratamiento especial a los segundos, se justificaba *“no por la naturaleza de los delitos sino por las condiciones carcelarias a que se vieron sometidos (...) la situación de los presos comunes o sociales revistió también en muchos casos una inhumanidad como aquella a la que fueron sometidos otros presos que soportaron regímenes más duros (...) Hubo gente que fue sometida a un régimen carcelario mucho más riguroso porque las cárceles no cumplieron con la función establecida en la Constitución: no brindaron la seguridad de los presos en ellas detenidos sino que, por lo contrario, fueron castigados y muchas veces hasta vejados y sometidos a castigos inhumanos (...) las cárceles del país no han cumplido su función de readaptación social ¡Cómo la van a cumplir si en los fundamentos de estos mismos proyectos de ley estamos diciendo que el trato ha sido inhumano y excesivamente riguroso! (...) precisamente el fundamento fáctico de estas medidas de conmutación y rebaja de penas que estamos tomando es la desvirtuación que se hizo del sistema carcelario (...) Hoy el*

¹⁶ Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 31/05/1984, p. 881; DOMÍNGUEZ HENAÍN, DANIEL, *Ley 24.390. Prisión preventiva*, Rosario, Juris, 2000, p. 168.

¹⁷ Del voto del juez Enrique Petracchi en los precedentes “Solís”, Fallos 308:1298, sent. del 26/08/1986 y “Lago”, Fallos 310:1026, sent. del 02/06/1987.

*pueblo ha tomado conciencia de esta realidad y quizá de la inhumanidad con que fueron tratados muchos de los detenidos*¹⁸.

Siguiendo esa distinción trazada entre las diversas condiciones de detención padecidas por los denominados presos políticos y los comunes, el diputado Cortese expresaba: *“De manera muy especial se contempla a quienes estuvieron sometidos al régimen carcelario particular establecido por los decretos 1.209/76, 780/79 y 929/80, que se caracterizó por su severidad”*¹⁹.

El senador Marini (Santa Fe) a su turno sostuvo que *“hay que conocer las realidades, hay que saber que las cárceles no han educado sino que, en realidad, han corrompido”*²⁰. Del senador Nápoli (Río Negro), quien también hace la distinción entre presos comunes y políticos, puede destacarse lo siguiente: *“Hemos recibido un sistema carcelario en el que primaron las ilegalidades, los malos tratos, las torturas. Los que tuvieron el infortunio de padecerlo merecen hoy nuestra sensibilidad y nuestra preocupación (...) Es obligatorio referirse aquí al régimen carcelario que sufrieron, donde no sólo se pretendió su destrucción física, psíquica y moral, sometiéndoselos a un sistema especial establecido por los decretos 1.209/76, 780/79 y 929/80, en flagrante violación del artículo 18 de la Constitución Nacional²¹, sino que además fueron víctimas, en muchos casos en la misma prisión, de duras golpizas y mortificaciones que en nada se compadecen con lo establecido por el artículo 1º de la Ley Penitenciaria Federal, la que nos habla de la readaptación del condenado y bajo ningún aspecto de su mortificación o destrucción”*²².

¹⁸ Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, 21/06/1984, pp. 726, 732/733 y 735.

¹⁹ Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 07/06/1984, p. 1359. A los detenidos por razones políticas se les aplicó una serie de medidas carcelarias que conformaron un "tratamiento penitenciario" (regulado por sucesivos reglamentos y directivas militares) y su administración tuvo particularidades en las diversas cárceles de "máxima seguridad". Este régimen penitenciario se caracterizó por una clasificación a partir de 1977 en tres grupos según "niveles de peligrosidad" de matriz positivista: G1 ("irrecuperables"), G2 ("posiblemente recuperables") y G3 ("recuperables"). El Reglamento de 1979 señala una clara ruptura con los anteriores: incorpora una denominación nueva para hacer referencia a los genéricamente considerados presos políticos. Desde 1979 y hasta el 16 de noviembre de 1983 serían llamados "DT" ("Delincuentes Terroristas") o "DS" ("Delincuentes Subversivos") y no ya "internos" como planteaba el Reglamento de 1974 (GARAÑO, *ob. cit.*, pp. 14/15 y 85).

²⁰ Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, 21/06/1984, p. 736.

²¹ El art. 18 de la CN, establece, en lo que aquí interesa: *"Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice"*.

²² *Ibid.*, pp. 736/738. El art. 1º del Decreto-Ley 412/1958 (Publicado en el Boletín Oficial N° 18.571 del 24/01/1958), por el cual el Presidente de facto Pedro Eugenio Aramburu había aprobado las "Normas legales a que deberá ajustarse el Régimen Penitenciario", prescribía: *"La ejecución de las penas privativas de libertad tiene por objeto la readaptación social del condenado. El régimen penitenciario deberá utilizar, de acuerdo con las necesidades peculiares de cada caso, los medios de prevención y de*

Otro tanto del senador Solana (Neuquén), quien manifestó: “*El catálogo de atrocidades que anunció en su discurso el señor senador por Río Negro –Nápoli– resulta más que suficiente para demostrar que el Honorable Senado está abocado a una verdadera reparación de arbitrariedades manifiestas, de situaciones de ilegalidad, de un estado totalmente ajeno a las normas de la Constitución y del debido proceso legal*”. Solana mencionaba también “*la indudable compasión que en todo hombre de bien siempre despierta el conocimiento de las situaciones notoriamente inhumanas a las que muchos de ellos se han visto sometidos*”²³.

Finalmente, destacamos las palabras del senador Saadi: “*Esos sobrevivientes que hoy queremos sacar de la cárcel han sido sometidos, como bien se ha dicho, a las más crueles torturas (...) no hubo cárceles higiénicas para seguridad y reeducación de los presos, sino para martirio y tortura de los detenidos en ellas*”²⁴. El senador por Catamarca hizo insertar un documento aportado por la “Comisión de Presos Sociales” de la cárcel de Devoto en el que se expresaba, entre otros conceptos: “*entendemos que el cómputo doble (2 x 1) del tiempo de detención transcurrido entre el 24 de marzo de 1976 al 10 de diciembre de 1984, no alcanza a paliar los efectos de la desastrosa administración de justicia que hizo estragos durante estos ocho años, pero por lo menos zanja una inadmisibles y arbitraria discriminación a la que no podemos encontrar razones*”²⁵.

En la Cámara de Senadores, la votación del proyecto aprobado por los Diputados quedó dividida entre 18 senadores, de extracción justicialista, a favor de un cómputo de 2 días por cada 1 sin distinciones y otros 18 senadores (radicales) a favor de un cómputo de 3 días por cada 2 para los presos comunes y 2 por 1 para los presos políticos. Ante esa situación, el presidente provisional del Senado, Otero, sostuvo que ese problema le había quitado el sueño en los últimos diez días “*no porque pensara que iba a ser [quien] decidiera con su voto, sino porque tenía muchas dudas sobre cuál era el mejor camino para hacer justicia*”²⁶. Otero, de extracción radical, desempató a favor de la propuesta votada por los senadores de su partido, es decir: 3 por 2 para presos comunes y 2 por 1 para presos políticos. Debido a las enmiendas introducidas en el Senado, el asunto regresó a Diputados para su consideración en la sesión realizada los días 28 y 29 de junio de 1984. La

tratamiento curativo, educativo, asistencial y de cualquier otro carácter de que pueda disponerse, de conformidad con los progresos científicos que se realicen en la materia”.

²³ *Ibid.*, pp. 741/742.

²⁴ *Ibid.*, p. 743.

²⁵ *Ibid.*, p. 755.

²⁶ *Ibid.*, p. 748.

Cámara de Diputados modificó el artículo 3° y la ley quedó definitivamente sancionada en el Senado, el 4 de julio de 1984.

V. La inhumanidad de las condiciones de detención como hecho antecedente y el privilegiado cómputo como prestación debida.

Esclarecido el sustrato fáctico que da fundamento a la consecuencia jurídica, es decir, al deber o prestación derivado de ello, cabe indagar sobre la consecuencia misma de la inhumanidad de las condiciones de detención que la ley da por supuesta.

A este respecto, Berhongaray expresó: *“Nos hacemos cargo de esa realidad y por ello aprobamos la conmutación y las rebajas de penas. Es un hondo sentido filosófico, un hondo sentido de justicia el que motiva este proyecto que estamos propiciando”*²⁷. Si bien la postura de Marini no se vería plenamente plasmada en la ley, tal vez sea quien más claramente haya expresado el sentido de justicia del cómputo diferencial derivado de la presunción de inhumanidad de las condiciones de detención: *“Se debe reparar esta tremenda injusticia, es necesario reflexionar (...) no es lo mismo estar un año detenido y tratado normalmente que encontrarse un año detenido en la forma como fue tratada la inmensa mayoría de la población carcelaria. No es lo mismo levantarse para desayunar a que lo levanten para darle una sesión de picana eléctrica o para hacerle el ‘submarino’ seco o con agua, o para darle una paliza, o simplemente para bañarlo con agua helada en una madrugada de invierno, o para someterlo a un sinfín de torturas que la población carcelario ha sufrido no una vez sino en reiteradas oportunidades. En consecuencia, consideramos que un día o un año transcurrido en esas condiciones debe ser equivalente a tres días o a tres años, para de esa manera poder decir que hemos reparado la injusticia”*²⁸.

Como se advierte, Marini defendía el cómputo de tres días por cada uno padecido en esas condiciones, postura de máxima que finalmente terminaría cediendo en beneficio del consenso, lo cual no invalida las razones claramente expresadas que pueden resumirse en que no es lo mismo un año de mera privación de la libertad, que ser torturado y tratado cruelmente durante ese año de privación de la libertad. En ese sentido, Napoli sostuvo: *“Esto nos parece justo y suficiente para reparar en principio las desviaciones del sistema carcelario, los sufrimientos y las mortificaciones que han debido soportar esas personas privadas de su libertad durante los últimos años (...) El criterio adoptado en esta ley nos lleva a fijar un cómputo más amplio que establece, desde luego, un principio de reparación que es inminente adoptar, de acuerdo*

²⁷ *Ibid.*, p. 733.

²⁸ *Ibid.*, p. 736.

con nuestras convicciones éticas y humanas”²⁹. En síntesis, tomando las palabras del diputado Cortese: “No hay modificación de pena; hay una modalidad distinta y especial en el cómputo, determinada por las circunstancias graves de la detención durante ese período”³⁰, a saber: por cada día de privación de la libertad, se computará un día y medio o dos, según se trate de las condiciones genéricamente crueles e inhumanas presuntamente aplicadas a los *presos comunes* o si, además, a esas condiciones por demás gravosas se suman las severidades prescriptas en cierta normativa de facto (decretos 1.209/76, 780/79 y 929/80), destinadas a los *presos políticos*, respectivamente.

VI. Actualidad de la tortura en las cárceles argentinas. El botón de la muestra.

En su informe de 2012 sobre la situación de los derechos humanos, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) afirma que “la tortura y los malos tratos afectan de forma cotidiana a las personas privadas de libertad, como práctica extendida en todo el territorio nacional. Es un fenómeno que se oculta, a partir de la ausencia de información consolidada respecto de las denuncias que tienen lugar en todos los centros de detención del país”³¹.

A su vez, el Comité Contra la Tortura de la Comisión Provincial por la Memoria (CPM-CCT) sostiene: “La tortura constituye una práctica institucional ejercida por funcionarios públicos con cuatro características centrales: se trata de prácticas *sistemáticas* en su morfología y secuencia instrumental, *extendidas* en todos y cada uno de los espacios del archipiélago institucional bonaerense, *persistentes* a lo largo del tiempo y dotadas de un piso de *impunidad garantizada* que las transforma en engranaje de verdaderas maquinarias de administración de dolor”³².

²⁹ *Ibid.*, p. 737.

³⁰ Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 28 y 29/06/1984, p. 1836.

³¹ CELS, *Derechos Humanos en Argentina. Informe 2012*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2012, p. 187. Remitimos a otra instancia la discusión acerca de cómo se expresa y en qué grado, la tortura y los malos tratos; para lo cual puede consultarse MOTTO, CARLOS y DAROQUI, ALCIRA (coords.), *Cuadernos de la Procuración Penitenciaria de la Nación. Cuaderno N° 2: malos tratos físicos y torturas en cárceles federales*, Buenos Aires, PPN, 2012. Allí se concluye que “el abordaje institucional no ha sido otro en estos años que un reforzamiento de la violencia por medio de mayor severidad en el trato cotidiano, el aumento de las medidas de aislamiento (individuales, colectivas, formales e informales) y una mayor extensión e intensidad en el maltrato físico y la tortura. Correlativamente (...) hemos visto el aumento de las muertes por suicidio, muertes que el SPF no cataloga como violentas” (p. 146). También, PPN; CPM y GESPyDH, *Registro Nacional de casos de tortura y/o malos tratos. Informe Anual 2011*, Buenos Aires, PPN, 2012 (disponible en <http://www.ppn.gov.ar/?q=node/1706>)

³² CPM-CCT, *Informe anual 2012. El sistema de la crueldad VII*, La Plata, CPM, 2012, p. 82.

Mientras que la Procuración Penitenciaria de la Nación (PPN), en su informe anual sostiene que “el ejercicio de la tortura no es patrimonio exclusivo de los períodos dictatoriales. En la actualidad se registran prácticas tales como los simulacros de fusilamiento, las quemaduras y la aplicación de descargas eléctricas que se encuentran vigentes y forman parte del sometimiento y abuso que los presos deben soportar durante su tránsito por las cárceles argentinas (...) Esta gravísima situación expone la vigencia y sistematicidad de la tortura en las cárceles federales”³³.

En este contexto, sostiene Daroqui que “la vulneración de derechos en el ámbito carcelario en este presente se hace más extrema debido a que en el afuera no aparecen, salvo contadas excepciones, ni desde el campo político ni desde el campo social, cuestionamientos hacia el Estado sobre las prácticas sistemáticas de producción de sufrimiento, de violencia, de abandono, de tortura y malos tratos que padecen diariamente mujeres y varones encarcelados en nuestro país”³⁴. Agregamos nosotros que la inercia del saber de los juristas desemboca, también, en una notable escasez de cuestionamientos desde su campo académico y mucho más, desde el campo judicial.

VII. La cuestión de la analogía lógica y la analogía jurídica *in bonam partem*.

Los alcances de la analogía *in bonam partem* no han merecido la misma atención teórica que el problema de la analogía *in malam partem*. A diferencia del esfuerzo dedicado a lo segundo, como reverso del mismo problema, el jurista dogmático penal no ha reflexionado con pareja profundidad en torno de lo primero, limitándose a mencionar que la interpretación analógica en favor del imputado está permitida.

La teoría egológica sentó las bases filosóficas de la fundamentación del principio de legalidad y su consecuente prohibición de analogía en perjuicio del imputado, a partir de que “no es racional extender lo irracional”³⁵. Cabe preguntarse entonces: ¿es racional limitar lo irracional? La articulación de aquella noción, la tesis egológica de la irracionalidad de la pena y las

³³ PPN, *Informe anual de la Procuración Penitenciaria de la Nación. Año 2011. La situación de los derechos humanos en las cárceles federales de la Argentina*, Buenos Aires, PPN, 2011, p. 48. En una investigación realizada hace unos años, se pudo dar cuenta de “que el 72,1% de las personas detenidas en cárceles atraviesan situaciones de malos tratos y torturas por parte del personal penitenciario” (PPN, *Cuerpos castigados. Malos tratos y tortura en cárceles federales*, Buenos Aires, del Puerto, 2008, p. 165).

³⁴ DAROQUI, *ob. cit.*, p. 307.

³⁵ COSSIO, CARLOS, “El principio *nulla poena sine lege* en la axiología egológica”, *La Ley* 48, 1947, pp. 1135/1150.

condiciones de trato cruel, inhumano o degradante en que se cumplen, actualmente y por lo general, las penas privativas de libertad en el sistema penitenciario argentino, con especial referencia a la tortura, permite indagar sobre la posible aplicación analógica de la ley 23.070 cuando se verificare, en un caso concreto actual, las condiciones gravosas de cumplimiento del encierro carcelario que esa ley presume, sin admitir prueba en contrario, para el período transcurrido entre el 24/03/76 y el 10/12/83.

El problema deja de ser el de las normas generales, para interpelar directamente el rol de los jueces. Se trata de la perspectiva de la sentencia judicial, pues al decir de Cossio: “en la sentencia judicial se dan cita todos los problemas que definen el interés del jurista”³⁶. En principio no existe óbice hermenéutico para, una vez verificado el trato inhumano en prisión, aplicar por analogía la ley 23.070 en cuanto aquel trato se homologue con el sustrato fáctico al que alude la presunción que no admite prueba en contrario contenida en el artículo 1°. Ello conduce a computar tres días de prisión, por cada dos días de encierro padecidos. Si además se verificasen los rigores normados en los decretos reglamentarios 1209/76, 780/79 y 929/80, resultaría de aplicación analógica el artículo 2° de la misma ley, que establece un cómputo de dos días por cada día de prisión.

Aftalión, Vilanova y Raffo enseñan que todo razonamiento por analogía lleva implícita la presuposición de un género común, pues sólo sobre la base de él se hacen equiparables los casos entre los que se establece la analogía³⁷. La analogía en general, en cuanto recurso lógico del razonamiento jurídico común a todas las ramas del derecho, se presenta con esos caracteres y se denominada “analogía lógica”. Explica Cossio que mientras la analogía lógica se limita a señalar una igualdad, la denominada “analogía jurídica” expresa la justicia de esa igualdad lógica. La analogía jurídica establece la *justicia* de un igual trato para dos casos esencialmente iguales; es decir, establece la justicia de la igualdad, lo que, sin duda, es un juicio de valor sobre el proceder de la razón cuando la referencia normativa incide sobre este proceder. Dicho de otro modo: la analogía lógica es la verdad de una igualdad, en tanto que la analogía jurídica es la justicia de la igualdad³⁸.

En materia penal, Zaffaroni, Alagia y Slokar sostienen que suele distinguirse entre analogía *in malam partem* y analogía *in bonam partem*, entendiéndose por la primera la que integra la ley extendiendo la punibilidad y por la segunda la

³⁶ COSSIO, CARLOS, “Prefacio”, en CUETO RUA, JULIO, *El “common law”*, Buenos Aires, La Ley, 1957, p. 12.

³⁷ AFTALIÓN, VILANOVA y RAFFO, *ob. cit.*, p. 631, n. 17.

³⁸ COSSIO, CARLOS, *La plenitud del ordenamiento jurídico*, 2ª edición, Buenos Aires, Losada, 1947, pp. 221/222 y 230.

que la restringe más allá de la letra de la ley. La primera está totalmente proscripta, en tanto que la segunda es admisible, siempre que no sea arbitraria. En particular lo es en las causas de justificación, cuando la imponen o admiten los campos jurídicos a que la ley remite³⁹.

Como señalamos, Cossio supo esclarecer el fundamento iusfilosófico que subyace a la necesidad de restringir el castigo penal: no es racional extender lo irracional. El principio *nulla poena sine lege* con su consecuente exclusión de la analogía en perjuicio del imputado, es un principio axiológico-dogmático peculiar de una determinada rama del derecho positivo, cuyo último fundamento radica en la justicia racional como razonabilidad que se manifiesta en la limitación de las sanciones penales, genéricamente irracionales⁴⁰. Ese principio de razón fundamenta filosóficamente la regla de la prohibición de analogía en perjuicio del imputado. Pero en esa máxima radica también el fundamento de razón de la extensión por analogía de una ley que reduce o restringe la irracionalidad de las penas, tal como ocurre cuando las condiciones de su cumplimiento han excedido su genérica irracionalidad tornándose inhumanas. Sobre esta base, entendemos que puede sostenerse que es racional limitar lo irracional. He ahí la intrínseca justicia de la analogía *in bonam partem* en materia penal.

VIII. Una visión realista de las condiciones de detención y su normación positiva.

Postula Zaffaroni que el hombre, cuando formula su pregunta en forma guerrera o señorial, recorta la realidad a la medida de su voluntad de dominio y espera una respuesta limitada a lo que le interesa para dominar. Pero el ente interrogado no conoce ese recorte de la pregunta y sólo puede responder con toda su entidad, porque no sabe hacerlo de otra manera⁴¹. La propuesta para el penalista es interrogar a la prisión para que este fenómeno se exprese en toda su entidad, sin recortes constructivistas amparados en definiciones legales. En este sentido, Anitua afirma que “los intérpretes de la ley también tienen que considerar esos datos de la realidad y así obtener otras consecuencias jurídicas, relativas a la propia pena, y en concreto a favor de quienes sufren esas penas crueles”⁴². La CSJN ha sentado las bases para una semejante revolución epistemológica en materia de ejecución penal. En su razonamiento, conscientes o no de ello, resuena el eco de los argumentos que

³⁹ ZAFFARONI, E. RAÚL., ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª edición, Buenos Aires, Ediar, 2002, pp. 118/119.

⁴⁰ LUNA, DIEGO, “La tesis egológica de la irracionalidad de la pena”, *Frónesis* 17-1, 2010, p. 12.

⁴¹ ZAFFARONI, E. RAÚL, “¡Qué pena!”, en ZAFFARONI, E. RAÚL, *La medida del castigo. El deber de compensación por penas ilegales*, Buenos Aires, Ediar, 2012, p. 27.

⁴² ANITUA, IGNACIO, “Epílogo. Filosofía y prisión”, en ZAFFARONI, *ob. cit.*, p. 370.

dieran fundamento a la sanción de la ley 23.070: “una pena que se ejecuta de modo diferente se convierte en una pena distinta y, por ende, en caso de ser más gravosa su ejecución resulta una modificación de la pena impuesta en perjuicio del condenado”⁴³.

Desde el momento en que una pena no se haga cargo de la finitud del ser humano, nota esencial de su humanidad, es por eso mismo una pena inhumana; una pena que no se hace cargo de las contingencias y sufrimientos de la existencia humana, por lo mismo, es una pena cruel. Así afirmaba Messuti hace ya más de dos décadas, que: “Si la muerte no entra en los cálculos jurídicos de la pena, esos cálculos pueden llevar a proporciones falsas (...) Sólo cuando el ordenamiento jurídico reconozca la mortalidad de su criatura, la ‘temporalidad’ que le es propia, se acercará un poco más a ese equilibrio que busca. Y así reconocerá la verdadera intensidad de la pena que aplica”⁴⁴.

De eso se trata la cuestión que nos ocupa, de reconocer la intensidad de la pena y de la injusticia que implica, en términos de trato desigualitario ante la ley, considerar de igual modo el paso por prisión con todo el sufrimiento existencial que ello puede haber provocado, como si este no hubiera existido⁴⁵. Es decir, considerar que un año de mero encierro carcelario es exactamente igual a un año de tratos crueles e inhumanos padecidos en el mismo contexto de encierro.

En nada cambia el hecho de que el jurista reconozca explícitamente la diversa entidad cualitativa que tienen las dos situaciones señaladas (mero encierro por un tiempo determinado y encierro, por el mismo tiempo cronológico, con graves padecimientos y restricciones de derechos), si persiste en afirmar que nada puede hacer mientras no exista normativa expresa que permita compensar en términos de descuento de pena, el padecimiento que hubiere sufrido el recluso durante un cierto tiempo cronológico. La más ortodoxa tradición exegética postula que en los casos de ley clara y expresa no habría dificultad alguna. El juez, prescindiendo del juicio que le merezca la justicia intrínseca de la ley, debe aplicarla estrictamente: *dura lex sed lex*⁴⁶. La situación nos recuerda una elocuente expresión de Raffo en clave cossiana: “*El*

⁴³ CSJN; G. 763. XLVI; RHE, “Germano, Karina Dana s/ causa n° 12.792”, sent. del 14/02/2012.

⁴⁴ MESSUTI, ANA, *El tiempo como pena*, Buenos Aires, Ediar, 2008, pp. 74/75. Sobre la relación entre tiempo existencial y privación de la libertad: LUNA, DIEGO, “La noción de tiempo existencial como superación del positivismo jurídico en la razonabilidad de la pena”, en ZAFFARONI, *ob. cit.*, pp. 277/303.

⁴⁵ Del impacto existencial que acarrearán las torturas, tratos crueles e inhumanos nos hemos ocupado en otra ocasión: LUNA, DIEGO, “Las condiciones de prisión como frustración del proyecto de vida. Un ensayo a partir de la jurisprudencia de la Corte IDH y la CSJN”, *Revista de Derecho Penal y Criminología* III-4, 2013, pp. 175/190.

⁴⁶ AFTALIÓN, VILANOVA y RAFFO, *ob. cit.*, p. 753.

juez que busca en la norma la manera de eludir su responsabilidad con la solución, cree que elude su responsabilidad: es un juez cobarde (...) Cuando un juez dice ‘dura lex sed lex’, es que está haciendo una canallada”⁴⁷.

Resultaría arbitrario esgrimir como argumento que el recurso de la analogía no es admitido en materia penal o que no habiendo ley para el caso no cabe computar de otro modo las penas, cuando la analogía reclamada no lo es para extender la irracionalidad del castigo, sino para limitarla. Tal sería el supuesto de hacer valer analógicamente una ley, como la 23.070, pensada para dotar de justicia una situación extremadamente injusta como las condiciones crueles e inhumanas de detención padecidas durante la última dictadura militar, a las actuales condiciones de detención cuando estas se verificaren como crueles, inhumanas o degradantes.

La negación del descuento del tiempo de pena no lograría otra cosa sino admitir lo inadmisibile: la legitimidad de una pena cruel e inhumana, lo cual colocaría al Estado Argentino –en cuanto toda sentencia judicial es un acto de uno de los poderes del Estado– al borde de la responsabilidad internacional por, cuanto menos, inobservancia (y tal vez, connivencia, en su afectación) de normas convencionales que proscriben el trato cruel, inhumano o degradante.

IX. La posibilidad de una interpretación analógica.

La declaración de inconstitucionalidad no es el único expediente interpretativo para despejar el escollo sistemático con que se topa el pensamiento calculante del penalista ortodoxo⁴⁸. Admitir que el fundamento de la ley 23.070 radicó en la arbitrariedad e ilegitimidad del trato dispensado a las personas privadas de su libertad en el régimen carcelario vigente durante la última dictadura militar, posibilita la aplicación por analogía –fundada en la razón de justicia– de las prescripciones de esa ley al contexto actual.

Según Cueto Rúa, la noción “laguna del Derecho” alude a una situación de injusticia: el caso aparentemente no previsto tiene solución en el ordenamiento jurídico vigente, pero la solución es insatisfactoria por no realizar el valor justicia. Tales situaciones se salvan con recursos interpretativos tales como extender el alcance de “una norma específica para

⁴⁷ RAFFO, JULIO, “Acceso a la Justicia en la Ciudad de Buenos Aires ¿Justicia para quién?” Disponible en: <http://www.youtube.com/watch?v=cSxtvWlJic4>

⁴⁸ A propósito del denominado pensamiento calculante: MESSUTI, ANA, *La justicia deconstruida*, Barcelona, Bellaterra, 2008, pp. 53/84. La filosofía hermenéutica pone en crisis el pensamiento calculante del que tan cómodamente se valen los penalistas modernos para evadir la cuestión, creyendo a la vez haberla resuelto. Messuti sugiere la hipótesis de que la exasperación de racionalidad se explicaría por la presencia de una cuota de “irracionalidad no admitida”. La irracionalidad mítica que pretende ver identidad entre delito y pena, parte de la idea hegeliana de igualdad interna en cuanto que determinación del valor común entre una lesión causada (crimen) y otra infligida (castigo).

subsumir en ella casos que se encontraban previstos de otra manera en una norma de mayor generalidad”. Ante la aparente carencia del instrumental normativo para realizar la justicia requerida por el caso, podemos inclinarnos a hablar de “laguna”, es decir, de carencia o falta de normas jurídicas en las que apoyar la solución requerida. Sin embargo, sostiene Cueto Rúa, donde hay grandes jueces y juristas es muy raro oír hablar de lagunas del derecho. Ellos saben aproximarse a los fenómenos humanos y captar sus sentidos, encontrando en el ordenamiento jurídico una norma jurídica que permita resolver el caso de manera no lesiva de la justicia⁴⁹.

Siguiendo a Cueto Rúa, podemos decir que la privación de la libertad durante un período temporal en el cual se presume que las condiciones han sido crueles e inhumanas, se encuentra alcanzada específicamente por la ley 23.070; mientras que la privación de la libertad fuera de aquel período histórico y en la cual efectivamente las condiciones hubieran sido crueles e inhumanas, es susceptible de resultar alcanzada analógicamente por los preceptos de esa misma ley. Ello depende tanto de la grandeza del juez penal, como de su falta de cobardía para valerse de un recurso interpretativo que le impida consumir una canallada. Contraponer al canallesco *dura lex sed lex*, la justicia de la analogía jurídica. De eso se trata.

X. Una propuesta a modo de conclusión.

En pocas palabras y a modo de síntesis, dejamos señaladas las siguientes premisas que a la vez constituyen una propuesta de interpretación jurídica para el activismo judicial argentino:

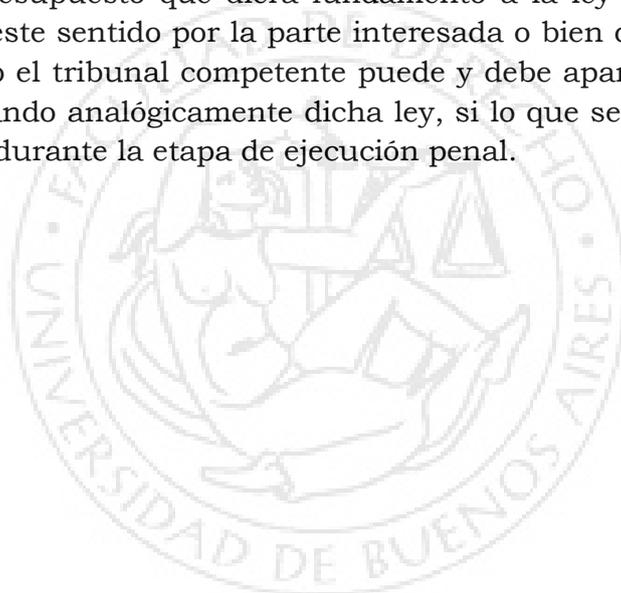
- 1) La ley 23.070 establece una presunción que no admite prueba en contrario.
- 2) Con la ley 23.070, se presume que entre el 24/03/76 y el 10/12/83 las condiciones de detención en las cárceles argentinas, fueron crueles e inhumanas, con particular referencia a la existencia de malos tratos y torturas.
- 3) Aquella presunción opera como antecedente jurídico que genera el deber del Estado de compensar el tiempo de detención cumplido en esas condiciones.
- 4) Ante la existencia de torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes en las actuales condiciones de detención, la ley 23.070 podría resultar de aplicación por analogía.
- 5) La similitud o analogía, que permitiría la aplicación de la ley 23.070 a situaciones actuales, está dada por la verificación en el caso

⁴⁹ CUETO RUA, JULIO, *Fuentes del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982, pp. 212/214.

concreto de una situación asimilable a las circunstancias de encierro que se presume han existido entre los años 1976 y 1983.

- 6) El tiempo transcurrido durante una privación de la libertad en la que se hubieran padecido torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes debe ser computado de manera privilegiada a fin de compensar esa injusticia.
- 7) Ese cómputo privilegiado del tiempo debe conducir a compensar en una proporción equivalente al 50% (3 días por cada 2) o el 100% (2 días por cada 1) del tiempo cronológico ya cumplido.

Consideramos que ante la verificación de las condiciones de detención asimilables al presupuesto que diera fundamento a la ley 23.070, mediando una petición en este sentido por la parte interesada o bien de oficio, el juez de ejecución penal o el tribunal competente puede y debe apartarse del cómputo tradicional aplicando analógicamente dicha ley, si lo que se pretende es hacer justicia también durante la etapa de ejecución penal.





LA VIOLENCIA QUE “NO SE VE”: TERCERIZACIÓN DEL ORDEN CARCELARIO MEDIANTE LA GESTIÓN EVANGELISTA.

Un caso particular para interpelar el posicionamiento del abogado defensor frente a la violencia carcelaria¹.

María Jimena Andersen y Pablo Andrés Vacani

I. Introducción.

En este trabajo nos hemos propuesto problematizar la cuestión de la visibilidad y representatividad de la violencia carcelaria en las prácticas jurídicas. Nos ocuparemos específicamente de la violencia –material, penitenciaria, delegada- que opera como sustrato, como condición de posibilidad para la emergencia de los pabellones evangelistas, y también de aquella violencia “disimulada” que se cristaliza en la administración del orden impuesto en los espacios “de culto”.

Estamos pensando en los pabellones evangelistas como un *síntoma*, algo que aparece en la superficie y que nos permite problematizar los procesos de actualización de la violencia carcelaria, así como sus mecanismos de naturalización, legitimación y utilización de estos regímenes de tercerización del orden y la violencia.

Los pabellones evangelistas se han tornado un “recurso” que emplean tanto los penitenciarios como los operadores judiciales. Pero estos regímenes no han existido siempre en las cárceles bonaerenses. Desandar su producción histórica implica preguntarnos ¿cuáles fueron las condiciones de posibilidad

¹ Una primera versión de este artículo se presentó en las “II Jornadas de debate y actualización en temas de Antropología Jurídica”. Sección Argentina de RELAJU. Realizadas en la Facultad de Derecho (UBA), el 30 y 31 agosto de 2012.

para la emergencia de los pabellones evangelistas? Y en todo caso, ¿cómo fue que esta propuesta de gobierno se tornó exitosa en el ámbito bonaerense?

Para trazar caminos en busca de posibles respuestas a los interrogantes planteados debemos orientar nuestra mirada hacia los programas de gobierno penitenciario implementados en la actualidad. En esta línea de análisis, trabajos recientes elaborados por organismos de Derechos Humanos - Procuración Penitenciaria de la Nación, Comité contra la Tortura y Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)- y grupos de investigación con adscripción científico-académica, han evidenciado que el crecimiento abrupto de la tasa de población carcelaria² se desarrolló, en los últimos veinte años, conjuntamente con un incremento de la violencia: aumento de las muertes bajo custodia, las represiones y agresiones físicas dentro de los muros³.

La información producida echa por tierra los enunciados que fundamentan la pena en las funciones de ortopedia social, rehabilitación y transformación subjetiva. Antes bien, el contenido de los referidos trabajos devela las propiedades que asume hoy un modelo penal centrado en la gestión de los riesgos y en la neutralización e incapacitación de poblaciones denominadas “de alta peligrosidad”.

² Según el informe anual 2011 presentado por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), a mayo de 2010, el total de detenidos en la provincia de Buenos Aires era de 30.132, y el porcentaje de presos preventivos giró en torno al 73%. En 1990 esa población carcelaria no alcanzaba los 7.500 detenidos cfr. CELS, *Derechos Humanos en Argentina. Informe 2011*, Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2011, pág. 181. Según el informe anual 2010 de la Procuración Penitenciaria, las 35 cárceles federales de la Nación alojan un total de 9.580 detenidos. Nuestro país pasó de 21.016 presos en 1992 a 60.621 a fines de 2006, es decir, un incremento del 188,4%, incluyendo a las 6.621 personas privadas de libertad en comisarías o delegaciones de fuerzas de seguridad. El Comité contra la Tortura, en su informe 2012, señala que en la provincia de Buenos Aires, al 2007 la cantidad de detenidos era de 24.208 para alcanzar los 29.467 en 2010, existiendo una población actual de 27.991 al 29 de diciembre de 2011. CCT, Informe Anual 2012, pág. 43.

³ cfr. ONU, *Report of the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, del 5 de febrero de 2010. Sobre el caso particular de América Latina, v. Salla, F., Rodríguez Ballesteros, P y otros, *Democracy, Human Rights and Prison Conditions in South America*, San Pablo, Universidad de Sao Pablo, 2009; En el caso local, sobre las cárceles federales, v. Procuración Penitenciaria, *Proyecto de seguimiento y actualización sobre malos tratos físicos y torturas en cárceles federales*, en Informe Anual 2010 y respecto a cárceles bonaerenses, CCT, Informes Anuales, 2004-2011. *El sistema de la Crueldad I, II, III, IV, V y VI*, La Plata.

“Si aquel procesamiento, el anátomo-político, consistía en la desarticulación del cuerpo social para su rearticulación en una máquina de individualizadas funcionales, con el objetivo de producir poblaciones políticamente dóciles y económicamente productivas (Foucault 2000). Ahora parece primar la búsqueda de la docilidad sobre la productividad, como una de las tácticas para la regulación de poblaciones de riesgo a partir de la neutralización de sus potencialidades como masa crítica. Se despliega entonces un modo específico de regulación basado en prácticas de violentas donde el castigo, y en especial el castigo violento que produce daño físico, se constituyen en el fundamento de una estrategia tendiente a establecer relaciones de dominio y subordinación” (Motto 2012b).

Nuestro punto de partida: siendo la estrategia de sometimiento centrada en la producción de sumisión y subordinación aquella que impera en las cárceles bonaerenses, resulta útil interpretar los regímenes evangelistas a la luz de dicha grilla de inteligibilidad. Así como, cuestionar su *des*-problematización en el ámbito de las prácticas jurídicas.

Con estos objetivos hemos dividido la presentación en dos amplias dimensiones: *lo penitenciario* y *lo judicial*. En los primeros dos acápites atendemos a la descripción material y de las prácticas penitenciarias que componen el escenario carcelario actual, detallando las particulares de los regímenes evangelistas. En los siguientes apartados apuntamos a cuestionar el sentido común de la cultura jurídica y su contraparte, la enseñanza del derecho en la Universidad de Buenos Aires. Finalmente, establecemos unas breves reflexiones a modo de cierre.

II. Someterse o sufrir⁴: aproximaciones a las condiciones materiales de encierro en las cárceles bonaerenses de la actualidad.

⁴ Debemos esta frase y gran parte de las reflexiones que integran este texto a la ponencia de Carlos Motto, 2012b. “*Administración y rutinización de la violencia penitenciaria, los casos del SPF y el SPB*” presentada en el Seminario de estudios comparados sobre las estrategias del gobierno de la cárcel neoliberal en Argentina y en Francia. GESPyDH-Observatorio de Jóvenes y Adolescentes. IIGG-FCS-UBA.

La pregunta por los pabellones evangelistas, por su existencia y su razón de ser, contiene una interrogación más amplia sobre las características que asume la cárcel actual, en relación a las *condiciones estructurales* –cantidad de personas encarceladas, condiciones materiales de encierro, falta o deficiente alimentación, falta o deficiente atención a la salud⁵- como a las *prácticas penitenciarias* –técnicas de gobierno, tortura, producción de sometimiento- .

En lo que respecta a la primera dimensión, podemos aseverar que en los últimos 20 años la población encarcelada ha aumentado en forma sostenida. Si bien el encarcelamiento ha crecido de modo general en nuestro país, el Servicio Penitenciario Bonaerense (SPB) presenta una importante absorción de la captura penal ya que en los últimos 10 años inauguró 22 nuevas cárceles, poniendo a disposición alrededor de 8.000 plazas (Motto 2012a)⁶.

Estas nuevas unidades revisten particularidades, se trata mayoritariamente de cárceles de máxima seguridad emplazadas en el interior de la provincia, alejadas de los centros urbanos y suburbanos. Tal distribución geográfica habilita el confinamiento de los presos bonaerenses en localidades alejadas de sus vínculos familiares y afectivos y también de sus respectivos juzgados. Por otra parte, debido al contexto de amplia corrupción política en que se realizaron, los nuevos edificios replicaron la situación carcelaria general. Con los años fueron presentando serias complicaciones en cuanto a las condiciones materiales: falta de agua, deficiente funcionamiento de las cloacas, instalación eléctrica precaria; así como, ausencia de profesionales de la salud, falta de insumos para la atención a la salud o medicamentos vencidos, y escasez de comida o comida en mal estado / contaminada.

Es decir que la construcción de nuevas unidades no logró responder en forma eficaz a la creciente apertura de los canales de captura del sistema. Entre otros factores intervinientes podemos señalar la escasa presencia de personal

⁵ Estos son los indicadores que hemos seleccionado para trabajar en este texto. De ningún modo se trata de una descripción exhaustiva, no pretendemos reducir la complejidad de las condiciones estructurales a estos indicadores, sólo los empleamos para ilustrar a qué nos referimos conceptualmente.

⁶ Desde 1997 en total se construyeron 33 nuevas cárceles en el SPB.

de seguridad interna, el rápido deterioro de las condiciones materiales, y el extendido desarrollo de redes de corrupción.

Estos elementos lograron gestar una verdadera *situación crítica o límite* del sistema carcelario, produciendo un estado de permanente de precariedad en las condiciones de vida intramuros. A los fines de graficar este estado, desagregaremos las características de tres indicadores: el hambre, las malas condiciones de alojamiento y la falta o deficiente atención a la salud. Trabajamos aquí con un resumen de los resultados presentados por el Registro Nacional de Casos de Tortura 2011⁷.

A. Falta o deficiente alimentación.

Se relevaron 171 casos de personas víctimas de la falta o deficiente alimentación. El 78% de los entrevistados reconoció “haber pasado hambre” durante los últimos 2 meses, producto de la ausencia o deficiente acceso a alimentos. Entre estas víctimas se consultó la cantidad de tiempo (días) durante el cual padeció esta situación, obteniendo un promedio de 25,5 días (casi un mes) con hambre.

Es notablemente preocupante que en 1 de cada 3 casos para los que se dispone el dato, las víctimas padecieron hambre durante los 2 meses completos que contempla el registro o más; se trata de un grupo de población para el que el hambre constituye un estadio crónico de la vida en el encierro. Finalmente, se destaca un 5% de las víctimas de este padecimiento entrevistadas que relataron haberlo sufrido durante más de 90 días y hasta por 240 días.

Respecto de las características del alimento recibido, el 90% declaró que su calidad es absolutamente deficiente. En igual sentido, en el 83% de los casos

⁷ El Registro Nacional de Casos de Tortura (RNCT) fue creado en la República Argentina en el año 2010 por acuerdo interinstitucional entre el Comité contra la tortura de la Comisión por la Memoria de la Provincia de Buenos Aires, la Procuración Penitenciaria de la Nación y el grupo de estudio sobre Sistema Penal y Derechos Humanos del Instituto Gino Germani de la Facultad de ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires. Para mayor información puede consultarse el informe completo en aquí: <http://gespydhiigg.sociales.uba.ar/files/2014/01/Informe-Anual-RNCT-2011.pdf>

registrados se manifestó que estaba mal cocida (cruda, dura, recocida, etcétera) y en el 61% que estaba en mal estado (con hongos, con olor a podrido, con fermentaciones).

Al relevar la descripción de las últimas comidas recibidas, las respuestas principales fueron:

- Comida con gusanos y/u hongos
- Agua “sucia” con huesos y verduras con cáscara, sin lavar
- Fideos pegados en un bloque, unidos por grasa, que al enfriarse forma una pieza de gelatina sólida
- Un pedazo de carne semi-cruda con olor a podrido
- Huesos y verduras sueltos en mal estado (verdura achicharrada y huesos podridos)
- Porotos con agua y un hueso, con trozos de grasa

En relación a la cantidad recibida, y aún cuando varias personas entrevistadas expresaron que la comida no podía ingerirse por las razones antes expuestas, el 80% manifestó que es absolutamente insuficiente, es decir, que ni siquiera cubre la ración para un adulto. Como expresaba una de las víctimas: *“Paso hambre porque la comida es poca. Me dan un solo plato. A veces viene bien y a veces mal, pero siempre es poca”*.

Al analizar los efectos de la comida provista, se destaca que al 62% su ingesta le provocó dolencias o problemas de salud, en general vómitos, descompostura, forúnculos, granos en cara y espalda, dermatitis varias, úlceras estomacales, hemorroides, constipación, mareos, dolores de cabeza y diarrea, entre las principales.

B. Malas condiciones materiales⁸.

El aspecto de deficiencia material que las personas sufren con más frecuencia es la falta de acceso a elementos de higiene, tanto para asear la celda (173 casos) como para el aseo personal (160 casos). Ello implica que las personas deben vivir en condiciones de absoluta insalubridad por la suciedad, los olores nauseabundos, la proliferación de plagas, etcétera. Esta situación se agrava por la falta de agua caliente (122 casos), la falta de acceso a duchas (105 casos), la falta o el deficiente acceso a sanitarios -que usualmente se tapan y desbordan- y las situaciones de hacinamiento poblacional (115 casos en ambos deficiencias). En promedio, cada víctima padeció 9 condiciones materiales degradantes juntas y registramos casos extremos de personas que sufrían 16, 17 y hasta 18 deficiencias en las condiciones materiales en forma simultánea.

La degradación de las condiciones materiales de detención se produce en los diferentes espacios de las instituciones de encierro⁹.

C. Falta o deficiente atención a la salud¹⁰.

Se relevaron 150 casos de personas que padecen la falta o deficiente asistencia de su salud. Las dolencias y/o enfermedades son en muchos casos graves,

⁸ El ítem de malas condiciones materiales se mide a través de 20 indicadores: falta de elementos de higiene para la celda, falta de elementos de higiene personal, falta de agua caliente, celda con insectos, ventanas sin vidrios, falta de acceso a sanitarios (y/o deficientes), hacinamiento, falta de acceso a duchas, falta de almohada, falta de luz artificial, falta de elementos para comer y beber, falta de luz natural, falta de colchón ignífugo, falta de agua en la celda, falta de mantas, pabellón y celda con ratas, celda inundada, falta de colchón, falta de ropa, falta de calzado.

⁹ En 74 casos (35,7%) el agravamiento de las condiciones materiales de detención se produjo en los lugares de alojamiento habitual de las víctimas, es decir, en las celdas comunes destinadas a la población estable. En 81 casos (39,1%) se produjeron en lugares de sanción (en donde también se alojan personas en calidad de ingreso o admisión) y en 52 casos (25,1%) en lugares de tránsito.

¹⁰ La falta o deficiente asistencia de la salud se registra a partir de 7 falencias distintas que no son excluyentes, es decir que una persona puede sufrir varias a la vez: el servicio médico no atiende a las víctimas, ignora sus dolencias y/o no les realiza las curaciones prescriptas, impedimentos para realizar estudios y/o intervenciones (cirugías u otros tratamientos), falta o entrega insuficiente y/o discontinua de medicamentos o alimentación especial.

donde corre serio riesgo la vida de las personas y/o se comprometen órganos vitales.

La desatención se analizó en relación al tipo de dolencia o lesión presentada por los entrevistados. En casos que sufrían dolencias de salud agudas o lesiones¹¹, cada víctima sufría en promedio la combinación de 2 faltas o deficiencias distintas. Se destaca que las deficiencias más frecuentes consisten en la falta de atención médica, las dificultades para la entrega de medicamentos y que el servicio médico ignora sus dolencias.

En los casos de personas que sufren problemas de salud sin diagnóstico¹², cada víctima sufría en promedio la combinación de 2,6 faltas o deficiencias distintas. Se registran como principales problemáticas la falta de atención médica, las dificultades en la entrega de medicamentos, que el servicio médico ignora sus dolencias y los impedimentos para realizar estudios. Estas víctimas no contaban siquiera con un diagnóstico profesional por los problemas de salud que padecían, en una situación de completo abandono por parte del estado que necesariamente implica el agravamiento progresivo de sus dolencias o enfermedades.

Finalmente, en los casos en que sufrían problemas de salud diagnosticados¹³, cada víctima sufría en promedio la combinación de 2,7 faltas o deficiencias distintas. Se registran como principales problemáticas las dificultades en la entrega de medicamentos, la falta de atención médica, que el servicio médico ignora sus dolencias y las dificultades para recibir la alimentación especial prescripta. La desatención por parte de los profesionales de la salud y la falta de entrega de medicación y/o dietas especiales frente a enfermedades diagnosticadas, en muchos casos de gravedad, supone para estas personas la imposibilidad de contar con garantías de continuidad de los tratamientos médicos requeridos.

¹¹ Las dolencias agudas o lesiones son aquellos problemas de salud que se presentan de modo irregular o circunstancial (por ejemplo, dolor de muelas, de oídos, cólicos o dolencias como resultado de una golpiza propinada por el SPB).

¹² Se trata de dolencias por largos períodos, que no se presentan como agudas pero son persistentes y que, debido a la desatención, ni siquiera tienen un diagnóstico cierto.

¹³ En esta categoría se agrupan aquellos problemas que han sido diagnosticados por un médico, sea una enfermedad determinada, una afección circunstancial o crónica que requieren un tratamiento específico.

De otro lado, en lo que respecto a las prácticas¹⁴ penitenciarias debemos destacar aquellas que involucran actos de violencia institucional o delegada.

Entre los principales indicadores que definen la violencia penitenciaria señalamos las agresiones físicas, el aislamiento y los traslados constantes.

D. Agresiones físicas.

Fueron registrados los testimonios de 124 víctimas de torturas y/o malos tratos físicos, lo que implica que un 53% de las 235 personas entrevistadas sufrieron violencias físicas por parte de agentes penitenciarios en la provincia de Buenos Aires. Dado que cada persona presa puede haber sido agredida físicamente más de una vez en los dos últimos meses que contempla este Registro, se releva información sobre la cantidad total de hechos violentos padecidos en ese período. Es así que las personas detenidas comunicaron haber sufrido 163 hechos de torturas y/o malos tratos físicos en los dos meses previos a la entrevista, lo que indica que en promedio cada persona detenida fue torturada y/o maltratada físicamente 1,3 veces, en un rango de entre 1 y 3 agresiones por víctima.

El relevamiento en detalle de las distintas dimensiones que hacen a la tortura y/o maltrato de agresiones físicas nos permite dar cuenta de la intensidad con que la violencia se ejerce sobre los cuerpos de las personas detenidas: cada hecho combina distintas formas de agresión en manos de varios victimarios que actúan simultáneamente y en 7 de cada 10 casos tiene como consecuencia lesiones de gravedad que comprometen seriamente la integridad física e incluso la vida de las víctimas.

Las agresiones físicas se caracterizan por combinar distintas formas (actos) de violencia. Así, los actos¹⁵ de distintas agresiones confluyentes registrados

¹⁴ Tal como sostiene Carlos Motto (2012b) “hablamos de acciones que se suceden regularmente y que están provistas de un sentido además de su evidente e inmediato efecto sobre el cuerpo de las víctimas. La conceptualización de estos hechos como prácticas se sustenta en tres constataciones: *no son excepciones, son gestos y hábitos arraigados, son actos programados.*”

¹⁵ Los actos que se emplean para relevar “agresiones físicas” son: golpe, golpiza, ducha/manguera de agua fría, puntazos o cortes, bala de goma, gas pimienta/lacrimógeno, pata-pata (golpes en la planta del

suman 325, lo que implica que en cada hecho de agresión se combinan en promedio 2 actos de violencia física, en un rango de entre 1 y 8 actos por hecho.

Se aprecia que las golpizas y los golpes están presentes en la amplia mayoría de dichas combinaciones de violencias y que se despliega toda otra serie de modalidades intensivas de agresiones físicas como los puntazos o cortes, la asfixia-submarino, quemaduras, picana eléctrica y abuso sexual, entre otras.

A modo de ejemplo, transcribimos algunos relatos de las personas entrevistadas sobre los actos de agresión sufridos: *“Me empezaron a pegar y me dejaron desnudo durante tres días. Me hicieron pata-pata, me ahorcaban, me asfixiaban para dejarme sin fuerza. Me llevaron a la ducha y me dejaron ahí tres horas bajo el agua fría”, “Me estuvieron pegando media hora en la celda. Después me llevaron a ducharme con agua fría”, “Me hicieron desnudar y me daban piñas en la nuca para que no me quedaran marcas. Me dieron patadas en las piernas con las botas, me torturaron. Me dejaron todo el día desnudo”, “Me tiraron gas pimienta y entraron cuatro penitenciarios a la leonera. Me golpearon con piñas en las costillas y me empujaron contra la pared”.*

De las 124 víctimas, 91 (un 73,4%) refirieron haber sufrido lesiones en alguna o todas las agresiones físicas descritas que padecieron. Esto es, más de 7 de cada 10 víctimas de agresiones habían sido lesionadas producto de la violencia física padecida en los últimos dos meses. Así, 2 de cada 10 lesiones padecidas han sido severas. Por su parte, 3 de cada 10 lesiones fueron de nivel intermedias y 4 de cada 10 fueron leves.

E. Aislamiento.

Se entrevistaron 196 víctimas de prácticas de aislamiento durante los últimos 2 meses.

pie), pila humana (apilar cuerpos desnudos), puente chino (pasar por debajo de una fila de penitenciarios con palos), plaf-plaf (golpes en los oídos con las palmas abiertas) y criqueo (retorcer brazos hacia arriba y atrás).

97 personas detenidas entrevistadas (50,8% de los hechos descritos) indicaron que el aislamiento más gravoso que habían sufrido correspondía a una sanción. Entre las víctimas de aislamiento por sanción, aquellas que refirieron al tiempo de encierro en celda indicaron un mínimo de 21 horas diarias y el 95% expresó no salir de la celda en ningún momento del día, sufriendo encierros ininterrumpidos de 24 horas diarias. El promedio de tiempo de encierro en celda por sanción es de 23 horas y 54 minutos por día.

Este grado de segregación y confinamiento, además, se extiende por semanas: un 31% de las víctimas permaneció aislado más de dos semanas; y en 1 de cada 10 casos el aislamiento por sanción se extendió por más de un mes. En el extremo, 3 de esas personas permanecieron aisladas entre 50 y 60 días.

Los aislamientos por sanción son situaciones de especial vulneración de las víctimas y se caracterizan por dar lugar a la agregación de varios tipos de tortura. Especialmente gravosas son las condiciones materiales y alimentarias en las que se encuentran las personas sancionadas. Algunos testimonios indican: *“Es un verdugueo estar en los buzones quince días, sin lavarte los dientes, sin papel higiénico y sin poder lavarte las manos”, “La celda es muy fría, no funciona la calefacción”, “Me sacan a ducha con agua fría. No pasan mantas ni maquinillas de afeitar. No como casi nada y lo que como lo hago con las manos”, “Estoy todo manchado con grasa por comer con las manos”, “La comida es pésima, filtra el aire frío, no hay agua, comés con las manos como un perro”.*

Otra característica de las sanciones de aislamiento es que coadyuva o agrava la desvinculación familiar y social. Esto, entre muchas otras cosas, refuerza la impunidad penitenciaria siendo que las familias y allegados en muchos casos son la única vía de denuncia de situaciones de tortura y/o malos tratos. Así se expresan los relatos: *“Por la sanción me rebajaron la visita a una hora semanal”, “No me dan teléfono”, “Recién me pude comunicar con mi concubina al cuarto día de aislamiento y hablé cinco minutos”, “Estoy mal, no puedo hablar con mi familia”, “Mi familia vino hasta acá y sólo pude verlos quince minutos”.*

Asimismo, y a pesar de que formalmente las personas sancionadas deberían contar con atención médica diaria, sólo 1 de cada 3 casos registrados había sido revisado alguna vez (y de manera en extremo superficial) por el médico durante el aislamiento.

Las sanciones de aislamiento también suelen ser acompañadas por prácticas penitenciarias de agresión física que se producen como antecedente de la medida, en el trayecto a las celdas de castigo o durante el propio aislamiento. Algunos de los relatos lo ejemplifican: *“En las dos situaciones de aislamiento pasé mucha hambre, frío y me golpearon los agentes”, “Estuve veinte días en buzones después de una golpiza muy dura”, “Me pegaron estando en buzones por pedir que me dieran de comer”*.

Por su parte 32 personas detenidas entrevistadas (16,7% de los hechos descritos) indicaron que el aislamiento más gravoso que habían sufrido correspondía a una medida de seguridad.

Las “medidas de seguridad” son aquellas intervenciones judiciales o penitenciarias que tienen por fin declarado garantizar la integridad física de las personas detenidas que atraviesan alguna situación de riesgo. En este sentido, presentan la particularidad de pretender “proteger” por medio de la segregación, el aislamiento y la neutralización espacio-temporal de las personas detenidas.

Atendiendo a la descripción de las “medidas de seguridad” como el hecho de aislamiento más gravoso, encontramos que casi 7 de cada 10 fueron medidas de seguridad “penitenciarias” y no judiciales. Al igual que las sanciones informales, las “medidas de seguridad penitenciarias” son en general disposiciones arbitrarias del SPB sobre las personas detenidas, que las coloca en una situación de especial vulneración y desamparo.

El 90% de las personas para las que una medida de seguridad constituyó el aislamiento más gravoso indicaron permanecer 24 horas diarias encerradas en la celda, sin salir por ningún motivo. En esta modalidad de aislamiento, el promedio de tiempo de encierro diario es de 23 horas y 18 minutos.

La especificidad de esta modalidad de aislamiento radica en la aporía de buscar la “protección” de personas “en riesgo” (oficialmente, las destinatarias de estas medidas) a través de la segregación y el confinamiento en condiciones degradantes. La falta de alternativas para garantizar su integridad las coloca en una situación netamente depositaria que, en caso de resolverse, sólo puede implicar el traslado a otra unidad en la que volverán a ser aisladas. Como expresan algunos de los relatos: *“El juzgado me dijo que no podía hacer nada, porque las unidades no me reciben”, “Estuve aislado veintisiete días en la unidad 30 porque no me daban piso. Ahora estoy aislado hace veintiún días por la misma razón. El jefe me dijo que me iba a sacar de traslado”, “En el juzgado me dicen que por ser penado dependo del SPB y en la unidad me dicen que voy a tener que esperar un mes para que me saquen”, “Tengo medida tumbera porque no pueden subirme a piso y espero traslado”.*

Finalmente, 62 personas detenidas (32,5% de los hechos descritos) indicaron que el aislamiento más gravoso que habían sufrido correspondía al régimen del pabellón donde se encontraban alojadas.

Las personas pueden estar aisladas en las instituciones de encierro bonaerenses simplemente por el “régimen de pabellón”, es decir, por la modalidad establecida por el SPB o los institutos de menores para la vida en determinados pabellones. Esta situación tiene el agravante de ser la condición de vida permanente (es decir, no acotada en el tiempo) impuesta por las autoridades penitenciarias.

Las personas sometidas a aislamiento por el propio régimen del pabellón donde se encontraban alojadas indicaron permanecer en las celdas entre 20 y 24 horas diarias. El 75% sufría encierros de 24 horas diarias en esta modalidad de aislamiento (en los casos de los jóvenes detenidos en algunos institutos de menores alcanzan las 36 horas seguidas de encierro). El promedio de horas diarias de encierro en estos casos es de 23 horas y 36 minutos.

F. Traslados constantes.

Se registraron en total 85 víctimas de la práctica de traslados constantes. Los traslados constantes son una de las maneras de gestión de las poblaciones encarceladas de las que hace uso cotidiano, sistemático y masivo el Servicio Penitenciario Bonaerense.

Estas personas habían sido trasladadas en total por 922 cárceles distintas. Y sólo en los últimos dos meses fueron trasladadas por un total de 203 cárceles.

En promedio, cada víctima de traslados constantes pasó desde el inicio de esta práctica por 11,8 cárceles distintas y por 2,5 cárceles sólo en los últimos dos meses. A ello se suman 3 víctimas -como ejemplos paradigmáticos- que respondieron haber sido trasladadas “por todas” las cárceles bonaerenses.

Entre las personas entrevistadas, el 54% testimonió haber sufrido riesgo de vida por los traslados constantes. Al indagar los motivos por los cuales estimaban que su vida había estado en riesgo, se destacan tres situaciones producidas por el Servicio Penitenciario:

1. Agresiones físicas por parte del SPB: los traslados inter-carcelarios se caracterizan por ser momentos de particular despliegue de violencia hacia las personas detenidas, tanto en el camión como en los espacios de tránsito. Como expresaban algunas de las víctimas: *“Cuando me sacaron de la unidad 23 me estuvieron pegando dos horas”, “Entran a pegar palazos a todos y tiran gas pimienta en el camión”, “Me tiraron gas pimienta y me dieron golpes en la cabeza”.*
2. Fomento de conflictos entre personas trasladadas: el SPB suele utilizar los traslados como un espacio en el cual producir y/o fomentar conflictos entre pares que luego serán violentamente reprimidos por el personal penitenciario. Según las víctimas: *“Tengo amenaza de muerte por parte de presos que trabajan para la policía”, “Te trasladan con quien no te tienen que juntar”, “Viajaba con presos con los que había tenido*

problemas”, “Me trasladaron con otro detenido con el que tenía problemas y me quisieron cortar con un bisturí”.

3. Agravamiento de problemas de salud por las condiciones de los traslados: Durante los traslados las personas sufren pésimas condiciones materiales y alimentarias, son desatendidos los tratamientos médicos prescritos e incluso pasan por unidades donde no se pueden cubrir sus necesidades de atención de la salud. Algunos relatos al respecto indican: *“[En el traslado] no nos llevan a sanidad y nos dejan en buzones”, “No me dieron ropa, no me podía higienizar, no me veía un médico y no podía dormir”.*

Los traslados constantes tienen graves consecuencias para diversas dimensiones de las vidas de las víctimas: contradicen y anulan cualquier discurso tratamental en/de la cárcel al interrumpir estudios, trabajos, etcétera, extreman la precariedad en las condiciones de vida dado que en muchos casos implican el robo penitenciario de la totalidad de las pertenencias de la persona trasladada, obligan a las víctimas a habitar casi permanentemente en los “espacios de hambre”¹⁶ de las cárceles (por lo cual muchas testimonian haber bajado 5, 10 o 15 kilos producto de esta práctica), rompen lazos de solidaridad entre personas presas, quiebran los vínculos con familias y allegados, y dejan graves secuelas físicas y psicológicas:

Por otra parte, reconocemos prácticas de violencia penitenciaria delegada y/ o tercerizada en determinados presos. Los fenómenos de delegación se producen fundamentalmente en pabellones denominados de “población”, “ingreso” o “tránsito”, y están ligados ejercicios de soberanía. En estos pabellones se corre peligro de muerte debido a la libre portación de elementos cortopunzantes (“facas”) que poseen algunos presos, los “cochebomba” que lastiman, lesionan o matan por encargo del servicio, y también aquellos

¹⁶ Son los espacios de tránsito: la Unidad 29, los pabellones de “tránsito”, “ingreso” o “depósito”, que muchas veces son los mismos espacios de sanción.

denominados *limpiezas*. En general, estos presos se anudan en redes múltiples de intercambio con el servicio penitenciario, participando en la gestión y administración de drogas y psicofármacos bajo órdenes penitenciarias. De modo que los pabellones de población, ingreso y tránsito han sido producidos como “zonas liberadas” verdaderos espacios de excepción.

El título de este apartado “someterse o sufrir” alude a la multiplicidad de pequeños actos de violencia material y también prácticos a los que se ven sometidos los encarcelados y frente a los cuales deben optar entre alternativas extremas. Lo que pretendemos evidenciar es que solo en el estado antes descrito, anclado en degradantes condiciones estructurales de detención, maltrato físico y degradación subjetiva, resulta posible la emergencia de regímenes de gobierno evangelista en los que el servicio penitenciario terceriza la administración del orden y la gestión de cierto grupo poblacional: “los resguardados o refugiados”.

Los pabellones evangelistas son posibles en una cárcel que se ha vuelto imposible de sobrevivir. El reconocimiento de estos espacios carcelarios como sectores de “resguardo de integridad física” permea la confesión ineludible de la otra violencia carcelaria, aquella institucional-ritual que se exhibe en el ingreso a la unidad y busca la sumisión¹⁷, o la delegada que se marca como expropiación y sometimiento¹⁸ en el cuerpo y las pertenencias de los presos. La violencia carcelaria y su inscripción en la memoria de los presos, las huellas del miedo en los cuerpos y en las subjetividades, son los elementos que viabilizan los pabellones evangelistas en el marco de programas penitenciarios de construcción y gestión de poblaciones.

¹⁷ Nos referimos a la “bienvenida” como “práctica penitenciaria consistente en producir malos tratos físicos a los detenidos al momento del ingreso a una unidad (PPN 2008:130). En este ritual de iniciación el personal penitenciario impone, a través de diferentes modalidades de maltrato, el sometimiento hacia quienes llegan a la unidad penitenciaria desde el exterior. *‘El procedimiento de admisión puede caracterizarse como una despedida y un comienzo, con el punto medio señalado por la desnudez física. La despedida implica el desposeimiento de toda propiedad, importante porque las personas extienden su sentimiento del yo a las cosas que les pertenecen.’* (Goffman 2004:31)” Andersen, Gual y García 2010: 76.

¹⁸ Suele llamarse “carancheo” a prácticas de expropiación de pertenencias que incluyen agresión física y se ejercen entre presos, son habilitadas y fomentadas por el servicio penitenciario.

Solicitar ser alojado en un pabellón evangelista o ser enviado allí por orden del director del penal permite “evitar” cierta violencia penitenciaria en el tiempo—la directa vinculada a las agresiones físicas— pero a su vez, exige una sumisión y subordinación posterior al orden impuesto por los líderes del pabellón. La tolerancia a las imposiciones nos muestra una subjetividad docilizada por la crueldad y el envilecimiento del medio, así como la consolidación de vínculos de dominación entre detenidos.

III. Los pabellones evangelistas: un emergente de la cárcel neoliberal¹⁹.

Como hemos mencionado, los hechos de violencia entre detenidos se han extendido y generalizado en el marco de la producción de un estado que combina la escasez, la adicción a las drogas y/o psicofármacos y los ejercicios de expropiación que emulan un estado de naturaleza hobbesiano. Bajo la producción de este estado, los pabellones evangelistas se han constituido en espacios de “resguardo de integridad física”, donde los presos adquieren cierta “seguridad” o “débil certeza” de que no perderán su vida allí. Esto es toda diferencia cuanto puede apuntarse respecto a las condiciones materiales generales que imperan en otros espacios de la prisión. Es decir, los pabellones evangelistas no poseen mejoras sustantivas en sus características de alojamiento, no reciben mayor asistencia del servicio penitenciario respecto de alimentos, ropa de abrigo o elementos higiene, así como los presos tampoco reciben atención diferencial en el servicio de salud.

Sin embargo, es el problema de la seguridad personal aquel que lo hegemoniza todo dentro de las cárceles bonaerenses, y es este el que determina la alta de

¹⁹ Con “cárcel neoliberal” nos referimos a determinadas características que asume el encarcelamiento contemporáneo, en un marco mayor de “penalidad neoliberal”. Respecto de este concepto se ha expresado David Garland (2005), explicando que los cambios acaecidos en el despliegue de la penalidad neoliberal fueron activados por distintas fuerzas históricas de transformación social, entre ellas, especialmente, las emergentes corrientes criminológicas. Es decir, las alteraciones cristalizadas en el pasaje del Estado Social keynesiano al Estado Penal neoliberal se vieron acompañadas, en el ámbito de la penología, por un nuevo paradigma denominado “Nueva Penología” (Feeley y Simon 1995). Dicho modelo de pensamiento, identifica y clasifica “grupos de riesgo” considerados *enemigos de la sociedad* tanto por sus conductas “desviadas” e irrecuperables (irresocializables) así como por el grado de *peligrosidad* que revisten dichas conductas. Estas corrientes teóricas que integran un pensamiento criminológico neoconservador y neoliberal, asentado en el evidenciado fracaso del ideal resocializador, “asumen una tendencia tecnocrática dirigida a legitimar la propia acción de las burocracias punitivas” (Anitua 2005: 508)

demanda del alojamiento en pabellones evangelistas. Para acceder a estos espacios existen diversas vías: es posible que las autoridades penitenciarias envíen directamente a presos “primarios” (que no registren otras detenciones) en ocasiones vendiéndoles camas²⁰ o que los propios detenidos soliciten ser alojados en pabellones del culto –voluntariamente o bajo sugerencia de su defensor-, aunque en todas las variantes es imprescindible contar con la aprobación de los presos que integran la organización jerárquica evangelista que gobierna el pabellón.

Estos pabellones poseen una organización interna que reconoce una estructura de organización jerárquica denominada “ministerio” la cual gobierna a la población alojada llamada “pueblo”, “ovejas” o “hermanos”. Dicha jerarquía está integrada esencialmente por un *pastor*, *siervos*, *limpiezas y colaboradores*.

El orden en los pabellones evangelistas es impuesto por los presos integrantes del “ministerio” a través de una rutina rígida que delimita los horarios de comida, ducha, utilización del teléfono y fundamentalmente horarios de oración colectiva obligatoria. Esta rutina se cimienta además en determinadas reglas “de convivencia” que deben cumplir todos los presos allí alojados (“pueblo”).

El territorio carcelario evangelista se subdivide en pabellones que evocan la progresividad penitenciaria: ingreso (población) y santidad (conducta). Las rutinas diarias y las reglas resultan más estrictas en los pabellones denominados “de ingreso” o “filtro” donde el proceso de adoctrinamiento para los *inconvertidos*²¹ es severo, aquí adquieren un rol primordial los limpiezas y colaboradores, quienes adoptan un verdadero rol policial en el control y vigilancia permanente de la población.

²⁰ La construcción material y simbólica de los espacios carcelarios diferenciados por parte del SPB, habilita una gestión mercantilizada de la “seguridad” en cuanto a los lugares de alojamiento.

²¹ Los evangelistas denominan *inconvertidos* a quienes provienen “del mundo”, de otros pabellones de ingreso o población y aún no “se han convertido”, no han incorporado las normas de conducta impuestas.

En el proceso de docilizar las conductas e imponer las normas del pabellón, los integrantes del ministerio desempeñan prácticas propias de los agentes penitenciarios. Por un lado, poseen un “sistema de sanciones” plasmado en una *tabla* donde a la gravedad de la falta le corresponde la severidad de la sanción, por otro, realizan la requisa de los cuerpos y las pertenencias de los presos-ovejas²². Estos y los anteriores elementos mencionados: organización mediante una estructura jerarquizada, establecimiento de una rutina disciplinante y el despliegue de un régimen de sanciones determinado, ponen de manifiesto la similitud de las prácticas y discursos de los presos ministeriales con las propias de los agentes penitenciarios.

Así, las experiencias de los pabellones evangelistas pueden leerse como estrategias de gobierno interno, donde el Servicio Penitenciario cede y controla la gestión del “orden” intramuros a determinados grupos de presos. Es decir, la “gestión evangélica” se inscribe en el marco de las estrategias de “terciarización” de ejercicio del poder que el SPB implementa en los distintos penales e incluso reconoce institucionalmente.

Las características cuantitativas y cualitativas que presenta dicho modelo de gobierno interno -involucrando el despliegue de tecnologías de seguridad y gestión de poblaciones, pero además de dispositivos propios del poder soberano y del poder disciplinario-, son inescindibles de las condiciones materiales del sistema carcelario bonaerense y específicamente de las estrategias de gobierno particulares que el SPB implementa en cada cárcel.

Reconocer la administración de los pabellones evangelistas de parte del servicio penitenciario y su utilización como recurso de parte de la agencia judicial implica una operación ideológica de negación, invisibilización y

²² Les llaman *requisas espirituales* y “son las requisas que llevan a cabo los administradores del pabellón, los miembros del *ministerio*, sobre las celdas y los cuerpos de los presos. A diferencia de los pabellones comunes, en el pabellón evangelista el personal penitenciario muy rara vez hace requisas, pero se hacen dos *requisas espirituales* por semana al pabellón, de rutina. Además, cada vez que un preso entra al pabellón (sea por primera vez, sea que se reintegra de cualquier salida o actividad) se le hace una requisa personal para controlar que no ingrese nada prohibido. En muchos casos esa requisa personal se hace exigiendo al preso el desnudo total, replicando exactamente las modalidades de requisa del personal penitenciario.” (Daroqui, et al 2009).

ocultamiento de la violencia carcelaria en sus diferentes formas, dentro y fuera de los pabellones de evangelio. Si bien lo que sucede dentro del pabellón de culto puede ser “disimulado” o “disfrazado” a los ojos de los operadores judiciales que optan por no transitar los espacios de prisión, la mera existencia de estos sectores “de obediencia fingida” habilita interrogarse por las cualidades que asumen los otros pabellones donde, o bien impera la ley del más fuerte, o bien se construyen sectores que permiten combinar el aislamiento, el despojo y el confinamiento territorial de las personas.

IV. Una práctica jurídica de espaldas a la violencia carcelaria.

La visibilización de la violencia carcelaria, esa que mata, degrada y rompe con la dignidad humana, debería constituirse en una práctica jurídica de principal importancia, cuando según la Constitución Nacional y, particularmente, los tratados internacional de derechos humanos, se sanciona como ilegal todo trato punitivo que afecta o restringa arbitrariamente la realización de derechos cuya limitación no deriva necesariamente de la privación de la libertad²³. No obstante, hemos mencionado en los acápites precedentes, en los últimos quince años la tasa de población carcelaria ha crecido abruptamente²⁴, al tiempo que también aumenta la violencia intramuros: incide de muertos, represiones y agresiones físicas dentro del encierro²⁵.

²³ Caso Corte IDH “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay”, sentencia del 2 de septiembre de 2004, pág. 153.

²⁴ Según el informe anual 2011 presentado por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), a mayo de 2010, el total de detenidos en la provincia de Buenos Aires era de 30.132, y el porcentaje de presos preventivos giró en torno al 73%. En 1990 esa población carcelaria no alcanzaba los 7.500 detenidos cfr. CELS, *Derechos Humanos en Argentina. Informe 2011*, Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2011, pág. 181. Según el informe anual 2010 de la Procuración Penitenciaria, las 35 cárceles federales de la Nación alojan un total de 9.580 detenidos. Nuestro país pasó de 21.016 presos en 1992 a 60.621 a fines de 2006, es decir, un incremento del 188,4%, incluyendo a las 6.621 personas privadas de libertad en comisarías o delegaciones de fuerzas de seguridad. El Comité contra la Tortura, en su informe 2012, señala que en la provincia de Buenos Aires, al 2007 la cantidad de detenidos era de 24.208 para alcanzar los 29.467 en 2010, existiendo una población actual de 27.991 al 29 de diciembre de 2011. CCT, Informe Anual 2012, pág. 43.

²⁵ cfr. ONU, *Report of the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, del 5 de febrero de 2010. Sobre el caso particular de América Latina, v. Salla, F., Rodríguez Ballesteros, P y otros, *Democracy, Human Rights and Prison Conditions in South America*, San Pablo, Universidad de Sao Pablo, 2009; En el caso local, sobre las cárceles federales, v. Procuración Penitenciaria, *Proyecto de seguimiento y actualización sobre malos tratos físicos y torturas en cárceles*

Sin embargo y pese a la disponibilidad de ésta información y, más aún, sobre el “caso vivo” que puede tomarse de cada cliente, la práctica jurídica que domina el campo judicial aún no ha podido relacionar esas condiciones de violencia a una forma de litigio cotidiano que permita refutar que el encarcelamiento es privación temporal de la libertad ambulatoria, cuando no es legítimo autorizar una medida de coerción que, ya sea en forma persistente o recurrente, provoque tratos arbitrarios.

La práctica jurídica ha sabido apartar el problema de la cárcel de los principios que el mismo derecho penal decimonónico consideraba como la estructura de la teoría penal. Todo aquello que indica la intensidad del castigo es un problema de la administración y, por ende, dicha cuestión no incide sobre la punición sancionada, viendo caracterizadas a la mayoría de los tribunales por un sentido de burocratización e indiferencia²⁶. En este contexto la práctica judicial ha recreado diversas representaciones falaces: la consideración excepcional y aislada de los tratos arbitrarios en las prisiones o, en casos evidentes, la comprensión de la acción de habeas corpus como mecanismo de corrección definitiva de la situación del trato punitivo o, en caso de reiteración o persistencia en el tiempo de estas acciones, la estigmatización a la persona detenida considerándola una persona que “molesta” o que resulta “demandante”, que ignora la práctica corriente que los degrada a medida que se atreven a denunciar lo que ocurre intramuros²⁷.

Esta resistencia a representar una forma de castigo sujeta al conocimiento de la realidad carcelaria alude particularmente a la autonomía de todo el campo jurídico, como un corpus jurídico relativamente independiente en relación con aquellas demandas externas que no resulten reguladas por las categorías

federales, en Informe Anual 2010 y respecto a cárceles bonaerenses, CCT, Informes Anuales, 2004-2011. *El sistema de la Crueldad I, II, III, IV, V y VI*, La Plata.

²⁶ Garland, D., 1999 *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*. Siglo XXI editores, México D.F., pág. 18. Pratt, J., 2006 *Castigo y civilización. Una lectura crítica sobre las prisiones y los regímenes carcelarios*. Gedisa, Barcelona, pág.173-204.

²⁷ cfr. CELS, 2004 *El poder judicial frente a la violencia institucional*. En Políticas de Seguridad Ciudadana y Justicia Penal. Siglo XXI editores, Buenos Aires ; Litvachky, P. y Martínez, J., 2005 *La tortura y las respuestas judiciales en la provincia de Buenos Aires*, Siglo XXI editores, Buenos Aires, entre otros.

tradicionales de la dogmática jurídica²⁸. Hablamos de una cultural jurídica que requiere de la negación de la violencia y, a la vez, se apoya en un modelo teórico que persiste en la representación de la medida de castigo como privación temporal de la libertad, lo que ha impedido que la práctica jurídica estuviera relacionada con un conocimiento concreto de la forma de castigo en las prisiones²⁹. Este problema deriva entonces en una limitada percepción jurídica sobre el fenómeno, reduciendo la comunicación con la persona detenida y no dando credibilidad a sus relatos³⁰.

Todos sabemos que la cárcel mata, deteriora, enferma y lesiona gravemente mientras que la práctica jurídica continúa en el cálculo (lo proporcional únicamente la magnitud del bien jurídico afectado), negando la indagación existencial del sujeto, y, juntamente con ello, permitiendo alejar de la práctica jurídica toda percepción sobre las prácticas punitivas. El problema relativo al ocultamiento jurídico de la cantidad de castigo, que se aplica verdaderamente a la persona, está sujeto al modo en que *la unidad de tiempo sólo se define en una manifestación formal del poder punitivo, de manera tal que todo el sistema jurídico que regula la calidad del castigo no tiene aplicación práctica en esa cuantificación*. La fuerza simbólica de esa red conceptual que

²⁸ Como ya lo expresara Foucault en *Vigilar y Castigar*, y antes lo denunciaron George Rusche y Otto Kirchheimer en 1939, la dogmática moderna, de mediados del siglo XVIII, ha garantizado que la cantidad de castigo redujera la significación del tiempo de prisión a una forma abstracta de medida, unida a la idea de previsión, que mide el castigo como mide la superficie y junto a ello el cálculo fue lo que se ha priorizado sobre la violencia carcelaria. Entonces, si este cálculo define que el tiempo de prisión es, en todos los casos, privación temporal de libertad, en cada supuesto de cuantificación se ha conservado una representación legítima del poder punitivo que resulta refutable respecto del trato que se le ha deparado a la persona.

²⁹ v. CELS, 2004 *El poder judicial frente a la violencia institucional*. En Políticas de Seguridad Ciudadana y Justicia Penal, Siglo XXI editores, Buenos Aires.; Litvachky, P. y Martínez, J., 2005 *La tortura y las respuestas judiciales en la provincia de Buenos Aires*. Siglo XXI editores, Buenos Aires, entre otros.

³⁰ Tomando la noción de Alberto Binder, la cultura jurídica es tradición jurídica, transmitida, elaborada y reelaborada por la lectura e interpretación de textos y la comprensión de las prácticas sociales que esos textos motivan. Se trata de creencias, puntos de vista, actitudes, hábitos de trabajo y valoraciones respecto del sistema legal presentes en quienes podríamos llamar actores o protagonistas principales que intervienen en la producción, aplicación, defensa y difusión del derecho. Binder, A., *La cultura jurídica...op.cit.*, pág. 255. También, v. Gual, R., 2012 *Los presos mienten. Notas sobre la legitimación a producir verdad al interior de las cárceles federales*. En La medida del castigo. El deber de compensación por penas ilegales, Zaffaroni, E.R. (dir.) y Vacani (coord.). Ediar, Buenos Aires, pág. 223-248.

determina la matriz de percepción de una violencia representada en legítima *por las propias reglas que la definen* es con la que los operadores del derecho conciben la realidad carcelaria sobre la que actúan, cuya violencia simbólica es tal que condicionan un modo de ver que separa la decisión jurídica de las muertes o padecimientos que las personas sufren en la cárcel.

Tenemos una práctica jurídica que elude la capacidad real de analizar el modo en que el castigo informal -que supera la privación temporal de libertad- genera consecuencias jurídicas al determinar la medida de castigo. Se ignoran el conjunto de circunstancias que el encarcelamiento produce en la persona lo que explica cómo el tiempo de prisión encierra la privación de multitud de otras necesidades convertidas en derecho. De este modo nuestra cultura jurídica no logra incorporar a sus percepciones aquellas prácticas punitivas de un sistema carcelario que no castiga conforme la legalidad.

Lo que la violencia pone en cuestión es el modo en que la cárcel actual refuta los dotes de humanidad que definía el derecho moderno y que hoy se ven derrumbados. Pese a ello, el problema se dirige en un corpus teórico ajeno a los datos sociales que niega la incidencia concreta de las prácticas punitivas en la coerción dispuesta y mantenida como privación de libertad. El problema es tan grave que, bajo este sistema de percepción y entrenamiento jurídico, ninguna consecuencia puede generar un campo carcelario cada vez más violento, proceso particularmente alentado al garantizarse la impunidad.

V. Una Facultad de Derecho que niega los conflictos sociales.

Sin ahondar sobre la cosmovisión que los conceptos jurídicos posibilitan y el uso dado a éstos en la práctica judicial para conservar las diferentes relaciones que constituyen el campo jurídico³¹, lo que interesa es develar la existencia de una franja de demandas concretas -derivadas de la violencia carcelaria- que la práctica de la abogacía no cuestiona ni tampoco los

³¹ cfr. Bourdieu, P., 2000 *Elementos para una sociología del campo jurídico*, en *La Fuerza del Derecho*. Siglo del Hombre editores, Bogotá; Binder, A. y Obando, J., 2004 *De las "repúblicas aéreas" al "estado de Derecho"*, Ad Hoc, Buenos Aires.

abogados resultan entrenados para ello. Desde el enfoque jurídico que se ofrece, cuyo modelo teórico reproducen los sectores académicos de producción bibliográfica, nos encontramos ante una gran falta de atención (cierta indeterminación) por parte del ejercicio de la abogacía sobre problemas concretos que exceden permanentemente el modelo de divulgación clásico del derecho penal y todas las categorías jurídicas vinculadas a la pena formal.

Los docentes, cuya planta mayoritaria pertenece al poder judicial, están poco implicados en la diversidad de conflictos sociales y, usualmente, suelen abordar el derecho desde un plano teórico que –incluso– ellos mismos desechan en su práctica laboral. Al no existir un modelo de enseñanza dirigido a indagar los conflictos sociales de base, relevándose a la pena como caso paradigmático, *los programas de estudio de derecho penal se pierden en un conceptualismo vacuo que es funcional al diagrama tradicional del sistema judicial.*

A pesar de que percibimos una relación directa entre el sistema punitivo y la existencia de múltiples conflictos sociales, actualmente persiste un método conservador de enseñanza jurídica que no se aboca al trabajo de construir herramientas y estrategias concretas de análisis de las categorías jurídicas para la intervención y abordaje de esas problemáticas. Esto, sin dudas, garantiza la fragmentación del mundo de las ideas y la práctica jurídica, así como del saber jurídico y el resto de las ciencias sociales. La consecuencia es una abogacía que no reflexiona ni establece una relación responsable en torno a lo que efectivamente hace en términos sociales, lo que garantiza la impunidad consagrada por el sistema judicial.

Lo que decimos es que si las condiciones de violencia que activa toda coerción penal es un grave problema social –que ningún jurista suele negar– lo cierto es que el rol del ejercicio de la abogacía está lejos de ocupar un lugar neutral sobre el tema, aún aislado de un debate político serio que nadie se atreve a dar. La enseñanza jurídica debe trabajar sobre ello y no limitarse a reproducir únicamente el esquema conceptual del sistema de garantías constitucionales

que en teoría impide que eso suceda. Si no damos cuenta de esto, las herramientas para acortar la brecha entre lo que se enseña y sucede en la práctica judicial son cada vez más pobres y, por ende, las distancias cada vez mayores.

Así, en el mientras tanto, persiste la conservación de una visión formalista del derecho que afirma la autonomía absoluta de la forma jurídica con relación al mundo social, y otra conceptualista, que dirige el saber a la reproducción de amalgamas teóricas que se han construido hace más de medio siglo³². El resultado es que la enseñanza jurídica se reduce a un entrenamiento destinado a la adaptación conformista a las realidades que conforman al sistema y la práctica judicial actual, en lugar de capacitar y accionar para la transformación permanente del derecho, se sacrifica el imperativo práctico por la vanidad teórica.

Esto genera la necesidad de incidir en el funcionamiento concreto del sistema judicial³³, ya sea en forma de litigio estratégico ante tribunales superiores, mediante la utilización de otras alternativas en los planteos u otras estrategias orientadas pragmáticamente a la solución de problemas, para lo cual creemos que la visibilización de la violencia punitiva es el punto de partida³⁴.

VI. Reflexiones finales: una apelación a la sensibilidad y el pensamiento crítico.

La violencia carcelaria es un fenómeno que adquiere características relacionales, es decir, que impide ser abordado únicamente por las condiciones espaciales que lo posibilitan (cárcel) sino que debe comprenderse también desde las formas que es negado (escuelas de derecho) y el modo en

³² cfr. Binder, A., 2007 *La cultura jurídica, entre la innovación y la tradición*. En Política criminal Bonaerense, Año 2 n°2, Loujaune, Buenos Aires.

³³ En este sentido, véase el notable trabajo de Abramovich, V., 1991 *El complejo de Rock Judson*, en Revista No hay Derecho nro. 4, Buenos Aires. Actualmente disponible en <http://nohuboderecho.blogspot.com.ar/2008/02/el-complejo-de-rock-hudson-sobre-el.html>.

³⁴ Como posible modelo de análisis véase: CELS, 2008 *Litigio estratégico y derechos humanos. La lucha por el derecho*, Siglo XXI editores, Buenos Aires. También, desde un abordaje más pragmático Mariela Puga ha hecho una extraordinaria labor en *Litigio y cambio social en Argentina y Colombia*, disponible en <http://biblioteca.clacso.edu.ar/subida/clacso/becas/20120308124032/Puga.pdf>

que es reproducido legítimamente (justicia). Resulta esencial abordar el campo punitivo para explicar en profundidad los intereses que subyacen a estas complicidades ontológicas, para lo cual es preciso reconocer la necesaria intervención de las ciencias sociales en los mecanismos de producción del derecho.

En este cometido, hemos trazado al menos un esquema de intervención suficiente: definir un problema que deriva de una situación estructural, luego, la necesidad de proporcionar esquemas de percepción que logren intervenir sobre estas situaciones, interpelando a la mirada microsociológica y dotándola de funcionalidad, cuando es el derecho que sanciona y niega la violencia que excede todo lo legítimo.

Creemos que una forma de quebrar este nivel de relaciones es justamente alterar el mecanismo epistemológico que es usado como esquema de legitimación: el modelo cuantitativo que reduce todos los casos de encierro como privación de libertad y, de esa forma, excluye de relevancia las prácticas punitivas que sobre ese tiempo se aplican. Se pretende de este modo generar una ruptura a la *colusión básica* del discurso jurídico tradicional que oculta los diferentes procesos de violencia y dar cuenta que su conocimiento es necesario para enfrentar la cosmovisión jurídica tradicional³⁵.

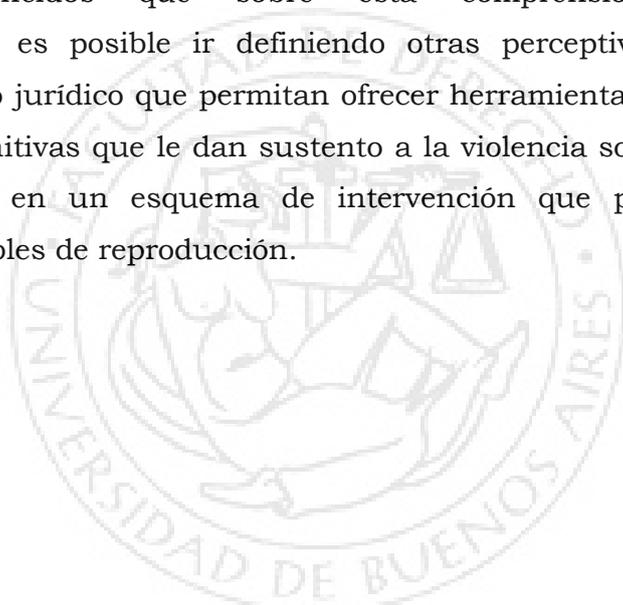
Para ello es necesario trabajar en relación con la “violencia” para nombrar los diversos procesos que conlleva el trato punitivo en prisión, que -al fin y al cabo- son expresiones de la radicalidad del fenómeno social de la violencia, tal como se ha explicado en el caso particular de los pabellones evangélicos.

Es imposible comprender el problema que conlleva hacer uso de ciertas herramientas de intervención interdisciplinarias sin esta referencia inicial

³⁵ La idea de colusión es aprovechada aquí en la utilización que Alberto Binder le otorga en su trabajo *La cultura jurídica, entre la innovación y la tradición*, para definir ciertos cambios en el conceptualismo que ha caracterizado a la dogmática tradicional. Esta noción, como surge del cuerpo del texto, es tomada de Pierre Bourdieu proviene de la palabra *colussio* que deriva de *illusio*, en el sentido de todo aquello que se “invierte” en un campo, producto de cierto valor en los intereses en juego. Esa *illusio* se convierte en colusión, en una <<creencia determinada>> que define la forma particular de regulación de ciertas prácticas y, principalmente, de las <<representaciones>> que impone.

sobre la violencia. Trabajar en la radicalidad de éste fenómeno debe ser una empresa que aborde el sentido multifacético de sus relaciones. En nuestro caso, sin omitir la directa referencia que la violencia tiene en la metodología de intervención sociológica, a la vez hemos abordado la función que estas descripciones deben tener en el campo jurídico (explicándose la relación entre una y otra) y, en esa intervención, señalar la relevancia que las percepciones etnográficas pueden ofrecer en las particularidades que redefinen constantemente la privación de libertad en diversos suplementos punitivos.

Estamos convencidos que sobre ésta comprensión relacional e interdisciplinaria es posible ir definiendo otras perceptivas metodológicas dentro del campo jurídico que permitan ofrecer herramientas informadoras de las prácticas punitivas que le dan sustento a la violencia social, pero siempre poder definir las en un esquema de intervención que permita herir sus condiciones posibles de reproducción.





ENTRE LA PENA Y LA PRISION.

Hacia un estudio antropológico del control judicial del castigo.

Verónica Almada, Andrés López Cabello y Juan Martín Rival

I. El abordaje de las agencias penales desde las ciencias sociales.

Hablar sobre la cárcel no es sencillo. A la hora de investigar sobre cualquier fenómeno social se corre siempre el peligro de reproducir estereotipos y reificar discursos de sentido común, pero en el caso de los estudios sobre espacios de encierro, este peligro es doble, ya que se refieren a grupos socialmente despreciados. Este peligro no radica solamente en lo que efectivamente se dice, sino también en las posibles lecturas que habilitan y sus consecuencias.

Seguimos a Foucault cuando afirma que todo saber es objeto de poder y también instrumento de éste. Es decir, que el saber otorga poder y el poder produce saber. El saber legitima al poder, pero a su vez, este determina los saberes y conocimientos posibles. Esto implica que en determinado contexto histórico-político existen saberes que tienen estatuto y función de verdaderos, que operan y circulan como tales. Las ciencias sociales, son un lugar privilegiado en el cual observar esa interrelación entre poder, saber y verdad, ya que producen verdades que traspasan los límites de lo puramente académico y se extienden por todo el tejido social. Es decir, que ponen en circulación verdades y conjuntos de reglas que sirven de base a sistemas político-sociales de dominación.

En consecuencia, toda posición teórico-metodológica, por mayor pretensión de objetividad y neutralidad que se adjudique, parte de un posicionamiento político sobre su objeto de estudio que es necesario considerar y explicitar.

Inscribimos nuestro trabajo dentro de una perspectiva crítica sobre el sistema penal y de su función en la sociedad en tanto dispositivo de control y gobernabilidad, que opera de forma selectiva, encerrando preferentemente a miembros de sectores sociales marginados. Dicha perspectiva crítica, como afirma Wacquant (2007), implica prestar especial atención a ciertas categorías que contribuyen a delinear la marginalidad, organizando su percepción colectiva y su tratamiento político.

A pesar del peso que han tenido los cuestionamientos realizados desde la criminología crítica, en los últimos años han aparecido estudios que suelen emplear conceptos como: “cultura de la delincuencia”, “pibes chorros”, “la cultura carcelaria”, “cultura marginal”, “ambiente criminógeno”, etc.¹. Utilizar estas nociones propias de las teorías de las subculturas criminales” (Baratta, 2004) sin problematizarlas, acaba reproduciendo prejuicios y esencializando características que, por lo general, son atribuidas a los sectores sociales criminalizados por los discursos políticos, las agencias del sistema penal (justicia, policía, servicio penitenciario) y los medios de comunicación masiva (Andersen, 2012). De esta forma, se reproducen las teorías positivistas empeñadas en buscar las causas de la conducta delictual, ya no en las condiciones biológicas que rozarían el racismo, sino en condiciones sociales del “delincuente” o el “preso” y que terminan incurriendo en la misma lógica: focalizando no sobre el delito en sí, sino sobre las características del autor del delito. Este tipo de teorías sugieren, básicamente, la existencia de un determinismo cultural que impulsaría a ciertos sectores al delito, justificando estrategia de gobierno destinada a determinados sectores sociales (usualmente

¹ Para un mejor desarrollo de esta crítica ver Andersen María Jimena, “*Los pabellones evangelistas en las cárceles del Servicio Penitenciario Bonaerense. Antagonismos entre las perspectivas micro y macro sociológica en el estudio de la prisión*” En: Seminario de estudios comparados sobre las estrategias del gobierno de la cárcel neoliberal en Argentina y en Francia. 1a ed. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires. Instituto de Investigaciones Gino Germani-UBA; Grupo de Estudios sobre Sistema Penal y Derechos Humanos, 2012. Disponible en: <<http://gespydhiigg.sociales.uba.ar/actividades/2011-2012/>>

los más pobres y desfavorecidos del sistema social, los sectores urbanos excluidos bajo la máscara de la “seguridad” (mayor presencia policial, represión y medidas punitivas más severas).

En suma, muchas de estas producciones teóricas acaban por seducir al público (académico y no académico) por medio de la exotización extrema de ese “otro” al que construyen a través de diversos mecanismos de abstracción. Olvidar que, estos sujetos y sus prácticas son el resultado de una construcción histórica y política es quedar en la inmediatez descriptiva, sin profundizar en la comprensión y el análisis de los sectores sociales marginados, que ciertamente ocupan un espacio y cumplen una función en la estructura social. De acuerdo a Baratta (2004; 80) *“la teoría de la subcultura, en efecto, no se plantea el problema de las relaciones sociales y económicas sobre las cuales se funda la ley y los mecanismos de criminalización y de estigmatización que definen la cualidad de criminal, de los comportamientos y sujetos criminalizados”*. *Sucede que, cuando los científicos sociales no cuestionan las etiquetas de “desviado”, como afirma Howard Becker (2008; 23), “adoptan los valores del grupo que ha establecido ese juicio”*.

Alejándonos de este tipo de teorías, proponemos aquí un estudio sobre el sistema penal y no sobre los sujetos sobre los cuales éste opera. Como punto de partida, consideramos la cárcel como un eslabón dentro del sistema penal, al que deben sumarse: el Poder Judicial, como órgano administrador del poder punitivo; la policía, como la institución que produce una selectividad previa a la que ejerce el poder judicial; y el poder político, tanto ejecutivo como legislativo, que elaboran las leyes sobre las que imprimen el sentido político del poder punitivo. Este sistema penal, que es en definitiva un sistema de control social, se encuentra vinculado a las necesidades del orden social dominante en cuanto al diseño de estrategias de intervención sobre aquellos que puedan constituirse en “amenaza” para ese orden (Daroqui: 2002).

En segundo lugar, entendemos la cárcel como un dispositivo de poder que posee una funcionalidad social construida históricamente. En Argentina particularmente, las políticas neoliberales impulsadas desde la década del

setenta y profundizadas en los noventa, han dejado como saldo una creciente polarización social, fomentada por el incremento del trabajo precarizado consecuencia de la flexibilización laboral, aumentando la pobreza y la inseguridad social. Todo ello, se ha acompañado por un desplazamiento del Estado de Bienestar hacia el llamado Estado Penal, que marca la aparición de una nueva manera de gobernar la miseria: ligando un mercado de trabajo descalificado y desregulado con un aparato penal intrusivo y omnipresente. En este contexto, se criminaliza la pobreza como complemento “necesario” de la generalización de la inseguridad salarial y social (Wacquant; 2000).

A ello contribuyen las propuestas políticas de ‘mano dura’, que reclaman penas cada vez más duras, incrementando la idea de que lo que corresponde es profundizar la doctrina de la “tolerancia cero” (Daroqui, 2000). En la práctica lo que ocurre es que cada año crece la tasa de encarcelamientos, pero el delito no disminuye.

En este contexto, la cárcel funciona realmente como una estrategia de gobernabilidad del conflicto y el malestar social y que lejos de “resocializar” (aunque siga insistiendo en esta ficción como la clave de su justificación) neutraliza y excluye. A estos sectores sociales “excedentarios” se los hace portadores de un quantum de peligrosidad que los constituye en enemigos sociales². Este concepto de enemigo introduce, como afirma Zaffaroni (2006), la dinámica de la guerra en el propio derecho penal, dinámica que termina por despojar a estos sujetos de todos sus derechos, consecuencia de aquella supuesta peligrosidad.

II. Un breve repaso del por qué y para qué de la Judicialización de la Pena.

En las cárceles, la vulneración de derechos de las personas privadas de libertad ha sido una constante, desde su creación. Dicha vulneración de derechos se produce toda vez que el castigo infligido excede la mera privación

² Cfr. JAKOBS, Günther y CANCIO MELIA, Manuel. Derecho penal del enemigo. Madrid, 2003.

de la libertad ambulatoria dispuesta por la sentencia condenatoria (o la resolución que ordena la prisión preventiva³).

La pena privativa de libertad y la medida cautelar de prisión preventiva en realidad acarrearán una multiplicidad de violaciones de derechos de las más variadas especies, que constituyen las condiciones del encierro punitivo contemporáneo: problemas crónicos de hacinamiento, pésimas condiciones de higiene y salubridad, escasas posibilidades de educación y trabajo, supresión de derechos políticos, quiebre de relaciones sociales y familiares, arbitrariedades en la “gestión penitenciaria” con la entrega de premios y castigos, imposición de torturas físicas y psicológicas por parte de los agentes estatales y las muertes en encierro, ya sea con intervención directa o por negligencia de las fuerzas de seguridad.

Desde la posguerra la comunidad internacional se ha esforzado por asentar un corpus jurídico de protección internacional de los derechos humanos por medio de aprobación de diversos instrumentos internacionales: Convenciones, Declaraciones, Resoluciones, etc. En este sentido, un elemento central ha sido la protección de la dignidad de las personas privadas de libertad.

Así, diversos instrumentos contemplan la protección de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad como, por ejemplo, las ya obsoletas Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos de Naciones Unidas⁴, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Conjunto de

³ Sin perjuicio de que en este último caso la vulneración de derechos pueda producirse por la misma dictación de la prisión preventiva, cuando se trata de delitos leves que no justifican la privación de libertad o cuando ésta se extiende indefinidamente en el tiempo, como ocurre hoy en la Argentina.

⁴ Las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos fueron adoptadas en 1955 en el primer Congreso de Prevención del Delito de Naciones Unidas. Si bien estas reglas contienen preceptos que pueden coadyuvar a mejorar las condiciones materiales en las que se encuentran privadas de libertad las personas en la Argentina, sus anacrónicos conceptos respecto del “tratamiento penitenciario” y los “reos alienados y enfermos mentales”, la limitada concepción de la protección de la salud, la aceptación de medidas como la reducción de alimentos como sanción disciplinaria y la discriminación de sectores vulnerables, dan cuenta de lo inapropiado de estas reglas en la actualidad.

A partir de una recomendación de la Asamblea General de Naciones Unidas en 2011, se dio comienzo a un proceso de revisión de las Reglas Mínimas, coordinado por la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal de NU (UNODC). De 2012 a la fecha se han realizado 3 reuniones intergubernamentales de expertos para el avance de la discusión, dos en Viena y una en Buenos Aires.

Principios para la Protección de todas las Personas sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión de Naciones Unidas, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los Principios y Buenas Prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas.

Un elemento de medular importancia en la protección de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad ha sido la concepción del Estado como garante de sus derechos.

En el siglo XX se desarrolló en el Derecho Administrativo alemán y luego a nivel mundial, la llamada doctrina de la sujeción especial, concebida inicialmente para reglar las relaciones entre el aparato estatal y los empleados de éste. Esta doctrina afirmaba, básicamente, que en atención a la especial posición en que se encuentran estas personas respecto del Estado, la forma en que éste podía intervenir en los derechos y obligaciones de aquellos no responde a los mismos estándares que respecto del resto de la población. Posteriormente esta doctrina fue extendida a otros colectivos en situaciones particulares, como las personas privadas de libertad. En base a esta doctrina, se justificó la flexibilización de las garantías de que gozan las personas privadas de libertad, permitiéndose una mayor injerencia sobre éstos, limitándose y vulnerando sus derechos fundamentales.

Luego, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, especialmente por medio de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana, se reinterpretó esta doctrina de sujeción especial, desde finales del siglo pasado, con el precedente *Neira Alegría y otros Vs. Perú*, de 1995 (Párr. 60). El razonamiento

Sin perjuicio de las deficiencias de las actuales Reglas Mínimas, para la Argentina es de particular interés el proceso de revisión, por cuanto en 2005 la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció explícitamente que las Reglas Mínimas son la pauta fundamental a la que debe adecuarse toda detención, en la causa V856/02, “Verbitsky, Horacio (representante del Centro de Estudios Legales y Sociales) s/Habeas Corpus”. De este modo, las modificaciones que se discutan en este proceso de revisión traerán consecuencias concretas sobre la efectiva protección de los derechos de las personas privadas de libertad en el país.

Respecto del proceso de revisión de las Reglas Mínimas se puede revisar la página web de UNODC en la que se encuentran los aportes hechos por los Estados, los órganos internacionales y las organizaciones de derechos humanos, con el Centro de Estudios Legales y Sociales. Consultar en: <http://www.unodc.org/unodc/en/justice-and-prison-reform/expert-group-meetings6.html>

de la Corte apunta a que si bien, efectivamente existe una relación especial entre el Estado y las personas privadas de libertad bajo su custodia, por cuanto éste ejerce un control total sobre ellas⁵, esto no justifica flexibilización alguna de las garantías reconocidas para todas las personas, sino que muy por el contrario, éstas se acentúan.

La Corte señaló que esta relación e interacción especial de sujeción entre el Estado y los privados de libertad se caracterizaría por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna⁶.

Es en atención a estas circunstancias que la Corte considera que el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, se encuentra en una posición de garante respecto de los derechos de estas personas, reiterándolo en diversas ocasiones en su Jurisprudencia.⁷

A la par del desarrollo normativo internacional, a nivel regional, la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

⁵ Corte IDH. Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. 2013. Párr. 188; Corte IDH. Caso Pacheco Teruel y otros Vs. Honduras. 2012. Párr. 63; Corte IDH. Caso Yvon Neptune Vs. Haití. Párr. 2008. 130; Corte IDH. Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago. 2005. Párr. 97; Corte IDH. Caso Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay. 2004. Párr. 152; Corte IDH. Caso Bulacio Vs. Argentina. 2003. Párr. 126.

⁵ El entendimiento de la cárcel como institución total no es una novedad en el campo político jurídico. Al respecto, véase GOFFMAN, Erving. "Internados: Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales". Amorrortu Editores. 1972, Buenos Aires; FOUCAULT, Michel. "Vigilar y Castigar. El nacimiento de la prisión" Siglo XXI Editores. 2ª Ed. 2008, Buenos Aires. Pág. 271: "La prisión debe ser un aparato disciplinario exhaustivo. En varios sentidos: debe ocuparse de todos los aspectos del individuo (...) es omni disciplinaria. Además, la prisión no tiene exterior ni vacío; no se interrumpe (...) su acción sobre el individuo debe ser ininterrumpida: disciplina incesante. En fin, otorga un poder casi total sobre los detenidos; tiene mecanismos de represión y de castigo: disciplina despótica."

⁶ Corte IDH. Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. 2013. Párr. 188; Corte IDH. Caso Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay. 2004. Párr. 152.

⁷ Corte IDH. Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. 2013 Párr. 188, 189, 191, 202 y 219; Corte IDH. Caso Díaz Peña Vs. Venezuela. 2012. Párr. 135; Corte IDH. Caso Pacheco Teruel y otros Vs. Honduras. 2012. Párr. 63 y 65; Corte IDH. Caso Fleury y otros Vs. Haití. 2011. Párr. 84; Corte IDH. Caso Torres Millacura y otros Vs. Argentina. 2011. Párr. 99; Corte IDH. Caso Vera y otros Vs. Ecuador. 2011. Párr. 42, 43 y 88; Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. 2010. Párr. 198 y 276; Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. 2010. Párr. 134; Corte IDH. Caso Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay. 2004. Párr. 152, 159, 160; Corte IDH. Caso Bulacio Vs. Argentina. 2003. Párr. 126, 138; Corte IDH. Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú. 1995. Párr. 60.

y las resoluciones de la Comisión Interamericana, han cumplido un papel fundamental en la definición del rol del Estado en lo que respecta a la protección de los Derechos Humanos de las personas privadas de libertad, impulsando una progresiva reforma de los regímenes de ejecución de la pena, imbuidas de un enfoque protección de derechos.

De esta forma, se ha impulsado la Judicialización de la Ejecución Penal como una medida de protección de los Derechos Humanos de las personas privadas de libertad y para un control efectivo de la correcta ejecución de la pena (con el objeto de que no trascienda de la impuesta en la sentencia).⁸ Así, los Jueces de Ejecución Penal se presentan como la puerta por medio de la cual el Derecho Penal ingresa a los lugares de encierro. Esta medida pretende terminar con la perspectiva anacrónica en virtud de la cual se entendía que el proceso penal terminaba con la dictación de la sentencia, cesando las garantías y derechos que éste reconoce para el justiciable, quedando la ejecución en manos de la Administración Penitenciaria⁹.

III. Controlando la ilegalidad en la cárcel: La introducción de la figura del Juez de Ejecución Penal en la Argentina y en la Provincia de Buenos Aires.

En la Argentina, con el objeto de adecuar la legislación interna a las exigencias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se incorpora el principio de judicialización de la ejecución penal mediante la Ley 24660¹⁰, que en sus

⁸ Sin perjuicio de la importancia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el impulso a las reformas a la normas de ejecución de la pena en la América Latina, es importante señalar que el primer antecedente que podemos encontrar respecto de la judicialización de la ejecución penal se da en Brasil con la Ley Federal de 1922 y luego en el Código de Procedimiento Penal de 1940, en el Código Penal italiano de 1930 donde aparecen los Jueces de Vigilancia, en Portugal, donde se crean los Tribunales de Ejecución de Penas en 1944 y en Francia en el Código de Procedimiento Penal de 1958. Cfr. Racionero Carmona, Francisco *“El Juez de Vigilancia Penitenciaria: Historia de un Afán. Minorías y prisión”* En Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, Año: 1998, Pág. 42 y Beristain, Antonio *“Las cárceles del mundo nos exigen más atención, sinceridad y colaboración”*, En: ILANUD al Día, Vol. 9-10, N° 23 y 24, Año: 1989, Páginas: 77-94. Pág, 85.

⁹ *“Creer que la condena agota el juicio penal es una de las peores supersticiones que han oscurecido nuestra ciencia”* CARNELUTTI, Francesco en: *“El problema de la pena”* Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1956. Pág. 73.

¹⁰ Publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el día 16 de Julio de 1996.

artículos 3 y 4 dispuso que, en el ámbito federal, la ejecución de la pena, en sus diversas modalidades, estaría sometida a un permanente control judicial.

Por su parte, en la Provincia de Buenos Aires se promulga en enero de 1999 el Código de Ejecución Penal Bonaerense por medio de la Ley provincial 12256¹¹, estableciendo el principio de control jurisdiccional de la pena en la Provincia y disponiendo en su artículo décimo que *el Juez de Ejecución o Juez competente garantizará el cumplimiento de las normas constitucionales, los tratados internacionales ratificados por la República Argentina y los derechos de quienes se encuentren bajo jurisdicción del Servicio Penitenciario.*

Actualmente en la Provincia de Buenos Aires existen 26 Juzgados de Ejecución Penal, repartidos en 16 Departamentos Judiciales, debiendo cubrir un total de 56 Unidades Penitenciarias, en las cuales, de acuerdo con los datos del Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (SNEEP)¹², a diciembre de 2012 había 27.959 personas privadas de libertad.¹³

Así, deberán ser los jueces de ejecución los encargados de velar por la correcta ejecución de la pena y el respeto de los derechos de los privados de libertad. Los Juzgados de Ejecución Penal se presentan como un instrumento concreto para disminuir la brecha entre el castigo real y la pena legalmente impuesta, a la que se hizo referencia al comienzo.

IV. Una ilegalidad expansiva.

A 15 años de la incorporación del Juez de Ejecución a la normativa provincial, las malas condiciones de detención y las violaciones a los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad, persisten. Se mantiene la distancia entre la pena legal, contenida en la sentencia y prevista por la ley, y el castigo realmente impuesto a los privados de libertad.

¹¹ Publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires el día 25 de Enero de 1999.

¹² Informe Anual Provincia de Buenos Aires, SNEEP, 2012, disponible en <http://www.infojus.gov.ar/sneep>

¹³ De acuerdo con los datos del Centro de Estudios Legales y Sociales, a octubre de 2012 existían 28.193 personas privadas de libertad en Unidades Penitenciarias, a las que se les suman 907 que se encuentran alojadas en comisarías, todas ellas a disposición de la justicia provincial. Ver: CELS, *Informe Anual 2013*. Siglo XXI editores, Buenos Aires, p. 282.

De acuerdo a los resultados del Informe Anual 2012 del Comité Contra la Tortura¹⁴ (en adelante CCT) *“El sistema de la crueldad VII”*, las condiciones materiales de detención distan de ser las establecidas en la normativa constitucional e internacional vigente en nuestro país y se constituyen como una grave violación al respeto a la dignidad de las personas detenidas. Entre los problemas más comunes en las cárceles bonaerenses, el CCT señala: *“instalaciones eléctricas deficientes que no cumplen con medidas de seguridad mínimas”*, falta de calefacción sumado al hecho de que en muchos casos las ventanas no poseen vidrios. Los sanitarios y la higiene también son señalados como un punto crítico: *“las letrinas se encuentran dentro de las celdas y sin ningún tipo de separación con el resto del habitáculo, en muchos casos se encuentran tapadas, generan olores nauseabundos”*, por otro lado, la posibilidad de higienizarse depende de la voluntad del SPB para conducir a los detenidos a las duchas, siendo muy común la ausencia de agua caliente. En las U.P. que alojan a mujeres la provisión de toallitas higiénicas es absolutamente insuficiente. Asimismo (debido a la sobrepoblación persistente) no hay suficientes camastros, muchas personas deben dormir con el colchón en el piso, *“aunque es muy común que no haya suficientes colchones, así los detenidos deben compartir el colchón entre dos personas, o en su defecto deben dormir solo con una manta o ropa”*. Además, de acuerdo al citado informe, las personas detenidas padecen hambre y la poca comida provista es de mala calidad, por esto la parte central de la alimentación de los detenidos es la provisión que realizan sus familiares. El acceso al agua potable también es una problemática en las unidades penales: *“en muchas de ellas el acceso a la misma está restringido a determinados momentos del día, y en otras unidades el agua que beben las personas no es apta para el consumo humano”* (2012: 49-51).

¹⁴ El Comité Contra la Tortura fue creado en el año 2002, con el objetivo de monitorear lugares de detención y prevenir y denunciar violaciones a los derechos humanos de las personas privadas de su libertad. Su accionar, por ser un área de la Comisión por la Memoria, se inscribe en los principios de autonomía funcional y financiera establecidos en el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura de Naciones Unidas para el control de lugares de encierro. Los informes Anuales se encuentran disponibles en su página: <web: <http://www.comisionporlamemoria.org/comite>>

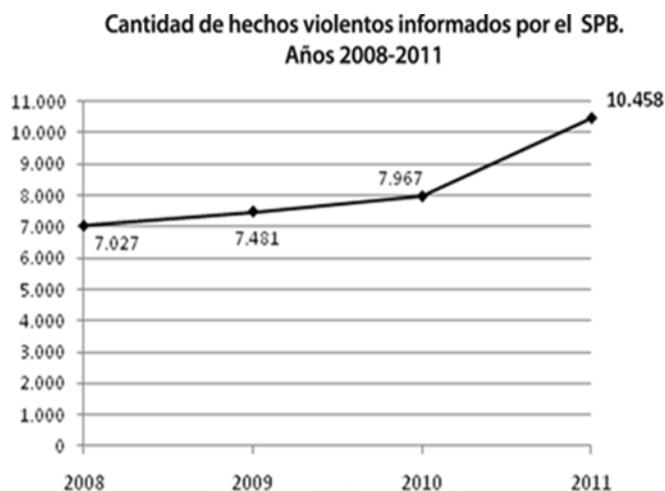
Estas condiciones, se acompañan de decisiones políticas y prácticas penitenciarias y judiciales que posibilitan su reproducción. El CCT denuncia que dentro de las unidades del SPB son prácticas comunes el robo de alimentos, medicación, útiles de limpieza, etcétera. Sumado a ello, las autoridades administrativas del SPB, encargadas de distribuir los fondos generales del sistema y realizar las compras de manera centralizada, han logrado aceitar una dinámica de contratación ilegal y corrupción que incluye sobrepagos, arreglo previo de licitaciones, incumplimientos de los proveedores por inexistencia de control, entre otras prácticas (CCT, 2012; 204).

A estas condiciones se suman las denuncias de los detenidos respecto a que las requisas practicadas por el SPB son violentas y vejatorias, y por lo general se acompañan con destrozos de las pertenencias. Además, el informe agrega que las personas privadas de libertad no son las únicas que sufren los abusos del Servicio, puesto que los familiares sean hombres, mujeres o niños están sometidos también a largos periodos de espera y a requisas abusivas, cuando quieren ingresar a los recintos penitenciarios para las visitas.

Adicionalmente se registra un incremento de la violencia y los casos de tortura. De acuerdo al CCT, la cárcel se presenta como *“un espacio donde la violencia crece a la par de la ineficacia en la gestión y el cumplimiento de los derechos de los detenidos”*¹⁵. En base al relevamiento realizado por el SPB y el análisis del Comité para el periodo 2008-2011¹⁶ el incremento de los hechos violentos fue del 49%.

¹⁵ *Ibíd.*, Pág. 88.

¹⁶ *Ibíd.*, pág. 87: *“En virtud de lo dispuesto por la acordada 2825 de la SCJPBA, los juzgados remiten copia al CCT de los partes de información originados en el SPB mediante los cuales se notifican a la justicia los hechos de violencia acontecidos en las unidades penitenciarias. En el CCT se los sistematiza en una base de datos propia (...). Si bien el CCT realiza pedidos periódicos de esta información a la justicia, muchos órganos no cumplen con el envío dispuesto por la acordada o presentan obstáculos operativos para brindar la información, ello sumado a la cantidad de hechos de violencia acontecidos en las unidades y sobre los cuales el SPB no da cuenta a la justicia”*.



Fuente: Informe Anual 2012 CCT.

De acuerdo a los hechos violentos informados por el SPB, el 56% de los hechos informados se refiere a conflictos entre internos¹⁷, mientras que el 28% a conflictos que involucran al personal. Se evidencia la forma de construir los datos por parte de la agencia penitenciaria. En éstos se ubica la violencia siempre desde el detenido y en ningún caso los penitenciarios aparecen como victimarios. En ese 28% se agrupan las categorías del SPB de “represión” (siempre justificable a partir de la necesidad de disolución de conflictos entre internos), “amenaza al personal” y “agresión al personal”.

Una tercera categoría indica que el 16% de hechos remite a eventos en los que los detenidos provocan un daño sobre sí mismos (agrupando las cifras de autolesión, accidente, intento de suicidio, suicidio), aunque las carátulas de autolesiones o accidentes, así como los suicidios presentan en muchas ocasiones inconsistencias lógicas que suelen responder al discurso burocrático del encubrimiento de los actos de violencia y tortura.

El CCT afirma que *“como cada año, ello significa que para el SPB ninguno de sus agentes ha agredido y/o amenazado a algún detenido durante el 2011,*

¹⁷ El SPB desglosa estas cifras en las siguientes categorías: *“Pelea entre varios internos”, “amenaza entre internos”, “pelea entre dos internos” y “agresión entre internos”.*

hipótesis de dudosa credibilidad de cara a los datos arrojados por el monitoreo y denuncias del CCT así como por parte de las acciones de la defensa pública y otros organismos” (2012: 90).

Sin embargo, el CCT en el marco del Registro Nacional de casos de Tortura y/o malos tratos entrevistó 235 víctimas de torturas y/o malos tratos. En ese relevamiento, que se restringe a los dos meses previos a la entrevista se reveló que: *“124 fueron víctimas de agresiones físicas, 196 de aislamiento, 59 de amenazas, 49 de traslados gravosos, 85 de traslados constantes, 207 de malas condiciones materiales de detención, 171 de falta o deficiente alimentación, 150 de falta o deficiente asistencia a la salud, 60 de robo de pertenencias, 158 de impedimentos de vinculación familiar y social y 74 personas víctimas de requisas personales vejatorias. En promedio cada víctima sufrió casi 6 tipos de tortura combinados, lo cual dimensiona el agravamiento de la vulneración de derechos de las personas detenidas y evidencia su sistematicidad” (2012: 103).*

Por otra parte, un factor de extrema preocupación es el referido a la alta tasa de muertes en encierro en la provincia de Buenos Aires. En el Sistema Penitenciario Bonaerense, las muertes “traumáticas” y “no traumáticas” (problemas de salud y/o falta de atención médica), que sobrepasan los cien casos por año, están en constante aumento, habiendo muerto al menos 119 personas en cárceles bonaerenses durante 2012.¹⁸

¹⁸ Cómo se ha señalado, la cárcel es un lugar por esencia hermético y refractario a cualquier intervención o control externo. Manifestación de esta cualidad es la dificultad para obtener datos fidedignos de lo que ocurre dentro de éstas, lo que se dificulta aún más atendiendo a la graves deficiencias metodológicas para la elaboración de “estadística penitenciaria” por parte de la Administración. Por esto, en el informe del CELS se sostiene que las 119 muertes registradas para 2012 deben ser consideradas “como un piso mínimo de la cantidad total”. CELS, Informe Anual 2013, p. 283. Respecto de las deficiencias en el registro de información sobre muertes y hechos de violencia en encierro, revisar CELS, Informe Anual 2013, p. 298 y siguientes.

Tipo de muerte	2008	2009	2010	2011	2012
Muertes por problemas de salud y falta de atención médica	64	80	94	72	77
Muertes violentas	46	37	38	47	40
Muertes por causas sin especificar	2		1	7	2
Total	112	117	133	126	119

Fuente: CCT citado en CELS Informe Anual 2013, p. 292

Se señala que *“las distintas prácticas de tortura, las acciones judiciales presentadas por el CCT que reflejan 7.089 hechos de tortura o malos tratos, las 127 muertes acontecidas, los resultados del primer año de relevamiento del Registro Nacional de casos de torturas y los 10.458 hechos de violencia que informa el SPB, conforman un cuerpo de datos incontrastables”* (2012: 67).

Como señala Bovino (2000), la cárcel se ha caracterizado por ser un espacio “sin ley” en el cual no se respetan las normas fundamentales que protegen los derechos de las personas privadas de libertad. Sostiene que esta característica de la cárcel se debe más a una falta de aplicación efectiva de las leyes, que a una falta de regulación normativa del espacio carcelario. Así, afirma que *“la ilegalidad que ha caracterizado a la cárcel deriva principalmente de la práctica jurídica antes que de la ausencia de reglas positivas que pongan límites a la injerencia estatal sobre los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad”* (2000; 87).

El problema es que esta ilegalidad, como problema fundacional de la cárcel, posee una cualidad expansiva difícil de controlar. Los Estados pueden dictar normas protectoras de derechos fundamentales, crear Juzgados de Ejecución destinados a controlar la (i)legalidad de la ejecución de la pena, establecer organismos encargados de la inspección de los lugares de encierro, construir

más cárceles, destinar mayor personal a la defensa de los privados de libertad pero, en definitiva, será la práctica cotidiana de los operadores judiciales y penitenciarios que intervienen en la ejecución de la pena, la que definirá la efectiva vigencia del Derecho tras los muros de la prisión.

V. Hacia el estudio del control judicial de la pena.

Es importante aclarar, que presentamos aquí un trabajo que se encuentra en proceso, por lo tanto plasmaremos las cuestiones que se han suscitado en la primera etapa de investigación y que serán, antes que una mirada acabada, una apertura a nuevos interrogantes.

Nuestra propuesta consiste en identificar algunos de los límites al control de la ilegalidad en las cárceles, así como describir y analizar algunas de las formas en que dicha ilegalidad se reproduce en la interacción cotidiana de los agentes que intervienen en la ejecución de la pena, mediante el análisis de dos expedientes de ejecución penal pertenecientes al Juzgado de Ejecución Penal de San Nicolás de los Arroyos, Provincia de Buenos Aires. En esa dirección pretendemos iluminar uno de los aspectos que consideramos claves: la brecha existente entre los discursos normativos (a la que nos referimos como *pena*) y la experiencia material concreta del castigo (*prisión*).

VI. Respetto del recorte de campo.

La elección del campo se debe, en parte, a la posibilidad de acceder a los actores intervinientes en éste, el conocimiento de los defensores de ejecución de dicha jurisdicción y las particularidades propias del recinto carcelario, que pasaremos a revisar a continuación, sin ánimo de exhaustividad.

San Nicolás de los Arroyos, en el norte de la provincia de Buenos Aires, es una ciudad de cárcel casi desde los albores de la República, construyéndose la primera cárcel de esta localidad ribereña en la primera mitad del siglo XIX. En 1951 se inauguró la actual Unidad Penitenciaria N°3, la que, a diciembre de 2012, alojaba a poco más de quinientas personas privadas de libertad (adultos y menores, procesados y condenados).

De acuerdo con la información oficial del Sistema Nacional de Estadísticas de Ejecución Penal, a diciembre de 2012, los últimos datos disponibles, la cárcel de San Nicolás tendría un 4,6% de sobrepoblación penitenciaria, excediendo en 22 personas el cupo de 483 personas definido por el SPB¹⁹. Sin perjuicio de los resguardos con los que se debe asumir la información oficial sobre la capacidad y ocupación real de los establecimientos penitenciarios, lo cierto es que, de acuerdo con la Defensoría General del Departamento Judicial de San Nicolás, la UP N°3 no debiera alojar a más de 400 personas. Esto implica que, con una ocupación de 505 personas, como afirma el Servicio, tendría al menos un 21,8% de sobrepoblación.

Ahora bien, en diciembre de 2004 el Defensor General Departamental de San Nicolás interpuso un Habeas Corpus colectivo ante la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de San Nicolás. Dicha acción se fundaba en la crítica situación de sobrepoblación que existía en la Unidad, acompañada de pésimas condiciones de higiene y salubridad, la falta de oferta laboral y educacional, la no separación entre condenados, procesados y menores adultos, el uso arbitrario de la facultad de traslados y la no investigación de los homicidios ocurridos al interior de la Unidad.

La Cámara de San Nicolás rechazó la acción presentada por la Defensoría, pero finalmente la Sala I del Tribunal de Casación Penal, con el voto de los magistrados Borinsky y Violini, en junio de 2007 revocó el decisorio impugnado, ordenando al *a quo* que atienda los pedidos contenidos en el Habeas Corpus²⁰, haciendo referencia a lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa Verbitsky²¹. Si bien, la Cámara receptó el Fallo del Tribunal de Casación, disponiendo la adopción de diversas medidas

¹⁹ SNEEP, Informe Anual República Argentina 2012, Página 29, disponible en <http://www.infojus.gov.ar/sneep>

²⁰ Resolución del 12 de junio de 2007 de la Sala I del Tribunal de Casación Penal, Causa N° 19.282 “Detenidos en la Unidad Penal III de San Nicolás s/ recurso de casación (art. 417 del C.P.P.)” Disponible en: http://www.cels.org.ar/common/documentos/tcp_resuelve_hc_gannon.pdf

²¹ Resolución de la CSJN en la causa V856/02, “Verbitsky, Horacio (representante del Centro de Estudios Legales y Sociales) s/Habeas Corpus”, sentencia del 3 de mayo de 2005. Para mayor información sobre el caso, la sentencia y su ejecución, consultar: <http://www.cels.org.ar/agendatematica/?info=detalleTpl&ss=171&ids=158&item1=172&item2=192&idc>

tendientes a remediar la situación en la Unidad 3, éstas no se cumplieron de manera efectiva y, como era de esperarse, la cárcel de San Nicolás continuó con los mismos problemas.

En el año 2012, el Subcomité para la Prevención de la Tortura (SPT), creado por el Protocolo Facultativo de la Convención Contra la Tortura de Naciones Unidas, realizó una visita a la Argentina en la que recorrió diversos lugares de encierro federales y provinciales, siendo uno de éstos, la Unidad Penitenciaria N°3 de San Nicolás. Al respecto, el SPT resaltó diversos problemas de la Unidad, como por ejemplo, el uso recurrente y sistemático de armas y exceso de fuerza, la preocupante falta de servicios médicos adecuados para las mujeres, el hecho de que las celdas no reunían las condiciones básicas para albergar personas privadas de libertad y la insuficiente cantidad y baja calidad de los alimentos proporcionados.²²

Por otra parte, de acuerdo con los informes del Banco de datos de casos de torturas y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes de la Defensoría de Casación Penal, el Departamento de San Nicolás es donde más casos de torturas y malos tratos se han denunciado a la Justicia en la Provincia de Buenos Aires. Sin perjuicio de que esto no significa que en la cárcel de San Nicolás sea donde más se tortura en la Provincia, sí da cuenta del *activismo* judicial llevado adelante por los defensores de ejecución de dicha ciudad, dirigido a proteger los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad.²³

²² Cfr. Informe sobre la visita a Argentina del Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, CAT/OP/ARG/1, párrafos: 51, 56, 61 y 81, entre otros. Disponible en: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=CAT/OP/ARG/1
Respuestas de Argentina a las recomendaciones y a la solicitud de información formuladas por el Subcomité, CAT/OP/ARG/1/Add.1 disponible en: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=CAT/OP/ARG/1/Add.1

²³ Banco de datos de casos de torturas y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes de la Defensoría de Casación Penal. Segundo informe Cuatrimestral de 2013. Todos los informes disponibles en: <http://www.defensapublica.org.ar/>

En San Nicolás se registra un total de 987 denuncias de torturas, mientras que en el Departamento Judicial que le sigue, San Isidro, se registraron en el mismo período un total de 460 denuncias.

Así lo ha reconocido el Defensor Oficial ante el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires Mario Coriolano, al señalar que “puede observarse que en los departamentos judiciales en las que las áreas de Ejecución Penal realizan inspecciones frecuentes a las unidades penitenciarias y entrevistan a las personas privadas de libertad regularmente, el nivel de registro de casos en Unidades Penitenciarias es alto”, afirmando luego que el Departamento de San Nicolás es un claro ejemplo de esta tendencia.²⁴

Esta última circunstancia es uno de los factores principales que nos llevaron a dirigir nuestra investigación a analizar dos casos bajo de la jurisdicción del Juzgado de Ejecución de San Nicolás, por cuanto lo que pretendemos es dar cuenta del cómo, en una jurisdicción con defensores públicos activos, en la cual se podría decir que el sistema de control judicial de la pena “funciona bien”, no es posible superar los obstáculos de la estructura penitenciaria, donde la ilegalidad se expande y evade los intentos de control externo.

VII. El estudio antropológico de la pena, nuestra propuesta metodológica.

La antropología ha sido considerada, desde sus inicios, como la ciencia de lo “otro”, de lo diferente y de lo distante. En este sentido, el viaje se constituyó como un componente esencial del oficio, el trabajo de campo (su metodología) implicaba el estar ahí, vivir y experimentar esas formas de vida extrañas a la propia. Ello permitía al antropólogo no sólo un conocimiento de nuevas costumbres y culturas, sino también una reflexión sobre la propia sociedad. Ahora bien, el viraje de la “antropología tradicional” a la “antropología contemporánea”, implicó no solo el pasaje del estudio de las sociedades distantes al estudio de la propia sociedad, sino también el abordaje de otros temas y ha aparejado transformaciones prácticas y teóricas.

Una de las primeras cuestiones, es cómo llevar a cabo este trabajo cuando somos parte de la misma sociedad, en la que las instituciones (poder judicial, leyes, cárcel) objeto de nuestro estudio funcionan y en la que los actores

²⁴ *Ibidem.*

(jueces, abogados, detenidos, personal del Servicio Penitenciario) con los que interactuamos en la investigación viven.

Además, en nuestro caso, trabajamos en temas relacionados al encierro punitivo desde hace algunos años, lo que nos ha permitido adquirir ciertos conocimientos sobre el campo. La primera condición ha sido, como afirma Da Matta citado por Sarrabayrouse Olivera (2009) *“quitarse la capa de miembro de una clase y de un grupo social específico para poder extrañar alguna regla social familiar y así descubrir (...) lo que está petrificado dentro de nosotros por la reificación y por los mecanismos de legitimación”* (Da Matta, 1998:267).

El poder judicial y la cárcel, serán construidos por nosotros como esos ‘otros’ espacios. Por lo tanto, buscaremos ir más allá tanto de las definiciones normativas y los discursos institucionales, como de los datos propios de la administración burocrática; y trataremos de dar cuenta de prácticas y las estrategias sociales de producción y reproducción de dicho espacio.

La tarea no es sencilla. La cárcel es espacio oscuro, opaco, oculto a la mirada pública; dicha opacidad es una de las condiciones de posibilidad de las ilegalidades que allí se producen. Además, la agencia carcelaria no produce información actualizada ni rigurosa sobre sí, así como se resiste a que otros actores puedan producirla. Por ello, la falta de estadísticas y datos confiables sobre la cárcel y lo que sucede en ella es una característica propia de los diversos sistemas penitenciarios, situación que es fomentada (o por lo menos tolerada) por sus propios funcionarios, así como por los diversos ministerios y secretarías involucradas. A su vez, el sistema carcelario es terriblemente resistente a la intervención y observación por parte de otros actores. Y si bien la opacidad es propia de todas las agencias que conforman el sistema penal, en lo que se refiere a la institución carcelaria se impone una restricción material de acceso. Los servicios penitenciarios, amparándose en diversos motivos, se resisten a permitir a investigadores, organismos públicos y de la sociedad civil el ingreso dentro de sus muros.

Son pocos los casos de organismos estatales y no estatales que tienen un acceso regular y que logran monitorear los espacios de encierro. En el caso de la provincia de Buenos Aires se destaca el caso del Comité Contra la Tortura de la Comisión Provincial por la Memoria y el valioso trabajo que realizan con sus visitas a las cárceles. Aun así, la información con la que se cuenta en algunos casos es fragmentaria y limitada, pero de todas formas es un aporte fundamental para caracterizar la situación.

De todas maneras, a pesar las dificultades existentes en el acceso al campo, no es imposible abordar el estudio antropológico de la prisión. Son diversas las estrategias posibles para poder investigar los espacios de encierro. Si bien el acceso en tanto investigador puede estar vedado y el trabajo de campo *in situ* se dificulta, existen otras vías de acceso al conocimiento de dicho espacio y las relaciones de poder que lo constituyen.

Ante la dificultad de realizar trabajo de campo muchos investigadores han trabajado mediante entrevistas con informantes clave, principalmente ex detenidos, familiares, miembros del servicio penitenciario, abogados y operadores judiciales. Otra vía de acceso posible es a partir de la gran proliferación de escritos que la propia institución produce en su funcionamiento cotidiano, tanto para su funcionamiento interno como en su interacción con otras agencias. En los mismos queda plasmado mucho de lo que acontece en su interior. De más está aclarar que dichos expedientes no son muy accesibles. Nuestro acceso a los mismos fue a partir del contacto con algunos operadores judiciales.

En nuestro caso, nos hemos propuesto trabajar con expedientes de ejecución penal, los cuales nos permiten abordar la interacción entre la cárcel y el poder judicial.

Un expediente es el conjunto de documentos que corresponden a un determinado proceso judicial o administrativo. Tiene una tapa, llamada carátula que sirve a los fines identificatorios, donde se hace constar el nombre de las partes (o de una de ellas seguida de “y otros) y la materia objeto del

proceso. Debe contener además datos del juez o tribunal interviniente, Secretario, fecha de inicio, entre otros datos. Le corresponde al Secretario la custodia de los expedientes. Cada expediente se divide en *cuerpos*, que normalmente tienen 200 *fojas* (hojas). A lo largo del expediente se suceden los distintos actos jurídicos que conforman el proceso. En el caso de los expedientes de ejecución penal llevan anexados *por cuerda separada* los habeas corpus a favor del procesado y sus respectivas resoluciones. A diferencia de los expedientes penales que terminan con la sentencia firme, los de ejecución penal comienzan con la sentencia condenatoria y finalizan con la completa ejecución de la misma.

La suma de los documentos escritos que componen un expediente refleja un proceso y en este sentido deben ser leídos de acuerdo a su contexto de producción. Cada papel que se suma al expediente implica individuos, instituciones, relaciones, tensiones, discusiones y decisiones que se enmarcan en procesos histórico-sociales.

Como sostiene Sarrabayrouse Olivera (2009) "*Leer' antropológicamente causas judiciales implica dar cuenta de las prácticas, los procedimientos y relaciones que caracterizan ese mundo, de las tramas que se tejen y que sostienen ese universo social*". En este sentido, proponemos a partir del análisis de los expedientes reconstruir prácticas judiciales, prácticas de la agencia penitenciaria, relaciones entre los distintos agentes del campo (detenidos, jueces, abogados, personal penitenciario, familiares de detenidos, etc.), sus puntos de conflictos y de acuerdos.

Buscamos ir más allá de una lectura centrada en las normativas, y pretendemos dar cuenta de ciertas prácticas, fenómenos y relaciones (formales e informales) que condicionan la interacción de estas agencias, y que en última instancia, determinan la vida de los sujetos privados de libertad durante el cumplimiento de su pena.

Para ello, el trabajo sobre los documentos será necesariamente complementado con entrevistas en profundidad a *informantes claves*, es decir,

aquellos que debido a su práctica cotidiana poseen un amplio conocimiento del campo. Éstas permitirán, en primer lugar, contar con la ayuda de informantes especializados –en términos profesionales y fundamentalmente como conocedores de los espacios y hechos relatados – quienes pueden servir de guías en la lectura de los expedientes de ejecución y, en segundo lugar, ampliar el marco interpretativo ofreciendo impresiones y relatos de actores del campo en cuestión sobre aquello que aparece en los expedientes. Por último, permitirán visibilizar mucho de lo que “queda afuera” de los expedientes, es decir, todo lo que no queda plasmado por escrito.

Para abordar nuestro problema de investigación proponemos realizar una lectura analítica de los expedientes a partir de los siguientes ejes o líneas de interpretación:

1) Límites estructurales a la desconfianza y control del accionar del servicio.

Buscamos observar la capacidad de control concreto de las determinadas acciones y pedidos solicitados por parte del juzgado, y los límites materiales que se tienen desde la instancia de control formal

¿Cuáles son los insumos que dispone el juez de Ejecución para la toma de decisiones? ¿En qué medida puede el Juez para desconfiar de los informes del SPB y qué medidas puede tomar respecto a dicha “desconfianza”? ¿Qué peso tienen las relaciones de afinidad, cooperación, antagonismo, competencia, etc. entre los operadores judiciales y penitenciarios?

2) Multiplicidad de voces en el expediente.

Buscamos dar cuenta del carácter polifónico del expediente, es decir, de las distintas voces dialogando en el mismo. Es importante no confundir la dimensión polifónica mencionada con cierta idea de igualdad u horizontalidad en el diálogo. Más bien lo contrario, es un diálogo fuertemente estructurado jerárquicamente, con sus hablantes autorizados y desautorizados, con sus códigos y fórmulas legitimadas, etc.; y es precisamente de dicha estructura jerárquica de la que buscamos dar cuenta. ¿Qué voces están presentes en el

expediente y en qué medida cada una? ¿Cuáles son las voces autorizadas para ciertas cuestiones? En los casos de contradicción ¿Cuál tiene más peso y por qué? ¿Sobre qué criterios se sostienen las distintas voces? ¿Qué peso tienen las relaciones de afinidad, cooperación, antagonismo, competencia, etc. entre los operadores judiciales y penitenciarios? ¿Qué voces podrían estar y no aparecen?

3) *Régimen de producción de verdad penitenciaria y judicial.*

En relación con el punto anterior, queremos visibilizar y analizar algunos de los procedimientos discursivos puestos en juego por el servicio penitenciario a la hora de producir los diversos informes que constituyen un insumo básico durante la instancia judicial. ¿Cuáles son los saberes y las estrategias discursivas puestas en juego por las distintas agencias para producir discursos con pretensión de verdad?

VIII. Algunas aclaraciones sobre los casos.

Para esta investigación seleccionamos dos casos pertenecientes a un mismo juzgado, en los cuales no obstante sus particularidades, se observan patrones recurrentes del accionar de las burocracias y las agencias del sistema penal. En primer lugar, ambas sentencias condenatorias son impuestas producto de un juicio abreviado, en el cual se debilitan las garantías del proceso penal²⁵. En segundo lugar, los casos estudiados refieren a individuos jóvenes, con trayectorias de vida signadas por la exclusión social, no siendo su primera experiencia de privación de libertad. Es decir, son dos casos que podríamos considerar como *típicos*, producto de selectividad con la que opera el sistema penal.

²⁵ Para la problemáticas presentes en el uso de juicios abreviados ver Vacani, Pablo “*Cómo pensar la resocialización. Aproximaciones y propuestas para su deslegitimación e invalidación judicial*” En: www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/vacani-como-pensar-la-resocializacion.pdf; Corigliano Mario E. “*Juicio abreviado una imposición de criterios de oportunidad en el sistema penal*”. En *Revista Derecho y Cambio Social* Nro. 21, Año VII, 2010, disponible en: <http://www.derechocambiosocial.com/revista021/CARATULA.htm>; entre otros.

En tercer lugar, ambos expedientes dan cuenta de trayectorias de encierro muy accidentadas, en las que cada detenido sufrió sistemáticamente abusos y vulneración de derechos durante el cumplimiento de la pena por parte del SPB; pero a los que, finalmente, se les permitió completar la condena en prisión domiciliaria para resguardo de su vida. Sin perjuicio de lo anterior, no se debe considerar estos casos como “exitosos”, donde la intervención judicial permitió poner fin a la ilegalidad, ya que ambos expedientes se componen de sucesivas denuncias y requerimientos por parte de los detenidos sobre sus condiciones de encierro. En ambos casos el juzgado de ejecución ordena la prisión domiciliaria luego de múltiples denegatorias, cuando sus vidas han tocado un límite de padecimientos y han sido objeto de sucesivas ilegalidades dentro del sistema penal.

A continuación, haremos una breve presentación de los casos para poder delinear algunas de nuestras hipótesis preliminares.

Maximiliano, el aislamiento²⁶

En el caso de Maximiliano una de las constantes a lo largo de todo el expediente es la persistencia del aislamiento. Esto constituye una situación agravante de la situación de encierro debido a las condiciones en las cuales se materializa.

El aislamiento está contemplado por la legislación como una sanción. A pesar de ello, es utilizado regularmente como una medida de resguardo de integridad física (RIF). El caso de Maximiliano da cuenta de algunos de los problemas que esta utilización suscita, debido a la cualidad punitiva de la misma.

Tomando el primer ejemplo del expediente:

Luego de un llamado telefónico, el juez solicita informe al SPB. De estos informes se da cuenta del aislamiento del que estaba siendo objeto Maximiliano durante 2010, justificándose como medida de resguardo de integridad física. De esta forma, el SPB informó que en abril de 2010

²⁶ Los nombres utilizados son ficticios, en pos de preservar la identidad de las personas.

Maximiliano había sido encerrado en los “Buzones” SAC hasta que en junio, producto de una presentación de la Defensa, el juez ordena que la medida cautelar no implique el aislamiento del detenido. Informa el Servicio que luego de esta orden se *“reubica al interno en cuestión en el pabellón Nro. 5 destinado a internos q profesan el cuto evangélico, por lo que en forma gradual fue accediendo a diferentes actividades que se desarrollan en el sector”*, se menciona además que concurre al patio por la mañana y la tarde y que realiza un curso de instalaciones de gas. Sin embargo, en septiembre de 2010 el interno se comunica telefónicamente con el juez.

Unos días después la Defensa publica concurre a la unidad y se entrevista con Maximiliano, dejando asentado en un escrito presentado al Juez que: *“el mismo se mostró angustiado. Refirió que no le permiten asistir al colegio, a pesar de haber manifestado su intención de cursar, que cuando sale al patio lo hace solo, sin compañía del resto de los internos del pabellón y que ello le genera depresión, dado que no puede hablar con nadie. Asimismo refirió que no le permiten compartir las horas de “abierta” en el pabellón en el que se encuentra, por lo que mientras los demás internos están en el pasillo del pabellón, él debe permanecer encerrado en su celda. Refirió no tener problemas de convivencia en el pabellón y pide comparendo ante el Juez”*.

Luego concurre a una audiencia con el Juez, producto de la cual el magistrado pide nuevamente al SPB que *“informe la fecha en que se dispuso la medida cautelar, Magistrado que lo dispuso, motivo de la misma y si existe a la fecha alguna razón para mantener dicha medida”*. Y el SPB informa que *“la medida cautelar fue impuesta por el tribunal en lo criminal Nro. 1 Departamental, mediante oficio judicial de fecha 28 de abril de 2010, debido a los problemas de índole convivencial que presentaba con sus cohabitantes. No habiendo actualmente mayores motivos para continuar dicha medida”*. Finalmente el 12/10/2010 el Juez dispone que se levante la medida cautelar.

Si bien, como se dijo anteriormente, este es un avance de investigación, este pequeño fragmento del expediente nos permite plantear algunas cuestiones relacionadas a los ejes de lectura propuestos previamente:

En primer lugar se observa el uso del aislamiento como práctica regular, aun en situaciones totalmente injustificadas, e incluso como respuesta a una medida cautelar. El uso arbitrario de este tipo de prácticas apoya las denuncias del uso del aislamiento como tortura, realizadas por la CCT y otros organismos.

En segundo lugar, en este fragmento podemos observar algunas de las contradicciones existentes entre los escritos del SPB y los testimonios del detenido (por ejemplo, con respecto a la asistencia o no a clases) o entre los criterios utilizados: Mientras que el SPB plantea el aislamiento como una medida cautelar en resguardo de su integridad (es a favor del preso), para el detenido es una medida de castigo, que vulnera sus derechos y agrava sus condiciones de detención (violencia psicológica: angustia, depresión).

Es relevante reconocer que no se trata de una simple diferencia de criterios, sino que responde a una concepción del servicio penitenciario respecto de cómo gobernar los espacios de encierro. Todo este evento pone de manifiesto no solo el carácter jerarquizado de las voces presentes en el expediente, sino también los distintos márgenes de acción de las agencias involucradas.

Cabe destacar, que a pesar de ser testigo de las ilegalidades a través de las denuncias, el juez nunca se detiene a evaluar la ilegal actuación del SPB, sino que se limita a actuar sobre la coyuntura.

Juan, el traslado²⁷

Por su parte, en la lectura del expediente de ejecución de Juan observamos el traslado como una constante durante su encierro. Los traslados de unidad penitenciaria constituyen una práctica recurrente del Servicio Penitenciario

²⁷ Los nombres utilizados son ficticios, en pos de preservar la identidad de las personas.

Bonaerense, con el objeto de disciplinar a los detenidos y sancionarlos informalmente.

Juan comenzó su condena alojado en la Unidad 3 de San Nicolás, donde se encontraba cerca de sus familiares y tenía la posibilidad de recibir visitas de forma regular. El problema es que la permanencia de un detenido cerca de su núcleo social y familiar cede frente a consideraciones de índole securitaria que esgrime el servicio.

Así, por ejemplo, a raíz de un llamado de la madre del detenido que denuncia que su hijo ha sido golpeado y se encuentra herido Juan fue trasladado a la Unidad 13 de Junín y luego a la Unidad 21 de Campana, desde la que es devuelto a la UP3 –cual calesita penitenciaria-todo en tan solo un mes.

Alojado nuevamente en la U3, la autoridad administrativa de dicha Unidad se dirige al juez aduciendo que la permanencia de Juan en el recinto es insostenible pues no se logra adaptar a las reglas y normas de convivencias y que de continuar alojado allí “correría grave riesgo su integridad física”, a lo que el juez autoriza un nuevo traslado.

En contra de la resolución del juez que autoriza la reubicación del detenido en otro penal, la Defensa Pública interpone un recurso de apelación y nulidad con el objeto de que Juan sea mantenido en la UP3 y que el Servicio adopte otras medidas de protección. Al rechazarse el recurso por la Cámara, el defensor interpuso un Habeas Corpus ante el mismo juez de ejecución que había autorizado el primer traslado. Finalmente el juez de ejecución de San Nicolás decida dar una “última oportunidad” (sic) a Juan, en tanto cumpla con las normas de convivencia, so pena de “vedársele su reingreso a la Unidad Penal 3^a”.

Dos días después de esta resolución, el SPB informa que Juan fue encontrado con un “elemento metálico punzante” y debe ser trasladado.

Es a esta altura del expediente en que aparecen los primeros reclamos de la familia, preocupada por la salud mental de Juan, señalando que se encuentra

deprimido y solicitando atención psicológica, atendiendo a los episodios de autolesiones e intentos de suicidio.

Las idas y vueltas entre el Juzgado, la Cámara y las autoridades administrativas de las diversas Unidades por las que Juan transita, llegan al cenit de la desesperación cuando, en diciembre de 2010, Juan es trasladado a pedido del Servicio y con la confirmación del Juzgado, a la UP34 de Melchor Romero, la cárcel/neuropsiquiátrico.

Sin perjuicio de los intentos de la Defensa por obtener que sea devuelto a San Nicolás, el sistema logra neutralizar a Juan, haciéndolo pasar las fiestas de fin de año en un neuropsiquiátrico, alejado de su familia, en un ambiente hostil y desconocido. Vale señalar que el 5 de enero, por orden judicial, Juan es trasladado desde Melchor Romero, a la UP 21 de Campana.

A partir de este breve resumen del expediente observamos dos grandes problemáticas. En primer lugar podemos dar cuenta del rol central que tienen los traslados de los detenidos entre unidades y la disputa de intereses que se juega en torno a los mismos. El traslado es una práctica recurrente del sistema penitenciario. Es una de las atribuciones que tiene el servicio penitenciario, pero –como mencionamos más arriba– es bien sabido el rol que juegan los traslados en tanto práctica central del dispositivo de gobernabilidad del espacio carcelario²⁸.

De hecho, en 2007 la Comisión Provincial por la Memoria presentó un habeas corpus colectivo tendiente a terminar con los traslados arbitrarios y constantes del Servicio Penitenciario Bonaerense. El 26 de febrero de 2013 la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires hizo lugar al

²⁸ La cuestión de los traslados de detenidos por parte del Servicio Penitenciario Bonaerense, ha sido objeto de varios informes sobre violaciones a los derechos humanos en cárceles de la provincia de Buenos Aires por parte del Comité Contra Tortura. Por ejemplo, en “El sistema de la crueldad III” (2008) se afirma que “Al ser trasladados de unidad en unidad, los detenidos ven vulnerados su derecho a la salud, su derecho a la educación, su derecho al vínculo familiar y su derecho a un trato igualitario (...) con los traslados constantes tienden a debilitarse los lazos familiares y sociales y hay una pérdida de objetos personales, de fondos personales, de historias clínicas y criminológicas, de informes médicos y papeles judiciales (...) una de las modalidades más graves de esta práctica conocida como calesita, se da cuando los internos permanecen desaparecidos por semanas enteras sin que nadie sepa dónde están alojados”

reclamo²⁹. El fallo reconoce que “la práctica de traslados arbitrarios” por parte del Servicio Penitenciario constituye “un agravamiento ilegítimo de las condiciones de detención” y que por esta razón “requieren autorización judicial previa”.

En suma, el caso de Juan muestra cómo, a pesar de que el Juez es quien debe autorizar los traslados, estos siguen produciéndose en forma recurrente. En síntesis, aun cuando el juez debe velar por los derechos del detenido, los traslados se siguen llevando a cabo de forma constante y arbitraria.

En segundo lugar, a partir de las disputas en torno a los traslados podemos ver plasmado en el expediente las tensiones y conflictos de intereses que se dan entre las distintas agencias y actores involucrados, y los criterios puestos en juego por cada una. En este caso, la disputa dada entre el SPB y la defensa para ver en cuál unidad debe ser alojado Juan. Por un lado, el servicio encuadra su accionar bajo un criterio securitario, por su propia seguridad y la de otros detenidos, propiciando que se lo traslade fuera de la U3, implicando el alejamiento de su núcleo social y familiar. Por el otro, tanto el detenido como su defensa y familia demandan su ubicación en dicha unidad, amparándose en el derecho del detenido a tener un contacto directo y regular con su familia y en el agravamiento que el traslado ha generado en su condición psíquica (depresión, angustia) y física (autolesiones).

IX. Propuestas para continuar.

A modo de cierre queremos dejar planteados algunos de los interrogantes que surgen de la lectura de los expedientes, y sobre los cuales pretendemos avanzar en el curso de esta investigación. Como principal reflexión nos queda

²⁹ El 7 de diciembre de 2007 la Comisión Provincial por la Memoria había presentado ante el Tribunal de Casación provincial una acción colectiva tendiente a terminar con los traslados arbitrarios y constantes del Servicio Penitenciario Bonaerense por constituir una práctica de tortura diseñada para el sufrimiento y castigo de las personas detenidas. La Comisión solicitó en la presentación que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 73 y 98 de la ley 12.256 y que sólo se pudiera trasladar detenidos con autorización judicial previa. El Tribunal de Casación no hizo lugar a lo requerido y resolvió que los traslados debían comunicarse con posterioridad al traslado. Apelada la sentencia por la Comisión y la Defensoría de Casación de la Provincia de Buenos Aires, la Corte Suprema provincial ordenó que no se trasladen detenidos sin orden del juez a cargo, salvo casos excepcionales que deben ser debidamente fundados.

la pregunta en torno al control efectivo que pueden realizar los juzgados de ejecución penal a lo largo de la ejecución de la pena. ¿Cuánto es lo que efectivamente pueden controlar? ¿Qué es lo que se les escapa? ¿En qué medida pueden seguir el rastro de las acciones que toman? y ¿cuáles son los recursos que disponen para ello? En fin ¿Cuáles son los límites materiales al control de la pena que los juzgados pueden ejercer?

Además resta la pregunta sobre las estrategias desplegadas por SPB para sortear el control judicial y sostener prácticas arbitrarias que reproducen la ilegalidad.

En todo caso, esperamos que este trabajo contribuya a visibilizar la brecha existente entre la pena y la prisión.

Bibliografía:

Andersen, María Jimena “*Los pabellones evangelistas en las cárceles del Servicio Penitenciario Bonaerense. Antagonismos entre las perspectivas micro y macro sociológica en el estudio de la prisión*” En: Seminario de estudios comparados sobre las estrategias del gobierno de la cárcel neoliberal en Argentina y en Francia. 1a ed. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires. Instituto de Investigaciones Gino Germani-UBA; Grupo de Estudios sobre Sistema Penal y Derechos Humanos, 2012. Disponible en: <<http://gespydhiigg.sociales.uba.ar/actividades/2011-2012/>>

Baratta, Alessandro “*Criminología crítica y crítica del derecho penal*” <1985>. Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2001.

Becker, Howard “*Outsiders. Hacia una sociología de la desviación*” <1963>. Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2008.

Beristain, Antonio “*Las cárceles del mundo nos exigen más atención, sinceridad y colaboración*”, En: ILANUD al Día, Vol. 9-10, N° 23 y 24, Año: 1989, Páginas: 77-94.

Bovino, Alberto, “*Control judicial de la privación de libertad y derechos humanos*”, en Revista Jurídica N°17, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2004. Págs.87-117. Disponible en:

<http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2004/17/17_Control_Judicial_De_Privacion_Libertad.pdf>

Carnelutti, Francesco “*El problema de la pena*” Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1956.

CELS “Informe Anual 2013”, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2013.

Comité Contra la Tortura - Comisión Provincial por la Memoria

-“*El sistema de la crueldad III. Informe sobre violaciones a los derechos humanos en lugares de detención de la provincia de Buenos Aires 2006-2007*”.

-“*El sistema de la crueldad IV. Informe anual 2009 sobre violaciones a los derechos humanos en lugares de detención de la provincia de Buenos Aires*”.

-“*El sistema de la crueldad V. Informe anual 2010 sobre violaciones a los derechos humanos en lugares de detención de la provincia de Buenos Aires*”.

-“El sistema de la crueldad VI. Informe anual 2011 sobre violaciones a los derechos humanos en lugares de detención de la provincia de Buenos Aires”.

-“El sistema de la crueldad VII. Informe anual 2012 sobre violaciones a los derechos humanos en lugares de detención de la provincia de Buenos Aires”.

Todos disponibles en: <www.comisionporlamemoria.org/comite/informes/anuales>

Corigliano Mario E. “Juicio abreviado una imposición de criterios de oportunidad en el sistema penal”. En *Revista Derecho y Cambio Social* Nro. 21, Año VII, 2010, disponible en: <<http://www.derechocambiosocial.com/revista021/CARATULA.htm>>

Da Matta, Roberto “El oficio de etnólogo o cómo tener Anthropological Blues”. En Boivin, F.; Rosato, A.; Arribas, V. (eds.): *Constructores de otredad*. (pp. 263-272) <1974>. Buenos Aires: Eudeba, 1998.

Daroqui, Alcira “La cárcel del presente, su sentido como práctica de secuestro institucional”. En: *Violencias, delitos y justicias en la Argentina* / Comp. Gayol, Sandra. Ed. Manantial, Buenos Aires, 2002. p. 191-204.

Foucault, Michel “Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión”. Ed. Siglo XXI, Madrid, 1992.

Foucault, Michel “La arqueología del saber” Ed. Siglo XXI, Madrid, 1987.

Goffman, Erving “Internados: Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales”. Amorrortu Editores. 1972.

Jakobs, Günther y Cancio Meliá, Manuel “Derecho penal del enemigo” Ed. Civitas, Madrid, 2003.

Sarrabayrouse, María José “Reflexiones metodológicas en torno al trabajo de campo antropológico en el terreno de la historia reciente” En *Cuadernos de Antropología Social* N° 29 (p.61-83) 2009. Instituto de Ciencias Antropológicas, Sección Antropología Social, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires. Disponible en: <<http://ica.institutos.filo.uba.ar/seanso/modulos/cas/n29/n29a04.pdf>> ISSN 1850-275X.

SNEEP, *Informe Anual República Argentina*, 2012. Disponible en: <<http://www.infojus.gov.ar/sneep>>

Vacani, Pablo Andrés “Cómo pensar la resocialización. Aproximaciones y propuestas para su deslegitimación e invalidación judicial” En: <www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/vacani-como_pensar_la_resocializacion.pdf>

Wacquant, Loïc “Las cárceles de la miseria”. Ed. Manantial, Buenos Aires, 2000.

Zaffaroni, Raul “El enemigo en el derecho penal”. Ed. EDIAR, Buenos Aires, 2006.



Actividades pedagógicas y propuestas didácticas

I. Propuesta de taller. Objetivos generales.

Los talleres tendrán por objeto afianzar una comprensión del funcionamiento de los métodos punitivos, que permita definir el campo de prisión desde una mirada interdisciplinaria a través de herramientas de las ciencias sociales y, particularmente, de la sociología del castigo. Se desarrollará un análisis de las principales herramientas metodológicas de la investigación sociológica, haciendo hincapié en la forma de estudiar las agencias punitivas y el modo de lograr su comprensión desde el estudio del derecho penal.

Se pretende intervenir en el abordaje de la producción de fuentes primarias a través de los registros de campo realizados por el grupo de investigación, para luego abordar un análisis de las distintas variables que surgen de las entrevistas realizadas a detenidos, agentes penitenciarios e informes claves. También se recurrirá al uso de información secundaria derivada de la producción de informes realizados en los últimos cinco años por la Procuración Penitenciaria de la Nación y el Comité contra la Tortura, a fin de analizar la doctrina vigente en la materia como así definir las búsquedas bibliográficas que permitan abordar los datos relevados.

El abordaje que se propone, mediante interrelaciones disciplinares, permitiría definir una nueva línea conceptual en el campo del derecho penal, consistente en procurar una producción teórica actualizadora y renovable de acuerdo al carácter narrativo de la violencia punitiva, cuya manifestación existencial pueda aspirar a ser una respuesta acerca de los requisitos mínimos de respeto de los derechos humanos como alteración de la matriz moderna.

El tiempo de prisión preventiva como el del efectivo cumplimiento de la condena, implica un proceso de duración sujeto a distintos fenómenos del trato punitivo que deben ser valorados para cuantificarse oportunamente, al

momento de fijar la pena o durante su ejecución, respectivamente. Este planteo supone una valoración y redefinición de la cantidad de castigo, además de producir una cierta incidencia política sobre aquellas prácticas jurídicas que, como condición de continuidad, niegan los efectos causados sobre la persona. Esto permite introducir dentro de la práctica jurídico-penal, nuevas formas de cuestionamiento y percepción sobre esos modos de violencia.

Es necesario interrogar esa trayectoria temporal en prisión; abrir la pregunta respecto a cuáles han sido las condiciones materiales del encierro y valorar en una nueva “medida de tiempo” ese exceso de poder punitivo aplicado. De este modo, puede sostenerse que en términos de cantidad de poder punitivo, por ejemplo, dos años de prisión preventiva pueden ser cuatro de pena.

II. Propuestas didácticas.

1. Lea el capítulo XV de “El Principito” de Antoine de Saint-Exupéry.

Sobre la lectura de los textos que integran este cuadernillo, reflexione sobre las semejanzas y relaciones existentes entre el episodio del geógrafo y el funcionamiento del sistema penal.



El sexto planeta era diez veces más grande. Estaba habitado por un anciano que escribía grandes libros.

—¡Anda, un explorador! —exclamó cuando divisó al principito.

Este se sentó sobre la mesa y reposó un poco. ¡Había viajado ya tanto!

—¿De dónde vienes tú? —le preguntó el anciano.

—¿Qué libro es ese tan grande? —preguntó a su vez el principito—. ¿Qué hace usted aquí?

—Soy geógrafo —dijo el anciano.

—¿Y qué es un geógrafo?

—Es un sabio que sabe dónde están los mares, los ríos, las ciudades, las montañas y los desiertos.

—Eso es muy interesante —dijo el principito—. ¡Y es un verdadero oficio!

Dirigió una mirada a su alrededor sobre el planeta del geógrafo; nunca había visto un planeta tan majestuoso.

—Es muy hermoso su planeta. ¿Hay océanos aquí?

—No puedo saberlo —dijo el geógrafo.

—¡Ah! (El principito se sintió decepcionado). ¿Y montañas?

—No puedo saberlo —repitió el geógrafo.

—¿Y ciudades, ríos y desiertos?

—Tampoco puedo saberlo.

—¡Pero usted es geógrafo!

—Exactamente —dijo el geógrafo—, pero no soy explorador, ni tengo exploradores que me informen. El geógrafo no puede estar de acá para allá contando las ciudades, los ríos, las montañas, los océanos y los desiertos; es demasiado importante para deambular por ahí. Se queda en su despacho y allí recibe a los exploradores. Les interroga y toma nota de sus informes. Si los informes de alguno de ellos le parecen interesantes, manda hacer una investigación sobre la moralidad del explorador.

—¿Para qué?

—Un explorador que mintiera sería una catástrofe para los libros de geografía. Y también lo sería un explorador que bebiera demasiado.

—¿Por qué? —preguntó el principito.

—Porque los borrachos ven doble y el geógrafo pondría dos montañas donde sólo habría una.

—Conozco a alguien —dijo el principito—, que sería un mal explorador.

—Es posible. Cuando se está convencido de que la moralidad del explorador es buena, se hace una investigación sobre su descubrimiento.

—¿Se va a ver?

—No, eso sería demasiado complicado. Se exige al explorador que suministre pruebas. Por ejemplo, si se trata del descubrimiento de una gran montaña, se le pide que traiga grandes piedras.

Súbitamente el geógrafo se sintió emocionado:

—Pero... ¡tú vienes de muy lejos! ¡Tú eres un explorador! Vas a describirme tu planeta.
Y el geógrafo abriendo su registro afiló su lápiz. Los relatos de los exploradores se escriben primero con lápiz. Se espera que el explorador presente sus pruebas para pasarlos a tinta.

—¿Y bien? —interrogó el geógrafo.

—¡Oh! Mi tierra —dijo el principito— no es interesante, todo es muy pequeño. Tengo tres volcanes, dos en actividad y uno extinguido; pero nunca se sabe...

—No, nunca se sabe —dijo el geógrafo.

—Tengo también una flor.

—De las flores no tomamos nota.

—¿Por qué? ¡Son lo más bonito!

—Porque las flores son efímeras.

—¿Qué significa "efímera"?

—Las geografías —dijo el geógrafo— son los libros más preciados e interesantes; nunca pasan de moda. Es muy raro que una montaña cambie de sitio o que un océano quede sin agua. Los geógrafos escribimos sobre cosas eternas.

—Pero los volcanes extinguidos pueden despertarse —interrumpió el principito—. ¿Qué significa "efímera"?

—Que los volcanes estén o no en actividad es igual para nosotros. Lo interesante es la montaña que nunca cambia.

—Pero, ¿qué significa "efímera"? —repitió el principito que en su vida había renunciado a una pregunta una vez formulada.

—Significa que está amenazado de próxima desaparición.

—¿Mi flor está amenazada de desaparecer próximamente?

—Indudablemente.

"Mi flor es efímera —se dijo el principito— y no tiene más que cuatro espinas para defenderse contra el mundo. ¡Y la he dejado allá sola en mi casa!". Por primera vez se arrepintió de haber dejado su planeta, pero bien pronto recobró su valor.

—¿Qué me aconseja usted que visite ahora? —preguntó.

—La Tierra —le contestó el geógrafo—. Tiene muy buena reputación...

Y el principito partió pensando en su flor.

2. Informes PPN y CCT.

Efectúe un somero relevamiento de los informes de los últimos dos años de la Procuración Penitenciaria de la Nación y del Comité Contra la Tortura de la Comisión Provincial por la Memoria. Identifique y describa, brevemente, las

prácticas de violencia identificadas. Según su opinión fundada, señala las prácticas que considera que constituyen torturas.

3. Lea los siguientes fragmentos de entrevistas y de resoluciones judiciales¹.

Exponga una breve reflexión sobre la noción de "clandestinidad".

“Dicen que nos resocializan, nos sacan peor. Yo antes no lastimaba. Ahora, lo tengo que hacer para sobrevivir”.

“Entiende esta Sala, que la denegatoria (...) es correcta, ya los efectos de la concesión del beneficio es de particular importancia el tenor del informe de los organismos técnicos del SPBA habida cuenta que son quienes tienen directo contacto con el condenado (...) que la normativa establecida por el art. 169 inc.10mo. del CPP indica que para el caso deben concurrir ‘las demás condiciones necesarias para acordarla’ y precisamente las características de conducta y concepto son una de aquellas exigencias a tener en cuenta. Así las cosas, el informe de fs. (...) asigna a (...) un concepto malo para las autoridades penitenciarias y ello es suficiente obstáculo para que acceda al beneficio requerido, si bien la sanción impuesta durante el corriente año obedece a una falta que puede considerarse menor, no escapa que en noviembre de 2011 fue pasible de una sanción por falta de grave entidad (ver fs...) lo que da fundamentos al concepto que se tiene del mismo...”.

“Pido traslado para acá, para Buenos Aires, y me terminan mandando a la U 30 de General Alvear, mucho más lejos. Después me bajan de comparendo, porque mi señora pidió el traslado. Pero me terminan mandando a Sierra Chica, más lejos aún. El papel que tiran del juzgado no existe, me entendés. Al de la comisión no le importa nada, y eso te molesta, porque nunca sabes dónde vas a ir a parar. Ahora estoy sin destino, me mandan a la Unidad 29. Hace como un mes que estoy así, pase por cuatro unidades. Hace poco en la U°29 me tuvieron una semana, y allá no te podes higienizar, no tenés ni agua, no te dejan pasar un jabón, ni shampoo, no tenés ni un cubierto de plástico para comer, te digo más estoy sacando la comida en el yerbero de donde tomo mate. Es una vergüenza, pero lo que quiero es ver a mi familia y que me dejen en un lugar para hacer conducta”.

¹ Fragmentos de entrevistas realizadas en el marco del proyecto de investigación y tesis doctoral “La medida cualitativa del tiempo de prisión preventiva cuantificable a la pena. Una comprensión temporal del trato arbitrario en prisión”, por Pablo Andrés Vacani y bajo la dirección de Eugenio R. Zaffaroni.

4. Anteproyecto de Código Penal: Artículos 19 y 20.

En base a la lectura de los textos que integran este cuadernillo y de otras fuentes que considere pertinentes, ensaye posibles fundamentos de corte sociológico, antropológico, jurídicos y/o filosóficos que puedan justificar la introducción de las siguientes normas en el Código Penal previstas en el Anteproyecto elaborado por la Comisión que establece el Decreto PEN 678/12.

ARTÍCULO 19°

Exención y reducción de la pena

(...)

3. *Aplicación de la pena por debajo del mínimo. El juez podrá determinar la pena por debajo del mínimo previsto en la escala conminada, en los siguientes casos:*

(...)

c) *Penas o lesiones ilícitas infligidas por funcionarios. Cuando el agente hubiere sido objeto de tortura, tormento o vejaciones por acciones u omisiones de funcionarios encargados de su detención, cuidado o transporte, o hubiere sufrido un grave daño en su salud por la inseguridad de los lugares de detención o los medios de transporte.*

ARTÍCULO 20°

Recursos y límites

1. *La determinación de la pena conforme a las pautas de los dos artículos precedentes, será susceptible de revisión en todas las instancias ordinarias y extraordinarias habilitadas respecto de la condenación, de acuerdo con lo que regulen las leyes pertinentes.*

5. Examine detenidamente los siguientes informes del Servicio Penitenciario Federal correspondientes a los años 1979², 1987³ y 2007⁴, respectivamente.

Sobre la base de la lectura de los textos que integran este cuadernillo, identifique los aspectos relevados de la vida en prisión que observa en los

² Tomado de GARAÑO, SANTIAGO y PERTOT, WERNER, *Detenidos-Aparecidos. Presas y presos políticos desde Trelew a la dictadura*, Buenos Aires, Biblos, 2007, p. 186.

³ *Id.*, p. 187.

⁴ Fuente: Procuración Penitenciaria Nacional, 2007.

TRATAMIENTO PENITENCIARIO

INFORME DE LA DIVISION SEGURIDAD INTERNA

Nombre y apellido _____ Celda N° 7.G.57.337
 Fecha de ingreso 22/12/83 Establecimiento de donde procede Unidad 6.-
 Conducta que ha observado en ellos Regular

EN EL PABELLON:
 Conducta Buena Higiene (Personal y de celda) Buena
 Moralidad Buena Percepciones sexuales No se le conocen
 Relaciones con otros internos: (Normales - reglamentarias) Normales
 Abastamiento No Camaradería Si Animadversión No
 Predominio sobre codetenidos No ejerce Subordinación a codetenidos No se somete

CONDUCTA CON LA FAMILIA:
 ¿Ha recibido visitas? Si (De quiénes) Hermanos- Hermana- Amigas y Amigo.-
 ¿Cuándo? (Asiduidad) Reglamentarias ¿Los atienden? Si
 ¿Ha mantenido correspondencia? Si (Con quiénes) Hermanos- Hermana- Amigas y Amigo.-
 ¿De qué naturaleza? Afectiva
 ¿Quién le contestó? Los mismos

Observaciones del control epistolar Nada de importancia

FORMA	MOTIVOS	RESOLUCION DE LA DIRECCION
	<u>COMO PROCESADO</u>	
	<u>REGISTRA CINCO (5) SANCIONES DISCIPLINARIAS</u>	
	<u>COMO CONDENADO</u>	
	<u>REGISTRA UNA (1) SANCION DISCIPLINARIA</u>	
RECOMPENSAS		
<u>NO REGISTRA</u>		

Clasificación de la conducta al solicitar libertad condicional Conducta Buena (5) y Concepto Regular (4) (Desde qué fecha?) _____

CONCLUSIONES: El interno causante oportunamente se ha negado a realizar la Historia criminológica y en consecuencia a acatar el Tratamiento Penitenciario que como condenado le corresponde por haberse autotitulado "preso político", por lo que esta juratara emite juicio negativo a su solicitud.-

27 de agosto de 1987.-

Ale. May. ROBERTO H. BURTHERY
 Jefe Div. Seg. Interna
 Firma del Jefe de Seguridad

38

DIRECCION NACIONAL DEL SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL
DIRECCION DE JUDICIAL

12

CONDENADO ALOJADO REINCIDENTE NO CONDENADO JUSTICIA PENAL SIN MEDIDA CURATIVA

Apellido y Nombres: [REDACTED]
Fecha de Ingreso: 12/03/2007 F.R.C.: 240337
Otros Nombres:
Fecha nacimiento: 06/08/1972 Nacionalidad: CHILE
Unidad de Alojamiento: COMPLEJO PENITENCIARIO FEDERAL I -EZEIZA-

SITUACION LEGAL

CONDENA PRINCIPAL
CAUSA Nº: 0 AÑO: 0
Juzgado: TRIBUNAL ORAL DE MENORES Nº 2 -CAP.FED.- Secretaría: 0
Juzgado Nacional de Ejecución Penal Nº 2
Delito: COAUTOR PENALMENTE RESPONSABLE DEL DELITO DE ROBO CALIFICADO CON EL AGRAVANTE POR SU COMISION EN LUGAR EN POBLADO Y EN BANDA.
Duración de la Pena: 7 Años 3 Meses 0 Días Tipo Pena: PRISION
Condena Definitiva: // Fecha de Corre: //
Fecha Vencimiento: 04/11/2008 Fecha Lib.Cond.: 04/04/2006
Mitad de Condena: 19/03/2005 Libertad Asistida: 08/05/2006
Comutación/Indulto: NO Acc.Art.52 C.P.: NO
CURATELA: Radicada en el Juzgado NO REGISTRA
Observaciones: SE SOLICITO TESTIMONIO DE SENTENCIA Y COMPUTO DE PENA.

PROCESO PENDIENTE
Juzgado: DIRECCION NACIONAL DE MIGRACIONES Secretaría: 0
Juzgado Nacional de Ejecución Penal Nº 2
CAUSA Nº: 217492 AÑO: 1998 Fecha Detención: 12/05/2007
Delito: REVOCASE LA DISP. Nº4459/99-ESTESE A LA DISPOSICION Nº0305-001-989 DE JEFE DEL CORDOBA-DECLARAR ILEGAL LA PERMANENCIA EN EL PAIS-ORDENAR SU EXPULSION A SU PAIS DE ORIGEN.-
Observaciones: -DISPOSICION Nº011372.- D.N.N.-

---- ASIMISMO Y LUEGO DE HABER CONSULTADO EL LEGAJO UNICO DEL INTERNO CAUSANTE, SURGE QUE EL MISMO "NO" REGISTRA CORRECTIVOS DISCIPLINARIOS EN LOS ULTIMOS SEIS MESES.-

(C. P. F. I), 08 DE ABRIL DE 2.007.-

Adjutor Pablo AYALA
INSTRUCTOR (C.P.F. I)

6. Relacione la siguiente cita con la concepción del tiempo implícita en la racionalidad jurídico penal.

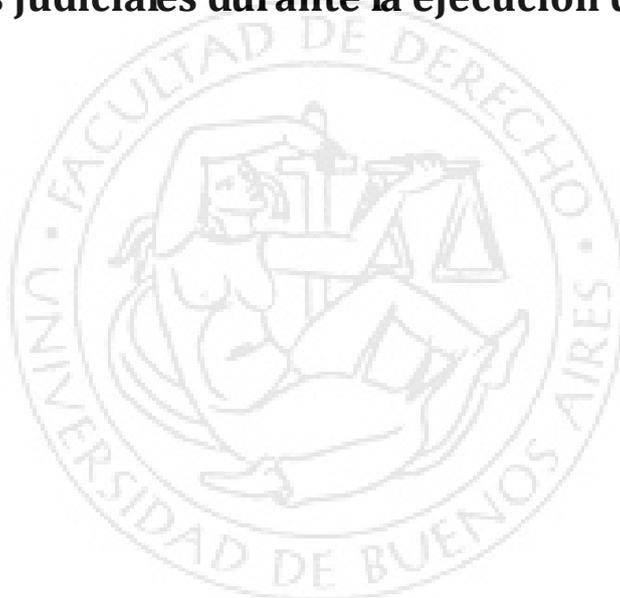
Identifique tensiones, continuidades y contraste con la concepción del tiempo existencial.

Dice Julián serna Arango a propósito de Borges y el tiempo *“Paradójico, el tiempo, todo lo da y todo lo quita. Porque el reloj gobierna la rutina de los hombres, nada hay más objetivo que el*

tiempo, pero también nada hay más subjetivo que él cuando la espera lo paraliza y la emoción lo acelera. Nada más personal, nada más compartido. Nada más abundante, nada más escaso. El tiempo está en todas partes y en ninguna. Es la forma de ser y de no ser. El tiempo es puente, pero también abismo. Desechable, inmortal. La vida está hecha de tiempo, pero así mismo es una carrera contra el tiempo”.



Anexo documental:
planteos judiciales durante la ejecución de la pena





PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
MINISTERIO PÚBLICO

Solicita se forme Legajo de Ejecución

Solicita aplicación del principio de prohibición de doble punición. Reducción
de tiempo de pena. Libertad Condicional.

solicita régimen de semilibertad. Salidas transitorias.

Señor Juez de

Ejecución Penal:

María Celina Berterame, Defensora de Ejecución Penal de la
Defensoría Departamental, en representación de **Luciano Gabriel Palomino**,
respetuosamente me presento y digo:

I.- Objeto:

Que vengo, por el presente, a solicitar se forme el respectivo
legajo de Ejecución respecto de Luciano Garbiel Palomino, quien ha sido
condenado por el Tribunal Oral Criminal N° Causa N° 3043, habiendo
adquirido la sentencia firmeza en fecha 8/08/13.

Asimismo, vengo, por medio del presente a solicitar se
reduzca la pena impuesta a mi representado por aplicación del principio de
prohibición de doble punición y prohibición de penas ilícitas y tratos crueles
inhumanos o degradantes (Arts. 18 CN; 1, 2, 5, 7 y 9 de la CADH; 2 incs. 1 y
2, 7, 9 y 10 del PIDCP; Art. 75 inc. 22 CN).

Subsidiariamente, solicito se conceda a mi representado un

régimen de semilibertad, o, subsidiariamente, salidas transitorias.

II.- Fundamentos:

a) Prohibición de doble punición. Reducción de tiempo de pena. Procedencia de la Libertad Condicional

Mi representado ha sufrido mucho durante su encierro, en especial porque el Estado no ha salvaguardado su integridad personal en diversas ocasiones y el encierro lo ha degradado como persona, temiendo mi representado por su vida dentro de la cárcel.

Desde que ingresó a la cárcel fue sometido a diversos tratos arbitrarios que claramente han significado mucho más que la mera privación de su derecho a la libertad, habiendo afectado su encierro también a sus seres queridos.

Es por ello que se solicita la reducción de su pena, a los fines de que -como mínimo- mi representado pueda alcanzar el requisito para obtener la libertad condicional (Art. 13 del CP), la que solicito se le otorgue como consecuencia de la reducción de su tiempo cronológico de pena.

Haciendo un breve raconto de la historia de mi representado durante sus días de prisión, considero oportuno recordar que en fecha 3/07/11 se debió interponer acción de hábeas corpus dado que mi representado se encontraba alojado en el SAC (Pabellón de Separación del Area de Convivencia) en el que durante ocho días permaneció encerrado las 24 horas,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
MINISTERIO PÚBLICO

sin calefacción, con temperaturas que durante la noche eran de 0 grados, y sin abrigo ni frazadas. Esta acción tramitó ante el Juez de Garantías N° 2, el que acogió favorablemente la acción por haber importado este castigo uno degradante, de los prohibidos por la Convención contra la Tortura (Causa N° 3177).

En fecha 18/02/12 Palomino, ante la angustia que sentía por su encierro y falta de oportunidades dentro de la cárcel -dado que lo alojaban en un pabellón conflictivo y violento- ingirió varias hojas de afeitar, lo que derivó en su internación en el nosocomio local.

En fechas 15/05/12 y 08/04/13 esta defensa debió solicitar atención médica atento ser ostensible la pérdida de peso de Palomino en la cárcel.

Recientemente, en fecha 08/08/13, mi representado fue agredido por un interno del pabellón N° 7. Palomino fue gravemente herido con un arma punzante, en su pulmón derecho, y permaneció internado en el hospital San Felipe durante más de una semana. Una vez en la unidad penal, fue alojado en Sanidad, pero luego, y a raíz de un castigo por haberse encontrado un teléfono celular, fue alojado en el Sector de Buzones, lo que motivó la presentación de un escrito en fecha 20/08/13 solicitándose se lo alojara nuevamente en el pabellón 7 y se lo trasladara de forma inmediata del SAC atento su estado de salud.

En fecha 21/08/13 y ante la falta de respuesta, se interpuso acción de hábeas corpus en favor del causante, dado que continuaba alojado en el SAC. Revisado por el perito médico, este aconsejó que Palomino debía estar en un lugar para recuperarse de su postoperatorio sin pasar frío. Sin embargo recién en fecha 29/08/13 fue trasladado a otro pabellón, encontrándose en la actualidad en el pabellón N° 3.

Reitero, durante su tiempo de encierro mi representado ha sufrido mucho más que la mera privación de su libertad, habiéndose puesto en riesgo su vida e integridad personal. Este daño sufrido por mi representado no se condice con la elemental prohibición de imponer dobles castigos y penas ilícitas, debiendo ser compensado de alguna manera en el marco del presente proceso, morigerándose su medida cautelar de prisión. **Más aún cuando Palomino ha superado en encierro más de la mitad de la condena impuesta por sentencia no firme.**

El fundamento legal del derecho a que se aplique el principio de prohibición de tratos crueles y doble punición, y que se reduzca en su caso el tiempo cronológico de pena impuesta, se encuentra contemplado en la obligación primaria que ha asumido el Estado argentino de respetar y garantizar derechos elementales, en especial a quienes se encuentran en encierro, tales como el no ser sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, y el principio de legalidad durante la ejecución de la pena



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
MINISTERIO PÚBLICO

privativa de libertad. (Arts. 18 CN; 1, 2, 5, 7 y 9 de la CADH; 2 incs. 1 y 2, 7, 9 y 10 del PIDCP; Art. 75 inc. 22 CN).

Cuando el tiempo de encierro de una persona ha importado mucho más que la mera privación de libertad, en virtud de diferentes acontecimientos que han causado una afectación a bienes jurídicos distintos del de la libertad- en el caso la integridad personal -psicológica y física del causante- la prohibición de la doble punición reclama esta solución.

Tal como afirman Zaffaroni- Alagia y Slokar "los principios constitucionales no sólo tienen relevancia para establecer los límites cuantitativos de las penas constitucionales y previstas en la ley vigente, sean los legales o abstractos tanto como los concretamente fijados por la agencia judicial, sino también -y antes- para saber si cualitativamente la propia manifestación de la coerción penal es constitucional. En este sentido, estos principios permiten a) determinar si la manifestación de la coerción punitiva, prevista, o que pueda introducirse en la ley, es constitucional: en función de estos principios que deben considerarse prohibidas múltiples penas que podrían proponerse, tales como la marca o el tatuaje, la imposición de condiciones para hacer perder habilidades deportivas o artísticas, etc., que son abarcadas por la cláusula de autocensura; b) pero también para establecer la inconstitucionalidad o ilicitud de manifestaciones que, si bien en principio son lícitas, por su particular regulación o por la forma de su ejecución, sufren

cambios cualitativos que las hacen ilícitas (a pena privativa de libertad que deviene en pena corporal (...) c) para establecer los límites y la forma en que las manifestaciones previstas deben estarlo, esencialmente para no violar con su forma de previsión el marco general prohibitivo de las penas crueles, inhumanas o degradantes. (...) Así, la legalidad de la pena no se satisface con el mero requerimiento de que se halle prevista con anterioridad en la ley penal, sino que también demanda cierto grado de determinación o criterio claro e inequívoco de determinabilidad, que impida la violación del principio de mínima racionalidad (Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro, Slokar, Alejandro, "Derecho Penal Parte General", Ed, Ediar, Buenos Aires, 2002, 2da edición, págs. 923/924).

Se ha dicho que "...lo cierto es que cualquier dato de realidad histórico, como actual, permite afirmar el principio de que la ejecución de lo dispuesto en la sentencia altera la medida de privación de libertad, y pese a que desde mediados del siglo pasado la legalidad de la pena no ha quedado únicamente sometida a su determinación en las escalas penas, sino también en la prohibición de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, sorprende que todo el saber teórico referido en el último tiempo a la ejecución de la pena haya quedado aferrado a la racionalidad de su medida en tiempo lineal como privación temporal de libertad, cuando la razonable medida de castigo se contrapone en dicha etapa a esa racionalidad cuantitativa (...) Justamente la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
MINISTERIO PÚBLICO

prohibición de penas crueles ha definido que la coerción punitiva siga teniendo un límite que se sustrae de aquel momento declarativo de la sentencia, para relacionarse al trato digno que debe recibir la persona durante ese tiempo existencial. De esta manera se asegura, como una de los principales principios generales de la ejecución de la pena, que ésta tenga por objeto la privación temporal de la libertad y para ello el Estado debe asegurar determinadas condiciones mínimas de trato, establecidos en los estándares objetivos del derecho internacional de los derechos humanos" (Vacani, Pablo Andrés, "El desarrollo temporal de la pena y su redefinición cuantitativa en la etapa de ejecución", ponencia presentada en el Encuentro de Defensores de la Provincia de Buenos Aires, Mar del Plata, 13 y 14 de octubre de 2011, http://capacitacion.mpba.gov.ar/files/pdf/juridicoSocial/curso951/111013_encuentroDefPubPenal_tallerEjecucion_ponenciaVacani_desarrolloTemporalDeLaPena.pdf).

En el mismo sentido, se ha sostenido en relación al encarcelamiento en América Latina, que: "Si bien dicho contexto situacional exige el mayor esfuerzo creativo por parte de las agencias políticas y judiciales para evitar que el fenómeno continúe robusteciéndose hasta alcanzar niveles francamente intolerables -aunque, en rigor, los informes producidos por los países dan cuenta de que la situación ya habría llegado a ese extremo-, la positivización internacional de los derechos humanos

suministra una importante herramienta para que la judicatura (agencia judicial) pueda llevar a cabo una teleología reductora del poder punitivo, mediante una redefinición de los diversos textos positivos locales a partir de los contenidos plasmados en las convenciones, en los pactos y en los tratados suscriptos al respecto" (Gabriela Gusi- Pablo D. Vega, "El encarcelamiento en América Latina: Perspectivas y propuestas" en La Medida del Castigo. El deber de compensación por penas ilegales", Ed. Ediar, Buenos Aires, 2012, pág. 73).

Así, la aplicación del principio de prohibición de doble punición y su consecuencia directa, la reducción del tiempo de pena, se encuentra prevista legal y constitucionalmente en nuestro sistema penal, siendo plenamente aplicable al caso que nos ocupa, por ser operativas las normas que prohíbe las penas ilícitas.

Tal como afirma Ana Messuti "Cuando se habla del tiempo de la pena se habla de números, como si los números pudieran decirnos algo de lo que sucede durante el tiempo que miden. La precomprensión del tiempo de la pena se limita al número, al cálculo" y que "Para analizar el tiempo de la pena de privación de libertad es indispensable considerar todas las dimensiones del tiempo humano" y concluye: "...el cuerpo no sólo envejece, el cuerpo muere. Humanizar las penas no sólo supone hacerlas más humanas, en el sentido de que sean menos bárbaras, sino en el sentido de que se adapten



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
MINISTERIO PÚBLICO

a las condiciones inherentes al ser humano. Y una de esas condiciones, tal vez la más propia, es su finitud. Un pensamiento jurídico que ignore la finitud del ser humano, que es el sujeto de derecho, no podrá aspirar a ser respetuoso de los derechos de ese ser humano. Tal vez un primer y fundamental derecho humano es el derecho a ser considerado con todas las características que tiene en la realidad un ser humano. Y una de las más importantes es su temporalidad. Tenerlo presente supone ser conscientes de que el tiempo que se le "tome" con la pena no es sólo tiempo de pena, es su vida misma" (Cfr. Messuti, Ana "Más allá del tiempo como pena. El deber de compensación por penas ilegales", en La medida del castigo, Zaffaroni, E. Raúl Director, Ed. Ediar, 2012, p. 35; 47).

Si se examina la historia vital de Palomino dentro de la prisión podemos ver que se le ha quitado mucho más que tiempo de privación de libertad. **En efecto, durante sus días de encierro, su vida ha estado en peligro ante diversas agresiones de otros internos y además ha debido sufrir un plus de castigo por ser alojado en una celda durante 24 horas, sin recreación ni calefacción, ni frazadas, y luego -recientemente- atravesar un postoperatorio en condiciones inhumanas, también en celda de castigo, pasando mucho frío- lo que claramente importa un trato degradante y cruel.**

El daño que se le ha causado a mi representado en encierro es

irreparable, pero al menos compensable con la eventual reducción del tiempo de encierro que deba sufrir.

b) **Régimen de semilibertad. Salidas transitorias en subsidio.**

En fecha **02/12/12** mi representado **ha cumplido la mitad de la condena impuesta por el Tribunal Oral Criminal N° 1 en Causa N° 3043, la que adquirió firmeza en fecha 08/08/13.**

Es por lo antedicho que procede la presente petición a los fines de que se le conceda a Palomino un régimen de semilibertad, para poder trabajar en iguales condiciones que la vida libre (Art 23 Ley 24.660). Mi representado cuenta con una posibilidad laboral concreta y esto será certificado por las Asistentes sociales de la UP N° 3.

Para el caso de concederse el salidas transitorias concurriría al domicilio de su madre Liliana Potrana, pudiendo desempeñarse como albañil junto a Carlos Nazareno Rojas, DNI 11.678.903, quien es Oficial Albañil.

Cabe señalar que la madre de mi representado tiene serias dificultades para visitarlo en la UP N° 3 dado que padece problemas psiquiátricos, y en la última oportunidad que lo visitó, tuvo una descompensación, no siendo aconsejable reiterar este episodio.

III.- Solicita se garantice debido proceso penal.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
MINISTERIO PÚBLICO

A los fines de resolver la presente petición, solicito se garantice el debido contradictorio, dándose vista a esta defensa del informe criminológico que eventualmente confeccionen el SPB como así también de la vista fiscal. (Art. 18 CN; 8 de la CADH y 14 del PIDCP; Art 498 del CPP).

Asimismo, solicito se realice una audiencia en los términos del Art. 3 de la ley 12.256 modificado por Ley 14.296 siendo aplicable el criterio sostenido recientemente por el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires en Causa "Muller, Iván s/ Hábeas Corpus", Causa N° 58.316, por la que se estableció que el procedimiento oral previsto por la ley 12.256 y modificatoria 14.296 resulta obligatorio.

IV.- Ofrece prueba:

a) Documental.

Solicito que a los fines de resolverse la presente petición se agreguen en autos copias de las Causas N° 3177 del Juzgado de Garantías N° 2 departamental y N° 179 del Tribunal Oral Criminal N° 1. Asimismo, solicito se agreguen copias de las peticiones efectuadas en el marco de la causa principal vinculadas con la atención médica y condiciones de detención del causante. }

b) Pericial

Esta parte acompañará Informe pericial psicológico dando cuenta del daño que la cárcel le ha producido a mi representado.

V.- Petitorio:

Por lo expuesto, solicito:

a) Tenga por peticionada la reducción de pena de mi representado por aplicación del principio de prohibición de doble punición y tratos crueles inhumanos o degradantes, concediéndose la libertad condicional a Palomino. Subsidiariamente, régimen de semilibertad y salidas transitorias

b) Disponga la celebración de una audiencia con mi representado, tal como fuera peticionado en el punto III y tenga presente la prueba ofrecida en el punto IV, incorporándose la documental señalada.

c) Oportunamente, y por los fundamentos dados, haga lugar a la presente.

Proveer de Conformidad,

Será Justicia.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
MINISTERIO PÚBLICO

APELO

Sr. Juez:

María Celina Berterame, Defensora de Ejecución Penal de la Defensoría Departamental, en representación de **Luciano Gabriel Palomino**, legajo de ejecución nro. 10.298 en causa nro.3043, ante VS me presento y digo:

I.- Objeto

Apele la resolución de fs. 68/vta. en cuanto no hace lugar al pedido de reducción de pena y, por consecuencia, al adelantamiento del régimen de progresividad, a los fines de concederle la libertad condicional a Luciano Gabriel Palomino, ello por causar gravamen irreparable a esta parte, en tanto la resolución no se adentra a la valoración de los tratos arbitrarios que ha padecido Palomino ni al ajuste de proporcionalidad propuesto, es decir, entre este castigo real distorsionado en una pena más gravosa de aquel que fuera mensurado en términos legítimos, negando los mismo (y con ello la misma pena), pese a su obligación de responder por éstos (art. 18 de la Constitución nacional), no sólo en los términos que los tratados constitucionales lo exige (art. 75 incis. 22 idem), sino en adecuación a la propia normativa local (art. 9 de la ley 24.660).

La resolución, que sólo se limita a reducir el derecho a la mera legalidad del legislador local, sin atender que la ejecución de la pena está sometida, en primer lugar, a la ley constitucional como primera fuente legal (art. 31 Carta magna), es arbitraria en tanto responde con argumentos de derecho común un planteo constitucional sobre las circunstancias del caso (la proporcionalidad de la pena en la etapa de ejecución y la prohibición de doble punición), para arribar a una decisión carente de fundamentación (CSJN 330:490) por no ser una conclusión razonada del derecho constitucional vigente (238:550; 244:521), ni adecuada a la doctrina de la Corte Suprema (Fallos:307:1094 y 318:2060 y citas) obviando un principio elemental en materia que es la máxima rendición de judicialidad en términos de protección de derechos (art. 3 y 4 ley 24.660) y prohibición de tratos crueles, inhumanos y degradantes (art. 9 idem).

II.- Agravios

Entiende esta defensa que es arbitraria la resolución cuya motivación se ciñe a señalar

que *"la pretensión de la defensa no tiene sustento en ninguna norma penal o internacional que contemple la situación planteada"* (sic) en tanto dicha respuesta se adecua a un sólo método de interpretación legal, que es la literal, más no la sistemática y derivada de una completividad legal¹, que en términos de adecuación a la hermenéutica pro homine, se derive de la protección de los principios y derechos que rigen en la Constitución Nacional (art. 18 y 75 inc.22), conforme lo normado en el art. 5.2 de la Convención Americana; art. 5 de la Declaración Universal de los Derecho Humanos y art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Principios y Buenas Prácticas para la Protección de las Personas Privadas de Libertad.

Resulta pertinente explicar, con relación al agravio relativo a la arbitrariedad de la denegatoria, de qué modo el juez de ejecución está obligado a adentrarse a las condiciones de aplicación del castigo que Palomino recibiera durante el cumplimiento de la pena, para luego avanzar, por derivación razonada de la ley constitucional y la doctrina vigente de la Corte Suprema, sobre cómo ese castigo más severo que el mensurado en términos legales viene a implicar una modificación de la pena en términos cuantitativos.

La ley nacional de ejecución penal, define la competencia del juez de ejecución, a fin de controlar la reglamentación constitucional de tales normas, en tanto claramente prescriben su actuación:

"El juez de ejecución (...) garantizará **el cumplimiento de las normas constitucionales, los tratados internacionales ratificados** por la República Argentina y los derechos de los condenados no afectados por la condena o por la ley" (**art. 3; idem art. 10 ley 12.256**).

Al respecto, anteriormente se citó lo prescripto en la ley constitucional que ampara a todo condenado a recibir condiciones carcelarias dignas, y por consiguiente, evitarse que la restricción de la libertad ambulatoria no exceda el nivel inherente de sufrimiento que ésta comporta, protegiendo la integridad personal respecto del resto de derechos no afectados por la condena o por ley y las reglamentaciones (art. 2 ley 24.660).

Que el art. 18 de la Constitución Nacional al prescribir que "las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ella, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que ella exija, hará responsable al juez que la autorice", reconoce a las personas privadas de su libertad el

¹ Concretamente, en relación a tales métodos, y en particular al derecho como unidad de sentido, cfr. Maier, J.B., Derecho Procesal Penal. Fundamentos, Tomo I, Del Puerto, 1999, pág. 204 y



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
MINISTERIO PÚBLICO

derecho a un trato digno y humano, como así también establece la tutela judicial efectiva que garantice su cumplimiento.

Ha sostenido la Corte Suprema, en “Verbitsky” “Que la privación de libertad, al título que fuese, tiene un efecto aflictivo y deteriorante para toda persona institucionalizada, que en cierta medida es imposible eliminar por ser inherente a su situación, pero que de ningún modo puede tolerarse que se agrave indebidamente” (consid. 35°).

De hecho, la Corte Interamericana vincula el concepto de integridad personal, en los términos del art. 5.1 de la Convención Americana, con el goce efectivos de “los derechos que no deben restringirse”; “los derechos inherentes e inderogables”² o “fundamentales”³; o “los derechos cuya limitación no deriva necesariamente de la privación de la libertad”⁴. En otro momento, se afirmó en forma genérica que “el Estado debe garantizar a los reclusos la existencia de condiciones que dejen a salvo sus derechos”⁵.

Que al respecto, como se ha acreditado en autos, en particular tomando como referencia la cantidad de peticiones presentadas relatando la situación de Palomino en la UP3 (afectación a su salud psicofísica, alojamiento en pabellones no adecuados a seguridad mínima, pérdida de peso, lesión grave en órganos vitales, traslados intramuros reiterados, etc..) e incluso la acción favorable de hábeas corpus resuelta por el Juzgado de Garantías nro.2 (causa 3177), explican que el trato aplicado durante el tiempo de pena ha excedido la restricción temporal de libertad ambulatoria y ha trascendido la integridad personal de mi defendido.

Continuando en alusión al art. 3 de la normativa local, sigue, en el **art. 4:**

"Será de competencia judicial durante la etapa de ejecución de la pena:

a) Resolver las cuestiones que se susciten cuando se considere vulnerado alguno de los derechos de condenado"

Afirma, el **art. 9:**

"La ejecución de la pena **estará exenta de tratos crueles, inhumanos o degradantes**"

Luego, es doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en términos de aplicación del derecho en relación a las condiciones concretas en que se definen las penas

ss.

2 Caso “Caesar vs. Trinidad y Tobago”, párr. 97

3 Caso “Lori Berenson Mejía vs. Perú”, párr. 102.

4 Caso “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay”, párr. 153.

5 Caso “Tibi vs Ecuador”, párr. 150 y caso “Raxcacó Reyes vs. Guatemala”, párr. 95.

dentro del ámbito carcelario⁶:

"Que esta Corte, como cabeza suprema del Poder Judicial de la Nación, **no puede permanecer indiferente** a situaciones que por su gravedad, pueden llevar a que el modo en que se hacen efectivas las detenciones durante el proceso o la ejecución de las penas, **revista el verdadero carácter de una condena accesoria que no corresponda a las aplicadas en las sentencias** que emanan de este Poder Judicial, ni a la pena establecida por ley para el delito de que se trata" (Fallos:310:2412 in re "Badín").

Luego, en Fallo 327:388 in re "Romero Cacharame", sostendría en voto de la mayoría:

"Que uno de los principios que adquiere especial hábito dentro de las prisiones **es el de legalidad**, ello por cuanto la manera en que las autoridades penitenciarias le dan **contenido concreto al cumplimiento de la pena** dispuesta por la autoridad judicial y sus sucesivas alteraciones, **pueden implicar una modificación sustancial de la condena**, y por lo tanto queda a resguardo de aquella garantía" (voto de la mayoría).

"Que el principio fundamental de la ley de ejecución penal, en cuanto establece su judicialidad, requiere **una interpretación amplia** a la hora de extender el principio de legalidad y la garantía de la jurisdicción a la etapa de ejecución" (idem, considerando 5° voto del Dr. Vasquez).

Se desprende, de tal doctrina, que las penas no deben regularse sólo a su deber ser (reinserción social), sino que su ser (trato punitivo), como opuesto, y en relación al tiempo vivencial (no lineal), puede ser aplicado en términos más gravosos que el legalmente consagrado y definido en la mensura de la sentencia, debiendo tal modificación tener consecuencias legales a fin de no avalar judicialmente penas crueles o ilícitas.

Es sabido que literalmente, en cuanto la exégesis legal, la Constitución prohíbe castigos arbitrarios y penas crueles, y la ley penal no reglamenta las consecuencias de tal prohibición (art. 28), pero ello **en modo alguno puede implicar la restricción de un derecho o principio derivado de tal normativa supralegal**, pues implicaría aniquilar la unidad de sentido que rige en un Estado Constitucional de Derechos, cuando es la ley constitucional la primera fuente legal del cual está sujeta su interpretación en términos que favorezcan sus principios, más no que los restrinjan arbitrariamente (art. 28 y 31 de la

⁶ Por todas el luminado me corresponde con el propósito de resaltar el apartamiento invocado a la doctrina de la Corte.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
MINISTERIO PÚBLICO

Constitución Nacional; Fallos: 306:940, entre otros).

Que si bien en materia de interpretación la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (Fallos: 304:1820; 314:1849), la falta de la misma, por omisión del legislador local, no implica que sea obviado el principio constitucional en trato (prohibición de tratos arbitrarios), pues ello debe ser superado en procura de una aplicación racional (Fallos 312:802), cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho (Fallos: 310:937; 312:1484), en consonancia con el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal (Fallos: 325:3229 in re "Acosta").

Enseña Maier que “la interpretación no es tan sólo la representación de una definición semántica de una regla aislada, sino, por el contrario, la búsqueda de una solución – sólo una- para el caso concreto en todo el orden jurídico en general, que preside una sociedad determinada (interpretación sistemática)”⁷.

Que el juez de ejecución, apelando a la ausencia de una referencia literal semántica de la ley penal y/o constitucional que prevea la consecuencia jurídica petitionada, no ha incorporado en su resolución ninguno de estos principios que regulan la interpretación de la ley, lo cual hacen a su resolución arbitraria por no ser el resultado de una derivación razonada del derecho vigente.

Ha quedado claro, en los términos que lo ha abordado la Corte Suprema, que los castigos más gravosos, que distorsionan la pena legal por el inevitable transcurso temporal de la condena, en modo alguno los jueces pueden remitirse a ésta última si el castigo no ha superado los estándares mínimos en materia de condiciones de detención, pues ello implicaría convalidar un sistema de penas ilícitas, aparentadas y cuantificadas siempre como legales, sin valorar la proporcionalidad de la pena cuyo principal consecuencia, desde la modernidad, es equilibrar la ofensa del delito y el mal producido a causa de éste.

Si nos reducimos a los términos en que fuera resuelta la petición, entonces las penas se aplican y ejecutan sólo mediante una manifestación formal limitada a la privación temporal de libertad, *sin que la cárcel tenga vinculación sobre las penas que se imponen*, lo cual llevaría a dejar sin efecto concreto todos los principios que regulan la legalidad, humanidad y racionalidad de las penas (art. 18 C.N).

Si algo ha ratificado nuestro país, y es doctrina de la Corte Suprema de la Nación,

es que la pena no es sólo retribución, sino que – cualitativamente- su ejecución también está determinada por las condiciones en que es cumplida y, por derivación razonada, si éstas se han alejado del plano legal (deber ser), la mensura fijada en esos términos varía sustancialmente.

Según el grado de culpabilidad se *cuantifica* la pena y, por regla general, se la mide en tiempo lineal. Allí tiene entrada el problema que plantea nuestra petición, en el que la doctrina penal casi no ha penetrado hasta el presente.

La cuestión planteada es que la pena se mide en tiempo lineal y se ejecuta en tiempo existencial o subjetivo. Se ha ignorado este último, privilegiando sólo al primero, considerando que del tiempo lineal deriva la real función de la pena que el penalismo tradicional procura reducirlo al juicio de culpabilidad y elude con ello que la ley constitucional, que indica que las penas pueden ser más arbitrarias, exige un juicio de proporcionalidad durante la etapa de ejecución.

Concretamente, la proporcionalidad no se agota con la adecuación al grado de culpabilidad, sino también con el grado de dolor que la pena importa, que es diferente según la vivencia del tiempo que el condenado tenga, producto del modo en que el trato punitivo ha sido más o menos lesivo alejándose de los estándares objetivos que garantizan el trato digno en prisión (Principios y Buenas Prácticas para la Protección de las Personas Privadas de Libertad, Reglas Mínimas para el tratamiento del Recluso).

Ya Silvela, en 1903, señalaba que la sentencia penal es esencialmente modificarle en todos sus accidentes de duración y forma, dadas las alteraciones que se producen durante la ejecución de la pena (*El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, p. 452 y ss.). Con posterioridad, Carnelutti sostuvo que cuando se condena a una persona a un cierto tiempo "¿Quién puede garantizar que sea esa la medida justa de la pena?" (*Cómo se hace un proceso*, p. 163).

Pese al cambio epistemológico generado a mitad del siglo XX en el proceso de internacionalización de los derechos humanos, habiéndose profundizado la regulación de castigos arbitrarios, la doctrina siguió elaborando finamente la teoría del delito. A su lado – y no por azar- la teoría de la pena tuvo un desarrollo paupérrimo, casi raquítico, habiéndose omitido una dogmática de la pena o de las consecuencias jurídicas del delito.

Zaffaroni, ha estudiado la cuestión puntualmente, desde su texto inicial sobre el tema



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
MINISTERIO PÚBLICO

"Las penas crueles son penas" (1992)⁸, a su "Derecho Penal. Parte General" (2000).

Explica en el primer texto que “La ley internacional prescribe cómo deben ser las penas (a través de la prohibición de ciertas penas), pero justamente esa prescripción se funda en la realidad: puede haber penas que no sean como las prescriptas y no por ello dejarían de ser penas. Las fórmulas de todos los instrumentos internacionales dedicados a erradicar las penas crueles y la tortura tratan de eliminar éstas, pero a sus inspiradores, como a todos los que hicieron el derecho penal liberal, desde Beccaria y Feuerbach hasta Carrara y Carmignani, o incluso a todos los maestros fundadores del pensamiento liberal, desde Locke hasta Kant, creo que jamás se les hubiese ocurrido que el efecto de las prescripciones que propugnaban sería que un día, doscientos años después de sus libros y pensamientos, se los invocaría para imponer una pena no cruel a quien ya ha sufrido una pena cruel”.

“Sea cual fuere el fundamento, lo curioso es que los artífices de la política criminal proponen y los doctrinarios teorizan disminuciones sensibles de las penas cuando la persona sufre un mal grave como consecuencia de una circunstancia fortuita o de una enfermedad, pero nadie se detiene a reparar en una consideración análoga cuando es nada menos que el propio Estado a través de sus agentes el causante de ese mal (...) No pretendemos afirmar con esto que las penas crueles deban descontarse de las legales en función del principio de humanidad, sino que insistimos que es en función de la prohibición de doble punición, aunque frecuentemente dudamos de que las disminuciones de penas que se admiten en los casos que hemos mencionado (consecuencias autolesivas graves del propio hecho y enfermedad incurable o que disminuye las expectativas de vida) lo sean en función del principio de humanidad, porque pueden considerarse también variables de la prohibición de doble punición, partiendo de la distinción entre la pena moral y jurídica: la primera es la que provoca la propia falta. Se puede pensar que cuando se materializa la primera se hace innecesaria la segunda”.

Profundizaría en varias partes de su Derecho Penal. Parte General esta cuestión, aunque en la última parte de esa obra, toma esta cuestión y explica “La pena impuesta dentro del mínimo de irracionalidad y conforme al principio de humanidad en el momento de la sentencia, puede salirse de ese marco en el curso del tiempo en razón de la dinámica

⁸ Actualmente reproducido en AA.VV., *La medida del castigo. El deber de compensación por penas ilegales*, Zaffaroni, E.R. (director), Ediar, 2012, pág. 355.

propia de la existencia y de la sociedad. Ignorar esa circunstancia es admitir, por meras razones pragmáticas e hipotéticos casos de abuso, que se ejecuten penas que han pasado a ser crueles e inhumanas. La prohibición de penas crueles e inhumanas no puede regir para los jueces en el momento de la sentencia, y ser ajenas a su potestad y deberes de control y contención en el tiempo de su ejecución o cumplimiento (...) En rigor, dejar abierta la decisión sobre la responsabilidad hasta el agotamiento de la pena es una necesidad derivada de la proporcionalidad que debe regirla para evitar una irracionalidad intolerable, que se desprende de la fijación del delito y el desarrollo temporal de la pena. De allí que la magnitud del primero no sea variable, pero la de la segunda pueda alterarse sustancialmente hasta su agotamiento”⁹.

Que incorporando estos principios derivado de la ley constitucional, la Corte Suprema se ha pronunciado sobre el tema relativo a la individualización de la pena durante la etapa de ejecución.

En fallo G. 763. XLVI., 14/02/2012 in re "Germano, K.", el máximo tribunal ha sostenido:

“...que una pena que se ejecuta de modo diferente se convierte en una pena distinta y, por ende, en caso **de ser más gravosa su ejecución resulta una modificación de la pena impuesta** en perjuicio del condenado”.

Que en función de los principios que rigen la ley constitucional ante la prohibición de tratos arbitrarios, sujeta a la legalidad y proporcionalidad, sumado a la doctrina reseñada por la Corte, la resolución luce arbitraria por cuando el fundamento expuesto, sostenido en el silencio de la ley, no es una derivación razonada del derecho vigente, soslayando toda completitud lógica y sistemática del orden jurídico.

Que es doctrina de la Corte que no obstante que sus sentencias solo deciden los procesos concretos que le son sometidos y ellas no resultan obligatorias para casos análogos, los jueces inferiores deben conformar sus decisiones a esa jurisprudencia, careciendo de fundamentación los pronunciamientos de los tribunales que se apartan de los precedentes del máximo Tribunal, sin proporcionar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición allí adoptada (Fallos:307:1094 y 318:2060 y citas).

Se explicó acabadamente que la cantidad de pena cuantificada sobre Palomino no se ha mantenido equivalente con la cantidad de castigo aplicado en términos reales.

9 Zaffaroni-Alagia-Slokar, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000, pág.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
MINISTERIO PÚBLICO

Que las circunstancias del caso tienen un impacto directo en un castigo más gravoso de aquel mensurado en la sentencia, como resultado de un incumplimiento a la ley constitucional, atiende como consecuencia jurídica a una variación cuantitativa del castigo en la etapa de su ejecución mediante la aplicación de dos principios: el de prohibición de doble punición y el de proporcionalidad.

Esta parte se adentró sobre el cómo se debe definir en el caso esta variación cuantitativa producto del mayor valor que el castigo aplicado ha tenido con el mensurable en la sentencia, reparación que, en términos compensatorios, devienen en un adelantamiento de la progresividad, cuya derivación legal está definida en la ley 26.695.

Que es doctrina del Tribunal de Casación la necesidad de procurar, conforme a tales principios, una regulación frente a penas arbitrarias.

Que en el caso, “Saldías s/hábeas corpus” de la **Sala I de la Casación Penal de esta Provincia**, al examinarse la admisibilidad de la acción originaria de hábeas corpus, estableciendo que “el tiempo vivencial es insusceptible de reparación integral ulterior” y que este derecho requiere tutela inmediata. Más tarde, se menciona nuevamente *el tiempo vivencial* a la hora de establecer la necesidad de reparar el daño causado con la mayor equipolencia posible.

En este sentido, dijo el Tribunal que “Es correcto referirse a lo estatuido en el art. 477 del CPP en el tópico de reparaciones (para el caso reparación económica por error judicial) toda vez que aún cuando esa disposición se inscribe en el Título V relativo a la acción de revisión, nada impide su aplicación analógica in bonam partem a otro tipo de resoluciones que no sean una sentencia definitiva –en sentido estricto- firme y consentida. No obstante, lo allí reglado no cierra el tema en tratamiento del tema, y en ello me expido en consonancia con lo que la parte propone y el deber asumido en el art 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (adopción de las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades)”. Agregando que: “La reparación aludida puede asumir la forma de indemnización económica (como la del art. 477 CPP) pero **nada impide que atendiendo a la índole de la lesión sea también evaluable la compensación en términos de mayor equipolencia, es decir, en tiempo vivencial** toda vez que lo que se puso en crisis –en este caso- ha sido el

plazo razonable de detención preventiva (9.3 PIDCyP y 7.5 CADH)”¹⁰ (el destacado me pertenece).

Si a esto, sumamos la doctrina “Germano,K.” de la Corte, está claro que la modificación de la pena por la forma de cumplimiento durante su ejecución tiene un impacto directo en aquella mensura que, en términos adecuados a la proporcionalidad, se ha definido en otros términos del ejecutado.

En el caso, no sólo se ha aplicado a la pena legal otra ilícita por las condiciones arbitrarias de su aplicación sino que se le suma la de inocuidad, pues, a posteriori, se le denegará al condenado el acceso a regímenes menos restrictivos de libertad ambulatoria, agotando todo el tiempo de la pena impuesta en prisión, ya que en las condiciones impuestas le es imposible alcanzar los guarismos favorables para decidirse que está en condiciones de reinsertarse socialmente.

El planteo no contestado ha explicado el contenido que debe asignársele a la pena ilícita durante el proceso de ejecución penal, cuando la forma de su cumplimiento ha desvirtuado aquella cantidad mensurada de castigo en la sentencia. Consecuentemente, no sólo se pretende aplicar ese contenido de pena ilícita a aquella fijada, afirmando una relativa indeterminación de la cuantificación punitiva por derivación del principio de prohibición de doble punición y proporcionalidad, sino que tal consecuencia sobre la mensura punitiva tiene directa consecuencia respecto del principio de progresividad de la pena.

Esta defensa planteó que los efectos de la progresividad no sólo deben estar vinculados con los fines de la reinserción sino con la propia capacidad operativa de la prisión de producir, contrariamente, tratos arbitrarios. Por lo tanto, se debe propiciar una interpretación razonable de la ley constitucional que explique que la ejecución de la pena no se edifica exclusivamente sobre el dato normativo que se define en la privación temporal de

10 En igual sentido, TPC, Sala I, Causa N° 49.286 y ac. 55.535, “Ramírez López, Héctor David s/ hábeas corpus”; “Ramírez, Héctor David s/ hábeas corpus”, de fecha 18/02/13.Sala I, Causa N° 44.029, “Beisaga, Juan Carlos s/ recurso de Queja (art. 433 del C.P.P.)”, de fecha 19/12/11. CFCEP, Sala IV, Causa Nro. 8557, “Roa, Jorge Alberto s/recurso de casación” (Reg. Nro. 10.559.4, rta. el 17/06/08.uez Penal de Trelew, Pcia. de Chubut, Causa N° 506/08, “Uribe, Emanuel”, de fecha 4/11/08; Jueza Penal de Trelew, Pcia. de Chubut, Causa N° “Figueroa, Jorge y otro psa de robo agravado tentado a comercio (carpeta 505, Legajo 3997)”, sentencia de fecha 24/11/08, publicada en <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2013/07/fallos102.pdf>. Cámara Federal de Casación Penal, Sala I, Causa N° 12.201 “Petrissans, Diego Sebastián s/recurso de casación”, del 2/11/10. Del Voto del Dr. Madueño; Cámara Federal de Casación Penal., Sala IV, “Suarez, Guillermo Fabián s/recurso de casación”, del 30/11/2010.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
MINISTERIO PÚBLICO

libertad aplicada a un tiempo lineal sino que se trata de determinar cómo la grave afectación por tratos arbitrarios -que releva el tiempo existencial- constituyen un elemento clave que se proyecta en la individualización de la pena durante su ejecución.

Que sujeto a un control de convencionalidad dirigido a determinar el alcance constitucional del art. 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos sobre la tasación punitiva definida en la sentencia, exigimos una respuesta jurisdiccional derivada en los principios que regulan la legalidad y proporcionalidad de las penas.

El planteo ha sido concreto atendiendo a qué respuesta jurisdiccional debe darse ante el castigo recibido por Palomino, tanto por acción u omisión del Servicio Penitenciario, lo cual exige a los jueces adentrarse sobre las cuestiones del caso, en los términos fijado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, **exigiéndose el adecuado control de convencionalidad** (Corte IDH, Almonacid Arellano y otros vs Chile, sentencia del 26 de septiembre de 2006, párr.124).

IV.-

Por todo lo expuesto solicito que se tenga por presentado en legal tiempo y forma el recurso interpuesto y, estando a los argumento vertido, procurando del ad quem, una exégesis armónica y sistemática con los principios constitucionales en juego, y con las interpretaciones derivadas del alcance de las cláusulas señaladas, sumando a ello el carácter vinculante de la doctrina expuesta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se disponga la revocación del auto impugnado, y se haga lugar a lo peticionado por ésta defensa.

Hago reserva de caso federal, art. 14 ley 48 al estar en juego el alcance constitucional del art. 18 y 75 inciso 22 CN, como así la aplicación por los tribunales locales del control de convencionalidad, de acuerdo al planteo realizado, en función de lo normado en el art. 5.1 y 2 de la Convención Americana.

PROVEER DE CONFORMIDAD
SERÁ DERECHO.-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
MINISTERIO PÚBLICO

CONTESTA VISTA. PLANTEA ABSOLUCIÓN DE PENA POR FALTA DE EFECTOS PREVENTIVOS ESPECIALES

Sr. Juez:

María Victoria Filas, defensora oficial del Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil, en causa 1221/2009 que se le sigue a **Fabían Ezequiel Molina**, ante el Juzgado de Responsabilidad Penal Juvenil departamental, me presento y digo:

I.-

Que en el marco del incidente de libertad asistida solicitado el anterior 29 de abril de 2013, contesto vista del informe del patronato de liberados a fs. 83/89 y en razón de las circunstancias que hacen al actual estado de cumplimiento de pena de Molina, sin perjuicio de lo peticionado anteriormente, es en razón de lo dispuesto en el art. 3 y 37 d de la Convención de los Derechos del Niño, art. 5.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en aplicación a la doctrina in re "Maldonado" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, solicito que se resuelva - en primer término- la absolución por falta de necesidad de pena de Molina, rigiendo interpretación pro homine del art. 4 de la ley 22.278.

II.-

Que conforme surge de las constancias de la causa, Fabían Ezequiel Molina es condenado a la pena de 5 años y 6 meses de prisión, cuya firmeza recayera el 19/3/2012, por tres hechos, ocurridos el 9/10/2008 (causa 562/2009), 21/11/2008 (causa 995/2009) y 7/4/2009 (causa 1221/2009).

Según surge del cómputo de fs. 15, Molina es aprehendido el 10

de abril de 2009, dictándose prisión preventiva el 13/4/2009, estando en tal calidad hasta el 20/12/2009, permaneciendo prófugo hasta el 10/4/2010, siendo nuevamente detenido, para fugarse el 23/8/2010 del Centro Cerrado "Leopoldo Lugones", siendo nuevamente detenido el 7/9/2010, disponiéndose su libertad el 15/9/2010 por resolución de la cámara de apelaciones.

Luego, ya siendo mayor de edad, resulta detenido el 22/10/10, siendo posteriormente condenado a la pena de 5 años de prisión y costas, el 23/8/2011, adquiriendo firmeza el 28/12/2012.

Que al abordarse la respuesta estatal frente a los delitos cometidos por jóvenes menores de edad, a partir de la vigencia en nuestro país de la Convención sobre los Derechos del Niño, una correcta interpretación del alcance del art. 4 de la ley 22.278 requiere no perder de vista que, de acuerdo al art. 37 de la convención aludida, **la privación de libertad es medida de último recurso y por el tiempo más breve posible** y que, conforme lo establece el art. 40 el objeto del derecho sustantivo y adjetivo en la materia, la ejecución de la pena debe estar dirigida a promover *"el fomento de su sentido de la dignidad y el valor"*, el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros *"teniendo en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad"*.

Sin dejar de olvidar que el Derecho Penal Juvenil parte de que los jóvenes deben responder por sus actos, debiéndose establecer una respuesta seria frente a infracciones de gravedad de los jóvenes, ello sin dejar de tomar en cuenta en la fijación de la sanción el principio educativo de la sanción.

Es así que surge claro **que en el derecho penal de jóvenes la respuesta punitiva es la excepción y sólo puede tener un fin**



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
MINISTERIO PÚBLICO

preventivo especial, debe destacarse que el principio educativo tiene el carácter dominante en la fijación de la sanción. Sin que con esto se quiera fundamentar la aplicación de una sanción específica en el interés superior del niño, ya que pareciera que las medidas se impondrán para hacerle un bien al menor y no como sanción, con lo que se reinstala lo esencial del paradigma tutelar, pero a través de un fraude de etiquetas. (García Perez, 2000: La Evolución del sistema penal juvenil. La Ley de Responsabilidad Penal del Menor de 2000 a la Luz de las Directrices Internacionales" en ACTUALIDAD PENAL, N° 32, 4 al 10 de Septiembre 2000 pp. 685 y 688.).-

Entonces deviene evidente que un reproche punitivo-retributivo ante los padecimientos que se ocasionó a la víctima aparece aquí como finalidad subsidiaria o subordinada.-

En esta tesitura se ha expedido el Alto Tribunal Nacional, cuando ha dicho que la razón por la que el legislador concede al juez una facultad tan amplia al momento de sentenciar a quien cometió un hecho cuando aún era menor de 18 años se relaciona con el mandato de asegurar que estas penas, preponderantemente, atiendan a fines de resocialización, o para decirlo con las palabras de la Convención del Niño, a la importancia de **promover la reintegración social del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad** y ha afirmado que: " la necesidad de la pena a que hace referencia el régimen de la ley 22.278 en modo alguno puede ser equiparado a "gravedad del hecho" o a "peligrosidad" (Maldonado, Daniel E. y Ot." considerando 22, fallo 328: 4343).-

Y agrega que *"Que el mandato constitucional que ordena que toda pena privativa de la libertad esté dirigida esencialmente a la reforma y readaptación social de los condenados (art. 5, inc. 6, CADH) y que el tratamiento penitenciario se oriente a la reforma y readaptación social de los penados (art. 10, inc. 3º, PIDCP) exige que el sentenciante no se desentienda de los posibles efectos de la pena desde el punto de*

vista de la prevención especial. Dicho mandato, en el caso de los menores, es mucho más constrictivo y se traduce en el deber de fundamentar la necesidad de la privación de libertad impuesta, desde el punto de vista de las posibilidades de resocialización, lo cual supone ponderar cuidadosamente en ese juicio de necesidad los posibles efectos nocivos del encarcelamiento."- (considerando 23).

Ahora bien, por derivación del principio de estricta racionalidad penal y bajo una interpretación teleológica del art. 40.1 de la Convención de los Derechos del Niño y art. 5.2 y 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos, lo expuesto por la Corte Suprema **adquiere efectos concretos durante la ejecución de la pena impuesta**, cuando las condiciones concretas de castigo producen efectos nocivos que desvirtúan los fines indicados de la misma.

Asimismo en Fallo 327:388 in re "Romero Cacharamé", sostendría en voto de la mayoría: "Que uno de los principios que adquiere especial hálito dentro de las prisiones **es el de legalidad**, ello por cuanto la manera en que las autoridades penitenciarias le dan **contenido concreto al cumplimiento de la pena** dispuesta por la autoridad judicial y sus sucesivas alteraciones, **pueden implicar una modificación sustancial de la condena**, y por lo tanto queda a resguardo de aquella garantía" (voto de la mayoría).

La situación de Molina, atendiendo al contenido de la pena impuesta, se advierte que la misma ha tenido un efecto que ha trascendido su integridad personal (art. 5.1 de la Convención Americana), situación que se advierte en tal cronología de hechos registrados desde el Sistema Informático del Ministerio Público (SIMP):

a) Durante el período de detención plantea que quiere reconocer a su hija, que no la inscribieron con su apellido. No recibe respuesta en la Unidad Penal, lo que motiva la tramitación desde la Defensoría General.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
MINISTERIO PÚBLICO

b) Al manifestar problemas en el penal, el 24-11-11 se pide cambio de pabellón. Manifiesta no querer estar más en el Pabellón 3 y solicita, por tener 20 años, pasar al de jóvenes adultos. Sin resolverse esa cuestión, es atacado a los 2 días en el patio de ese pabellón. Puntazo en la espalda que le lastima la pleura, es internado por casi una semana. La defensoría de ejecución lo visita en el hospital. Además es sancionado. Al regresar al penal vuelve a estar en un régimen más restrictivo, en buzones, pese a ser atacado por internos que a posteriori fueran sancionados.

c) El 7-12-11: se presenta un hábeas corpus para que no lo reingresen al pabellón 3, no se hace lugar, pero lo envían a otro pabellón bajo las mismas características, sujeto a un régimen cerrado.

d) En noviembre de 2011 se autolesiones por problemas personales. No tiene atención psicológica y requiere trabajar. No hay respuesta de la administración penitenciaria respecto de su inserción en algún programa tratamental que permita intervenir sobre la persona respecto de los problemas que manifiesta.

e) el 24-12-12 como tardaba mucho en ingresar la visita se quejó. Lo golpearon y le tiran gas pimienta en los ojos. Estuvo toda la visita con ojos irritados.

f) A fines de febrero, su hija es internada en el Garrahan. Se encuentra angustiado, comienza con la ingesta de elementos. No recibe atención médica ni psicológica. La defensoría de ejecución plantea nuevo Hábeas corpus en abril del 2013

g) En septiembre del 2013 sucede la misma situación. Se traga elementos. Se constata que no recibe atención médica o psicológica.

h) El 7-11-13 se reitera la ingesta de elementos cortantes y se autolesiona.

Que atento a tales circunstancias, se advierte que Molina no ha obtenido en todo este tiempo **ninguna intervención personalizada** que

sustancialmente permita determinar aquellos medios por los cuales se pudiera aminorar las condiciones sujetas a su angustia personal, particularmente promovida por su situación familiar y profundizada por las condiciones de encierro en la Unidad 3.

En este sentido, la ley de ejecución nacional y provincial fija reglas claras al modo en que se debe aplicar un trato digno.

El **art. 5** de la ley 24.660 señala que el tratamiento del condenado debe ser programado e individualizado (...) deberá atenderse a las condiciones personales, intereses y necesidades para el momento del egreso".

Posteriormente, el **art.6** señala que "El régimen penitenciario se basará en la progresividad, procurando limitar la permanencia del condenado en establecimientos cerrados".

Luego, bien expresa el **art. 8**, respecto del principio de igualdad de las penas, que las normas de ejecución será aplicadas sin establecer discriminación o distingo alguno en razón de (...) condición social o cualquier otra circunstancia. Las únicas diferencias obedecerán al tratamiento individualizado.

Que al ser programado dicho tratamiento, resulta ser delimitado temporalmente (**art. 13 d** ley 24.660) , siempre definida en los términos señalados en el **art. 5** de la ley 12.256, para lo cual se deben instrumentar programas de asistencia y/o tratamiento (**art. 8** ley 12.256).

Que de tales principios general de la ley de ejecución penal, cuya finalidad es reglamentar el principio de reinserción social (art. 5.6 CADH y 10.3 PIDCyP y 40.1 CDN), se advierte que durante el cumplimiento de la pena de Molina, nada de ello se ha cumplido por parte de la administración penitenciaria.

Particularmente, Molina **permanece desde hace más de tres años en un pabellón caracterizado por un régimen cerrado estricto,**



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
MINISTERIO PÚBLICO

lo cual ha sido contraproducente a la finalidad que la ley prescribe, **no acorde a su situación personal**, cuando no sólo está prohibido expresamente la permanencia en el tiempo de alojamientos en régimen cerrado, sino que, ante situaciones problemáticas como éstas, tal situación de encierro es productora de un agravamiento del nivel de angustia, en tanto si se le suma la ausencia de intervenciones psicológicas/psiquiátrica eficaz, y la ausencia de actividades estimuladoras de su desarrollo personal, todo ello ha servido para reproducir hechos de autolesiones o ingesta de elementos punzocortantes, situaciones que evidencian (o reclaman) sobre la falta de intervención efectiva.

Abundante literatura existe que permite explicar el predominio que el régimen de encierro tiene sobre la persona, más aún estando hablando de un régimen cerrado en el que ha estado sujeto Molina **sin intervención tratamental de ningún tipo**, pero peor aún, sin la intervención de tareas laborales o culturales que permita desarrollar sus capacidades individuales y con ello posibilitar su desarrollo personal (cfr. RÍOS MARTÍN, Julián C. y CABRERA CABRERA, Pedro J. *Mirando el abismo: el régimen cerrado*. Madrid, Universidad de Comillas, 2002).

Molina ha sufrido un claro aislamiento por un período por demás prolongado - más de tres años- en tanto ha permanecido todas las horas del día dentro del pabellón 3; el desarrollo de su vida, en todo ese tiempo, tuvo como mayor espacio de libertad dos horas de patio, aunque esto solo resulta así formalmente, pues por la gran cantidad de episodios de violencia que allí se registran (es el pabellón más conflictivo del penal) los internos se la pasan "engomados" todo el día.

Que tal situación de encierro ha resultado claramente contradictoria con los fines declarados en la ejecución de la condena, por lo que, teniendo en cuenta esto, si los propósitos del proceso y del sistema penal juvenil son fundamentalmente educativos o preventivos especiales se evidencia una

situación que, producto de su distorsión por la forma de cumplimiento, explicaría que la pena no ha alcanzado los fines dispuestos y que resulta imposible de cumplir hacia el futuro.

Si bien ante ello ésta parte ha decidido una intervención eficaz en el caso mediante la libertad asistida, atendiendo al contenido del informe, lo cual nada aporta a una intervención concreta sobre el sujeto ni indica qué herramientas estarían disponibles para ofrecerse ni cómo se llevaría a cabo, ni menciona qué condiciones de alojamiento serían factibles como tampoco se introduce en la problemática del joven, eludiendo cualquier problematización del medio carcelario, lo cual cabe preguntarse si es factible considerar que se ha agotado el sentido de considerar necesaria dicha pena.

El caso de Molina es una expresión de lo que la cárcel no hace y lo que la cárcel deshace. La prisión no ha tenido ningún contenido terapéutico ni educativo sobre la marginación social de Molina, tal como surge del informe del Patronato de Liberados. Tampoco se ha abordado la situación de extrema angustia que le ha provocado la prisión como efecto en la pérdida de vinculaciones, alteración de su afectividad, su sensación de desamparo producto de la falta de respuestas, enfrentamientos violentos con personal penitenciario, sumisión ante respuestas represivas, ausencia de control sobre su propia vida, ausencia de expectativa de futuro.

Sin dudas, por los términos en que ha sido aplicada, la cantidad de castigo ha superado con creces la mensura definida en términos de privación de libertad dispuesta en la sentencia.

Esto nos lleva a reflexionar acerca de si resulta necesario continuar aplicando una pena **cuando la misma no cumple con un fin propio designado al momento de imponer la pena y que, de acuerdo a las condiciones de su cumplimiento, la misma se ha evidenciado claramente desproporcionada.**

Puede considerarse que existe una cierta coincidencia en la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
MINISTERIO PÚBLICO

doctrina en cuanto a que el ilícito culpable constituye la base de la que parte toda determinación de la pena. Su preexistencia no sólo es el presupuesto sine qua non para comenzar a analizar la posibilidad de una pena, sino que es el factor legitimante de la pregunta. Pero su sola existencia no alcanza para concluir, necesariamente, la necesidad de pena.

Justamente en este fuero se pretende escindir la declaración de culpabilidad (como autoría) de la aplicación de pena, exigiendo un tratamiento diferenciado de ambas cuestiones .Y aún desde una teoría general de la pena –no específica para este fuero especial- el principio nulla poena sine culpa no puede ser invertido, y transformado en un imperativo: nulla culpa sine pena. La pena no puede encontrar fundamento sólo en la presencia de un ilícito culpable, sino requiere algún argumento adicional: la existencia de un fin que autorice la injerencia estatal.

En la medida en que es el Estado, y no un ente trascendente, quien tiene a su cargo la actividad de imponer la pena, **tal actividad tiene que estar sujeta a los mismos principios que cualquier otra actividad estatal**, fundamentalmente, a la necesidad de que la intervención prometa algún beneficio para los integrantes de la comunidad social. **Por lo que solo es posible rechazar a la pena como un fin en sí mismo y admitirla sólo en tanto pueda lograrse con ella algún fin.** (conf. Patricia S. Ziffer, *Lineamientos de la Determinación de la Pena*, Ad Hoc, Bs As, 1996, pág. 45/6)

Es así que creemos que la función de la pena debe orientar todo el sistema penal, de manera tal que, de una u otra manera, tiene que influir en su operatividad. Tanto la previsión legal de la pena, como su imposición judicial y ejecución deben tener como punto de partida la función que la sanción penal cumple. En el plano legislativo, la determinación de la función de la pena permitiría, en primer lugar, hacer un juicio crítico sobre la legitimidad de la pena legalmente establecida. **Una pena que no se**

ajuste a su función, acorde la forma en que fuera cumplida, no podrá aceptarse aunque se encuentre prevista en la ley.

Pero esta dificultad, de la cual nuestra sistema penal de adultos no es ajeno, no es alcanzada de igual manera por el fuero de responsabilidad penal juvenil, ya que como dejamos establecido previamente **tiene una finalidad explícitamente establecida, marcadamente educativa o preventivo especial**, que evidentemente en este caso ha fracasado.

Por lo que si **la misión de la sanción juvenil** es disuadir al autor de futuros hechos punibles (con el principio de culpabilidad como limite de la condena) , en miras de **su resocialización**, o para decirlo con las palabras de la Convención del Niño, a la importancia de promover la reintegración social del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad, **cómo es posible cumplir con ella si, no sólo Molina ya registra una condena como adulto, sino que también, atento el modo de cumplimiento de la pena impuesta como menor de edad, ya han transcurridos tres años de la misma, ésta ha generado un efecto por demás desocializante que impide alcanzar tal finalidad por la cual fuera impuesta.-**

Asimismo el art. 40.1 de la CDN señala también otros propósitos que se ha de tener en cuenta para establecer la razonabilidad y proporcionalidad de la respuesta penal juvenil que no debe quedar relacionada con un hecho histórico pasado sino con la situación existente en el momento de adoptar cada decisión.

En este sistema la proporcionalidad no se agota con la adecuación al grado de culpabilidad, sino también con el grado de dolor que la pena importa, tal como lo afirmara la Corte Suprema en el caso "Maldonado" (consid. 23^o, referenciado más arriba).

Asimismo en fallo G. 763. XLVI., 14/02/2012 in re "Germano, K.", el máximo tribunal ha sostenido: "...que una pena que se ejecuta de modo



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
MINISTERIO PÚBLICO

diferente se convierte en una pena distinta y, por ende, en caso **de ser más gravosa su ejecución resulta una modificación de la pena impuesta** en perjuicio del condenado".

Lo que tal precedente implica es que la pena impuesta dentro del mínimo de irracionalidad y conforme al principio de humanidad en el momento de la sentencia, puede salirse de ese marco en el curso del tiempo en razón de la dinámica propia de la existencia y de la sociedad. Ignorar esa circunstancia es admitir, por meras razones pragmáticas e hipotéticos casos de abuso, que se ejecuten penas que han pasado a ser crueles e inhumanas. La prohibición de penas crueles e inhumanas no puede regir para los jueces en el momento de la sentencia, y ser ajenas a su potestad y deberes de control y contención en el tiempo de su ejecución o cumplimiento, situación que adquiere particulares connotaciones en este fuero.

En rigor, dejar abierta la decisión sobre la responsabilidad hasta el agotamiento de la pena es una necesidad derivada de la proporcionalidad que debe regirla para evitar una irracionalidad intolerable, que se desprende de la fijación del delito y el desarrollo temporal de la pena. De allí que la magnitud del primero no sea variable, pero la de la segunda pueda alterarse sustancialmente hasta su agotamiento (Zaffaroni-Alagia-Slokar, Derecho Penal. Parte General. Ediar, Buenos Aires, 2000, pág. 1064).

Que sujeto a un control de convencionalidad dirigido a determinar el alcance constitucional del art. 5.2 y 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos sobre la falta de necesidad de pena, exigimos una respuesta jurisdiccional derivada en los principios que regulan la legalidad y proporcionalidad y, acorde a los fundamentos indicados, se disponga la absolución de pena por neutralización de los fines pretendidos en la misma acorde al modo de su cumplimiento.

Que es doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en

términos de aplicación del derecho en relación a las condiciones concretas en que se definen las penas dentro del ámbito carcelario.

"Que esta Corte, como cabeza suprema del Poder Judicial de la Nación, **no puede permanecer indiferente** a situaciones que por su gravedad, pueden llevar a que el modo en que se hacen efectivas las detenciones durante el proceso o la ejecución de las penas, **revista el verdadero carácter de una condena accesoria que no corresponda a las aplicadas en las sentencias** que emanan de este Poder Judicial, ni a la pena establecida por ley para el delito de que se trata" (Fallos:310:2412 in re "Badín").

Por lo tanto, se debe propiciar una interpretación razonable de la ley constitucional que explique que la ejecución de la pena en el fuero de responsabilidad juvenil no se edifica exclusivamente sobre el dato normativo que se define en la privación temporal de libertad aplicada a un tiempo lineal sino que se trata de determinar cómo la aplicación de ésta, en tanto ha provocado efectos contrarios a los asignados, exigen evaluar la continuidad de su cumplimiento, producto de un juicio dinámico de la responsabilidad que está sujeto a los fines preventivo especiales de la condena, conforme se para la Corte Suprema en el precedente "Maldonado" (consid. 23) y allí se deriva razonadamente de la ley constitucional.

III.-

Por todo lo expuesto solicito que se realice una exégesis armónica y sistemática con los principios constitucionales en juego, y con las interpretaciones derivadas del alcance de las cláusulas señaladas, sumando a ello el carácter vinculante de la doctrina expuesta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se disponga la falta de necesidad de pena que fuera impuesta el pasado 14 de marzo de 2012, de conformidad con lo normado en el art. 3 y 40.1 de la Convención de los Derechos del Niño, art. 5.2 y 9 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, art. 7 del Pacto



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
MINISTERIO PÚBLICO

Internacional y art. 4 del dec. ley 22.278.

Hago reserva de caso federal, art. 14 ley 48 al estar en juego el alcance constitucional del art. 18 y 75 inciso 22 CN, como así la aplicación por los tribunales locales del control de convencionalidad, de acuerdo al planteo realizado, en función de lo normado en el art. 5.1 y 2 de la Convención Americana.

PROVEER DE CONFORMIDAD
SERÁ DERECHO.-





PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
MINISTERIO PÚBLICO

APELO

Sr. Juez:

María Celina Berterame, Defensora de Ejecución Penal de la Defensoría Departamental, en representación de **Luciano Gabriel Palomino**, legajo de ejecución nro. 10.298 en causa nro.3043, ante VS me presento y digo:

I.- Objeto

Apelo la resolución de fs. 68/vta. en cuanto no hace lugar al pedido de reducción de pena y, por consecuencia, al adelantamiento del régimen de progresividad, a los fines de concederle la libertad condicional a Luciano Gabriel Palomino, ello por causar gravamen irreparable a esta parte, en tanto la resolución no se adentra a la valoración de los tratos arbitrarios que ha padecido Palomino ni al ajuste de proporcionalidad propuesto, es decir, entre este castigo real distorsionado en una pena más gravosa de aquel que fuera mensurado en términos legítimos, negando los mismo (y con ello la misma pena), pese a su obligación de responder por éstos (art. 18 de la Constitución nacional), no sólo en los términos que los tratados constitucionales lo exige (art. 75 incis. 22 idem), sino en adecuación a la propia normativa local (art. 9 de la ley 24.660).

La resolución, que sólo se limita a reducir el derecho a la mera legalidad del legislador local, sin atender que la ejecución de la pena está sometida, en primer lugar, a la ley constitucional como primera fuente legal (art. 31 Carta magna), es arbitraria en tanto responde con argumentos de derecho común un planteo constitucional sobre las circunstancias del caso (la proporcionalidad de la pena en la etapa de ejecución y la prohibición de doble punición), para arribar a una decisión carente de fundamentación (CSJN 330:490) por no ser una conclusión razonada del derecho constitucional vigente (238:550; 244:521), ni adecuada a la doctrina de la Corte Suprema (Fallos:307:1094 y 318:2060 y citas) obviando un principio elemental en materia que es la máxima rendición de judicialidad en términos de protección de derechos (art. 3 y 4 ley 24.660) y prohibición de tratos crueles, inhumanos y degradantes (art. 9 idem).

II.- Agravios

Entiende esta defensa que es arbitraria la resolución cuya motivación se ciñe a señalar

que *"la pretensión de la defensa no tiene sustento en ninguna norma penal o internacional que contemple la situación planteada"* (sic) en tanto dicha respuesta se adecua a un sólo método de interpretación legal, que es la literal, más no la sistemática y derivada de una completividad legal¹, que en términos de adecuación a la hermenéutica pro homine, se derive de la protección de los principios y derechos que rigen en la Constitución Nacional (art. 18 y 75 inc.22), conforme lo normado en el art. 5.2 de la Convención Americana; art. 5 de la Declaración Universal de los Derecho Humanos y art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Principios y Buenas Prácticas para la Protección de las Personas Privadas de Libertad.

Resulta pertinente explicar, con relación al agravio relativo a la arbitrariedad de la denegatoria, de qué modo el juez de ejecución está obligado a adentrarse a las condiciones de aplicación del castigo que Palomino recibiera durante el cumplimiento de la pena, para luego avanzar, por derivación razonada de la ley constitucional y la doctrina vigente de la Corte Suprema, sobre cómo ese castigo más severo que el mensurado en términos legales viene a implicar una modificación de la pena en términos cuantitativos.

La ley nacional de ejecución penal, define la competencia del juez de ejecución, a fin de controlar la reglamentación constitucional de tales normas, en tanto claramente prescriben su actuación:

"El juez de ejecución (...) garantizará **el cumplimiento de las normas constitucionales, los tratados internacionales ratificados** por la República Argentina y los derechos de los condenados no afectados por la condena o por la ley" (**art. 3; idem art. 10 ley 12.256**).

Al respecto, anteriormente se citó lo prescripto en la ley constitucional que ampara a todo condenado a recibir condiciones carcelarias dignas, y por consiguiente, evitarse que la restricción de la libertad ambulatoria no exceda el nivel inherente de sufrimiento que ésta comporta, protegiendo la integridad personal respecto del resto de derechos no afectados por la condena o por ley y las reglamentaciones (art. 2 ley 24.660).

Que el art. 18 de la Constitución Nacional al prescribir que "las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ella, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que ella exija, hará responsable al juez que la autorice", reconoce a las personas privadas de su libertad el

¹ Concretamente, en relación a tales métodos, y en particular al derecho como unidad de sentido, cfr. Maier, J.B., Derecho Procesal Penal. Fundamentos, Tomo I, Del Puerto, 1999, pág. 204 y



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
MINISTERIO PÚBLICO

derecho a un trato digno y humano, como así también establece la tutela judicial efectiva que garantice su cumplimiento.

Ha sostenido la Corte Suprema, en “Verbitsky” “Que la privación de libertad, al título que fuese, tiene un efecto aflictivo y deteriorante para toda persona institucionalizada, que en cierta medida es imposible eliminar por ser inherente a su situación, pero que de ningún modo puede tolerarse que se agrave indebidamente” (consid. 35°).

De hecho, la Corte Interamericana vincula el concepto de integridad personal, en los términos del art. 5.1 de la Convención Americana, con el goce efectivos de “los derechos que no deben restringirse”; “los derechos inherentes e inderogables”² o “fundamentales”³; o “los derechos cuya limitación no deriva necesariamente de la privación de la libertad”⁴. En otro momento, se afirmó en forma genérica que “el Estado debe garantizar a los reclusos la existencia de condiciones que dejen a salvo sus derechos”⁵.

Que al respecto, como se ha acreditado en autos, en particular tomando como referencia la cantidad de peticiones presentadas relatando la situación de Palomino en la UP3 (afectación a su salud psicofísica, alojamiento en pabellones no adecuados a seguridad mínima, pérdida de peso, lesión grave en órganos vitales, traslados intramuros reiterados, etc..) e incluso la acción favorable de hábeas corpus resuelta por el Juzgado de Garantías nro.2 (causa 3177), explican que el trato aplicado durante el tiempo de pena ha excedido la restricción temporal de libertad ambulatoria y ha trascendido la integridad personal de mi defendido.

Continuando en alusión al art. 3 de la normativa local, sigue, en el **art. 4:**

"Será de competencia judicial durante la etapa de ejecución de la pena:

a) Resolver las cuestiones que se susciten cuando se considere vulnerado alguno de los derechos de condenado"

Afirma, el **art. 9:**

"La ejecución de la pena **estará exenta de tratos crueles, inhumanos o degradantes**"

Luego, es doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en términos de aplicación del derecho en relación a las condiciones concretas en que se definen las penas

ss.

2 Caso “Caesar vs. Trinidad y Tobago”, párr. 97

3 Caso “Lori Berenson Mejía vs. Perú”, párr. 102.

4 Caso “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay”, párr. 153.

5 Caso “Tibi vs Ecuador”, párr. 150 y caso “Raxcacó Reyes vs. Guatemala”, párr. 95.

dentro del ámbito carcelario⁶:

"Que esta Corte, como cabeza suprema del Poder Judicial de la Nación, **no puede permanecer indiferente** a situaciones que por su gravedad, pueden llevar a que el modo en que se hacen efectivas las detenciones durante el proceso o la ejecución de las penas, **revista el verdadero carácter de una condena accesoria que no corresponda a las aplicadas en las sentencias** que emanan de este Poder Judicial, ni a la pena establecida por ley para el delito de que se trata" (Fallos:310:2412 in re "Badín").

Luego, en Fallo 327:388 in re "Romero Cacharame", sostendría en voto de la mayoría:

"Que uno de los principios que adquiere especial hálito dentro de las prisiones **es el de legalidad**, ello por cuanto la manera en que las autoridades penitenciarias le dan **contenido concreto al cumplimiento de la pena** dispuesta por la autoridad judicial y sus sucesivas alteraciones, **pueden implicar una modificación sustancial de la condena**, y por lo tanto queda a resguardo de aquella garantía" (voto de la mayoría).

"Que el principio fundamental de la ley de ejecución penal, en cuanto establece su judicialidad, requiere **una interpretación amplia** a la hora de extender el principio de legalidad y la garantía de la jurisdicción a la etapa de ejecución" (idem, considerando 5° voto del Dr. Vasquez).

Se desprende, de tal doctrina, que las penas no deben regularse sólo a su deber ser (reinserción social), sino que su ser (trato punitivo), como opuesto, y en relación al tiempo vivencial (no lineal), puede ser aplicado en términos más gravosos que el legalmente consagrado y definido en la mensura de la sentencia, debiendo tal modificación tener consecuencias legales a fin de no avalar judicialmente penas crueles o ilícitas.

Es sabido que literalmente, en cuanto la exégesis legal, la Constitución prohíbe castigos arbitrarios y penas crueles, y la ley penal no reglamenta las consecuencias de tal prohibición (art. 28), pero ello **en modo alguno puede implicar la restricción de un derecho o principio derivado de tal normativa suprallegal**, pues implicaría aniquilar la unidad de sentido que rige en un Estado Constitucional de Derechos, cuando es la ley constitucional la primera fuente legal del cual está sujeta su interpretación en términos que favorezcan sus principios, más no que los restrinjan arbitrariamente (art. 28 y 31 de la

⁶ Por todas el luminado me corresponde con el propósito de resaltar el apartamiento invocado a la doctrina de la Corte.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
MINISTERIO PÚBLICO

Constitución Nacional; Fallos: 306:940, entre otros).

Que si bien en materia de interpretación la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (Fallos: 304:1820; 314:1849), la falta de la misma, por omisión del legislador local, no implica que sea obviado el principio constitucional en trato (prohibición de tratos arbitrarios), pues ello debe ser superado en procura de una aplicación racional (Fallos 312:802), cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho (Fallos: 310:937; 312:1484), en consonancia con el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal (Fallos: 325:3229 in re "Acosta").

Enseña Maier que “la interpretación no es tan sólo la representación de una definición semántica de una regla aislada, sino, por el contrario, la búsqueda de una solución – sólo una- para el caso concreto en todo el orden jurídico en general, que preside una sociedad determinada (interpretación sistemática)”⁷.

Que el juez de ejecución, apelando a la ausencia de una referencia literal semántica de la ley penal y/o constitucional que prevea la consecuencia jurídica peticionada, no ha incorporado en su resolución ninguno de estos principios que regulan la interpretación de la ley, lo cual hacen a su resolución arbitraria por no ser el resultado de una derivación razonada del derecho vigente.

Ha quedado claro, en los términos que lo ha abordado la Corte Suprema, que los castigos más gravosos, que distorsionan la pena legal por el inevitable transcurso temporal de la condena, en modo alguno los jueces pueden remitirse a ésta última si el castigo no ha superado los estándares mínimos en materia de condiciones de detención, pues ello implicaría convalidar un sistema de penas ilícitas, aparentadas y cuantificadas siempre como legales, sin valorar la proporcionalidad de la pena cuyo principal consecuencia, desde la modernidad, es equilibrar la ofensa del delito y el mal producido a causa de éste.

Si nos reducimos a los términos en que fuera resuelta la petición, entonces las penas se aplican y ejecutan sólo mediante una manifestación formal limitada a la privación temporal de libertad, *sin que la cárcel tenga vinculación sobre las penas que se imponen*, lo cual llevaría a dejar sin efecto concreto todos los principios que regulan la legalidad, humanidad y racionalidad de las penas (art. 18 C.N).

Si algo ha ratificado nuestro país, y es doctrina de la Corte Suprema de la Nación,

es que la pena no es sólo retribución, sino que – cualitativamente- su ejecución también está determinada por las condiciones en que es cumplida y, por derivación razonada, si éstas se han alejado del plano legal (deber ser), la mensura fijada en esos términos varía sustancialmente.

Según el grado de culpabilidad se *cuantifica* la pena y, por regla general, se la mide en tiempo lineal. Allí tiene entrada el problema que plantea nuestra petición, en el que la doctrina penal casi no ha penetrado hasta el presente.

La cuestión planteada es que la pena se mide en tiempo lineal y se ejecuta en tiempo existencial o subjetivo. Se ha ignorado este último, privilegiando sólo al primero, considerando que del tiempo lineal deriva la real función de la pena que el penalismo tradicional procura reducirlo al juicio de culpabilidad y elude con ello que la ley constitucional, que indica que las penas pueden ser más arbitrarias, exige un juicio de proporcionalidad durante la etapa de ejecución.

Concretamente, la proporcionalidad no se agota con la adecuación al grado de culpabilidad, sino también con el grado de dolor que la pena importa, que es diferente según la vivencia del tiempo que el condenado tenga, producto del modo en que el trato punitivo ha sido más o menos lesivo alejándose de los estándares objetivos que garantizan el trato digno en prisión (Principios y Buenas Prácticas para la Protección de las Personas Privadas de Libertad, Reglas Mínimas para el tratamiento del Recluso).

Ya Silvela, en 1903, señalaba que la sentencia penal es esencialmente modificarle en todos sus accidentes de duración y forma, dadas las alteraciones que se producen durante la ejecución de la pena (*El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, p. 452 y ss.). Con posterioridad, Carnelutti sostuvo que cuando se condena a una persona a un cierto tiempo "¿Quién puede garantizar que sea esa la medida justa de la pena?" (*Cómo se hace un proceso*, p. 163).

Pese al cambio epistemológico generado a mitad del siglo XX en el proceso de internacionalización de los derechos humanos, habiéndose profundizado la regulación de castigos arbitrarios, la doctrina siguió elaborando finamente la teoría del delito. A su lado – y no por azar- la teoría de la pena tuvo un desarrollo paupérrimo, casi raquítico, habiéndose omitido una dogmática de la pena o de las consecuencias jurídicas del delito.

Zaffaroni, ha estudiado la cuestión puntualmente, desde su texto inicial sobre el tema



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
MINISTERIO PÚBLICO

"Las penas crueles son penas" (1992)⁸, a su "Derecho Penal. Parte General" (2000).

Explica en el primer texto que “La ley internacional prescribe cómo deben ser las penas (a través de la prohibición de ciertas penas), pero justamente esa prescripción se funda en la realidad: puede haber penas que no sean como las prescriptas y no por ello dejarían de ser penas. Las fórmulas de todos los instrumentos internacionales dedicados a erradicar las penas crueles y la tortura tratan de eliminar éstas, pero a sus inspiradores, como a todos los que hicieron el derecho penal liberal, desde Beccaria y Feuerbach hasta Carrara y Carmignani, o incluso a todos los maestros fundadores del pensamiento liberal, desde Locke hasta Kant, creo que jamás se les hubiese ocurrido que el efecto de las prescripciones que propugnaban sería que un día, doscientos años después de sus libros y pensamientos, se los invocaría para imponer una pena no cruel a quien ya ha sufrido una pena cruel”.

“Sea cual fuere el fundamento, lo curioso es que los artífices de la política criminal proponen y los doctrinarios teorizan disminuciones sensibles de las penas cuando la persona sufre un mal grave como consecuencia de una circunstancia fortuita o de una enfermedad, pero nadie se detiene a reparar en una consideración análoga cuando es nada menos que el propio Estado a través de sus agentes el causante de ese mal (...) No pretendemos afirmar con esto que las penas crueles deban descontarse de las legales en función del principio de humanidad, sino que insistimos que es en función de la prohibición de doble punición, aunque frecuentemente dudamos de que las disminuciones de penas que se admiten en los casos que hemos mencionado (consecuencias autolesivas graves del propio hecho y enfermedad incurable o que disminuye las expectativas de vida) lo sean en función del principio de humanidad, porque pueden considerarse también variables de la prohibición de doble punición, partiendo de la distinción entre la pena moral y jurídica: la primera es la que provoca la propia falta. Se puede pensar que cuando se materializa la primera se hace innecesaria la segunda”.

Profundizaría en varias partes de su Derecho Penal. Parte General esta cuestión, aunque en la última parte de esa obra, toma esta cuestión y explica “La pena impuesta dentro del mínimo de irracionalidad y conforme al principio de humanidad en el momento de la sentencia, puede salirse de ese marco en el curso del tiempo en razón de la dinámica

⁸ Actualmente reproducido en AA.VV., *La medida del castigo. El deber de compensación por penas ilegales*, Zaffaroni, E.R. (director), Ediar, 2012, pág. 355.

propia de la existencia y de la sociedad. Ignorar esa circunstancia es admitir, por meras razones pragmáticas e hipotéticos casos de abuso, que se ejecuten penas que han pasado a ser crueles e inhumanas. La prohibición de penas crueles e inhumanas no puede regir para los jueces en el momento de la sentencia, y ser ajenas a su potestad y deberes de control y contención en el tiempo de su ejecución o cumplimiento (...) En rigor, dejar abierta la decisión sobre la responsabilidad hasta el agotamiento de la pena es una necesidad derivada de la proporcionalidad que debe regirla para evitar una irracionalidad intolerable, que se desprende de la fijación del delito y el desarrollo temporal de la pena. De allí que la magnitud del primero no sea variable, pero la de la segunda pueda alterarse sustancialmente hasta su agotamiento”⁹.

Que incorporando estos principios derivado de la ley constitucional, la Corte Suprema se ha pronunciado sobre el tema relativo a la individualización de la pena durante la etapa de ejecución.

En fallo G. 763. XLVI., 14/02/2012 in re "Germano, K.", el máximo tribunal ha sostenido:

“...que una pena que se ejecuta de modo diferente se convierte en una pena distinta y, por ende, en caso **de ser más gravosa su ejecución resulta una modificación de la pena impuesta** en perjuicio del condenado”.

Que en función de los principios que rigen la ley constitucional ante la prohibición de tratos arbitrarios, sujeta a la legalidad y proporcionalidad, sumado a la doctrina reseñada por la Corte, la resolución luce arbitraria por cuando el fundamento expuesto, sostenido en el silencio de la ley, no es una derivación razonada del derecho vigente, soslayando toda completitud lógica y sistemática del orden jurídico.

Que es doctrina de la Corte que no obstante que sus sentencias solo deciden los procesos concretos que le son sometidos y ellas no resultan obligatorias para casos análogos, los jueces inferiores deben conformar sus decisiones a esa jurisprudencia, careciendo de fundamentación los pronunciamientos de los tribunales que se apartan de los precedentes del máximo Tribunal, sin proporcionar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición allí adoptada (Fallos:307:1094 y 318:2060 y citas).

Se explicó acabadamente que la cantidad de pena cuantificada sobre Palomino no se ha mantenido equivalente con la cantidad de castigo aplicado en términos reales.

9 Zaffaroni-Alagia-Slokar, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000, pág.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
MINISTERIO PÚBLICO

Que las circunstancias del caso tienen un impacto directo en un castigo más gravoso de aquel mensurado en la sentencia, como resultado de un incumplimiento a la ley constitucional, atiende como consecuencia jurídica a una variación cuantitativa del castigo en la etapa de su ejecución mediante la aplicación de dos principios: el de prohibición de doble punición y el de proporcionalidad.

Esta parte se adentró sobre el cómo se debe definir en el caso esta variación cuantitativa producto del mayor valor que el castigo aplicado ha tenido con el mensurable en la sentencia, reparación que, en términos compensatorios, devienen en un adelantamiento de la progresividad, cuya derivación legal está definida en la ley 26.695.

Que es doctrina del Tribunal de Casación la necesidad de procurar, conforme a tales principios, una regulación frente a penas arbitrarias.

Que en el caso, “Saldías s/hábeas corpus” de la **Sala I de la Casación Penal de esta Provincia**, al examinarse la admisibilidad de la acción originaria de hábeas corpus, estableciendo que “el tiempo vivencial es insusceptible de reparación integral ulterior” y que este derecho requiere tutela inmediata. Más tarde, se menciona nuevamente *el tiempo vivencial* a la hora de establecer la necesidad de reparar el daño causado con la mayor equipolencia posible.

En este sentido, dijo el Tribunal que “Es correcto referirse a lo estatuido en el art. 477 del CPP en el tópico de reparaciones (para el caso reparación económica por error judicial) toda vez que aún cuando esa disposición se inscribe en el Título V relativo a la acción de revisión, nada impide su aplicación analógica in bonam partem a otro tipo de resoluciones que no sean una sentencia definitiva –en sentido estricto- firme y consentida. No obstante, lo allí reglado no cierra el tema en tratamiento del tema, y en ello me expido en consonancia con lo que la parte propone y el deber asumido en el art 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (adopción de las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades)”. Agregando que: “La reparación aludida puede asumir la forma de indemnización económica (como la del art. 477 CPP) pero **nada impide que atendiendo a la índole de la lesión sea también evaluable la compensación en términos de mayor equipolencia, es decir, en tiempo vivencial** toda vez que lo que se puso en crisis –en este caso- ha sido el

plazo razonable de detención preventiva (9.3 PIDCyP y 7.5 CADH)”¹⁰ (el destacado me pertenece).

Si a esto, sumamos la doctrina “Germano,K.” de la Corte, está claro que la modificación de la pena por la forma de cumplimiento durante su ejecución tiene un impacto directo en aquella mensura que, en términos adecuados a la proporcionalidad, se ha definido en otros términos del ejecutado.

En el caso, no sólo se ha aplicado a la pena legal otra ilícita por las condiciones arbitrarias de su aplicación sino que se le suma la de inocuización, pues, a posteriori, se le denegará al condenado el acceso a regímenes menos restrictivos de libertad ambulatoria, agotando todo el tiempo de la pena impuesta en prisión, ya que en las condiciones impuestas le es imposible alcanzar los guarismos favorables para decidirse que está en condiciones de reinsertarse socialmente.

El planteo no contestado ha explicado el contenido que debe asignársele a la pena ilícita durante el proceso de ejecución penal, cuando la forma de su cumplimiento ha desvirtuado aquella cantidad mensurada de castigo en la sentencia. Consecuentemente, no sólo se pretende aplicar ese contenido de pena ilícita a aquella fijada, afirmando una relativa indeterminación de la cuantificación punitiva por derivación del principio de prohibición de doble punición y proporcionalidad, sino que tal consecuencia sobre la mensura punitiva tiene directa consecuencia respecto del principio de progresividad de la pena.

Esta defensa planteó que los efectos de la progresividad no sólo deben estar vinculados con los fines de la reinserción sino con la propia capacidad operativa de la prisión de producir, contrariamente, tratos arbitrarios. Por lo tanto, se debe propiciar una interpretación razonable de la ley constitucional que explique que la ejecución de la pena no se edifica exclusivamente sobre el dato normativo que se define en la privación temporal de

10 En igual sentido, TPC, Sala I, Causa N° 49.286 y ac. 55.535, “Ramírez López, Héctor David s/ hábeas corpus”; “Ramírez, Héctor David s/ hábeas corpus”, de fecha 18/02/13.Sala I, Causa N° 44.029, “Beisaga, Juan Carlos s/ recurso de Queja (art. 433 del C.P.P.)”, de fecha 19/12/11. CFCP, Sala IV, Causa Nro. 8557, “Roa, Jorge Alberto s/recurso de casación” (Reg. Nro. 10.559.4, rta. el 17/06/08.uez Penal de Trelew, Pcia. de Chubut, Causa N° 506/08, “Uribe, Emanuel”, de fecha 4/11/08; Jueza Penal de Trelew, Pcia. de Chubut, Causa N° “Figueroa, Jorge y otro psa de robo agravado tentado a comercio (carpeta 505, Legajo 3997)”, sentencia de fecha 24/11/08, publicada en <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2013/07/fallos102.pdf>. Cámara Federal de Casación Penal, Sala I, Causa N° 12.201 “Petrissans, Diego Sebastián s/recurso de casación”, del 2/11/10. Del Voto del Dr. Madueño; Cámara Federal de Casación Penal., Sala IV, “Suarez, Guillermo Fabián s/recurso de casación”, del 30/11/2010.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
MINISTERIO PÚBLICO

libertad aplicada a un tiempo lineal sino que se trata de determinar cómo la grave afectación por tratos arbitrarios -que releva el tiempo existencial- constituyen un elemento clave que se proyecta en la individualización de la pena durante su ejecución.

Que sujeto a un control de convencionalidad dirigido a determinar el alcance constitucional del art. 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos sobre la tasación punitiva definida en la sentencia, exigimos una respuesta jurisdiccional derivada en los principios que regulan la legalidad y proporcionalidad de las penas.

El planteo ha sido concreto atendiendo a qué respuesta jurisdiccional debe darse ante el castigo recibido por Palomino, tanto por acción u omisión del Servicio Penitenciario, lo cual exige a los jueces adentrarse sobre las cuestiones del caso, en los términos fijado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, **exigiéndose el adecuado control de convencionalidad** (Corte IDH, Almonacid Arellano y otros vs Chile, sentencia del 26 de septiembre de 2006, párr.124).

IV.-

Por todo lo expuesto solicito que se tenga por presentado en legal tiempo y forma el recurso interpuesto y, estando a los argumento vertido, procurando del ad quem, una exégesis armónica y sistemática con los principios constitucionales en juego, y con las interpretaciones derivadas del alcance de las cláusulas señaladas, sumando a ello el carácter vinculante de la doctrina expuesta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se disponga la revocación del auto impugnado, y se haga lugar a lo peticionado por ésta defensa.

Hago reserva de caso federal, art. 14 ley 48 al estar en juego el alcance constitucional del art. 18 y 75 inciso 22 CN, como así la aplicación por los tribunales locales del control de convencionalidad, de acuerdo al planteo realizado, en función de lo normado en el art. 5.1 y 2 de la Convención Americana.

PROVEER DE CONFORMIDAD
SERÁ DERECHO.-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
MINISTERIO PÚBLICO

CONTESTA VISTA. PLANTEA ABSOLUCIÓN DE PENA POR FALTA DE EFECTOS PREVENTIVOS ESPECIALES

Sr. Juez:

María Victoria Filas, defensora oficial del Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil, en causa 1221/2009 que se le sigue a **Fabían Ezequiel Molina**, ante el Juzgado de Responsabilidad Penal Juvenil departamental, me presento y digo:

I.-

Que en el marco del incidente de libertad asistida solicitado el anterior 29 de abril de 2013, contesto vista del informe del patronato de liberados a fs. 83/89 y en razón de las circunstancias que hacen al actual estado de cumplimiento de pena de Molina, sin perjuicio de lo peticionado anteriormente, es en razón de lo dispuesto en el art. 3 y 37 d de la Convención de los Derechos del Niño, art. 5.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en aplicación a la doctrina in re "Maldonado" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, solicito que se resuelva - en primer término- la absolución por falta de necesidad de pena de Molina, rigiendo interpretación pro homine del art. 4 de la ley 22.278.

II.-

Que conforme surge de las constancias de la causa, Fabían Ezequiel Molina es condenado a la pena de 5 años y 6 meses de prisión, cuya firmeza recayera el 19/3/2012, por tres hechos, ocurridos el 9/10/2008 (causa 562/2009), 21/11/2008 (causa 995/2009) y 7/4/2009 (causa 1221/2009).

Según surge del cómputo de fs. 15, Molina es aprehendido el 10

de abril de 2009, dictándose prisión preventiva el 13/4/2009, estando en tal calidad hasta el 20/12/2009, permaneciendo prófugo hasta el 10/4/2010, siendo nuevamente detenido, para fugarse el 23/8/2010 del Centro Cerrado "Leopoldo Lugones", siendo nuevamente detenido el 7/9/2010, disponiéndose su libertad el 15/9/2010 por resolución de la cámara de apelaciones.

Luego, ya siendo mayor de edad, resulta detenido el 22/10/10, siendo posteriormente condenado a la pena de 5 años de prisión y costas, el 23/8/2011, adquiriendo firmeza el 28/12/2012.

Que al abordarse la respuesta estatal frente a los delitos cometidos por jóvenes menores de edad, a partir de la vigencia en nuestro país de la Convención sobre los Derechos del Niño, una correcta interpretación del alcance del art. 4 de la ley 22.278 requiere no perder de vista que, de acuerdo al art. 37 de la convención aludida, **la privación de libertad es medida de último recurso y por el tiempo más breve posible** y que, conforme lo establece el art. 40 el objeto del derecho sustantivo y adjetivo en la materia, la ejecución de la pena debe estar dirigida a promover *"el fomento de su sentido de la dignidad y el valor"*, el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros *"teniendo en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad"*.

Sin dejar de olvidar que el Derecho Penal Juvenil parte de que los jóvenes deben responder por sus actos, debiéndose establecer una respuesta seria frente a infracciones de gravedad de los jóvenes, ello sin dejar de tomar en cuenta en la fijación de la sanción el principio educativo de la sanción.

Es así que surge claro **que en el derecho penal de jóvenes la respuesta punitiva es la excepción y sólo puede tener un fin**



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
MINISTERIO PÚBLICO

preventivo especial, debe destacarse que el principio educativo tiene el carácter dominante en la fijación de la sanción. Sin que con esto se quiera fundamentar la aplicación de una sanción específica en el interés superior del niño, ya que pareciera que las medidas se impondrán para hacerle un bien al menor y no como sanción, con lo que se reinstala lo esencial del paradigma tutelar, pero a través de un fraude de etiquetas. (García Perez, 2000: La Evolución del sistema penal juvenil. La Ley de Responsabilidad Penal del Menor de 2000 a la Luz de las Directrices Internacionales" en ACTUALIDAD PENAL, N° 32, 4 al 10 de Septiembre 2000 pp. 685 y 688.).-

Entonces deviene evidente que un reproche punitivo-retributivo ante los padecimientos que se ocasionó a la víctima aparece aquí como finalidad subsidiaria o subordinada.-

En esta tesitura se ha expedido el Alto Tribunal Nacional, cuando ha dicho que la razón por la que el legislador concede al juez una facultad tan amplia al momento de sentenciar a quien cometió un hecho cuando aún era menor de 18 años se relaciona con el mandato de asegurar que estas penas, preponderantemente, atiendan a fines de resocialización, o para decirlo con las palabras de la Convención del Niño, a la importancia de **promover la reintegración social del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad** y ha afirmado que: " la necesidad de la pena a que hace referencia el régimen de la ley 22.278 en modo alguno puede ser equiparado a "gravedad del hecho" o a "peligrosidad" (Maldonado, Daniel E. y Ot." considerando 22, fallo 328: 4343).-

Y agrega que "*Que el mandato constitucional que ordena que toda pena privativa de la libertad esté dirigida esencialmente a la reforma y readaptación social de los condenados (art. 5, inc. 6, CADH) y que el tratamiento penitenciario se oriente a la reforma y readaptación social de los penados (art. 10, inc. 3º, PIDCP) exige que el sentenciante no se desentienda de los posibles efectos de la pena desde el punto de*

vista de la prevención especial. Dicho mandato, en el caso de los menores, es mucho más constrictivo y se traduce en el deber de fundamentar la necesidad de la privación de libertad impuesta, desde el punto de vista de las posibilidades de resocialización, lo cual supone ponderar cuidadosamente en ese juicio de necesidad los posibles efectos nocivos del encarcelamiento."- (considerando 23).

Ahora bien, por derivación del principio de estricta racionalidad penal y bajo una interpretación teleológica del art. 40.1 de la Convención de los Derechos del Niño y art. 5.2 y 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos, lo expuesto por la Corte Suprema **adquiere efectos concretos durante la ejecución de la pena impuesta**, cuando las condiciones concretas de castigo producen efectos nocivos que desvirtúan los fines indicados de la misma.

Asimismo en Fallo 327:388 in re "Romero Cacharamé", sostendría en voto de la mayoría: "Que uno de los principios que adquiere especial hálito dentro de las prisiones **es el de legalidad**, ello por cuanto la manera en que las autoridades penitenciarias le dan **contenido concreto al cumplimiento de la pena** dispuesta por la autoridad judicial y sus sucesivas alteraciones, **pueden implicar una modificación sustancial de la condena**, y por lo tanto queda a resguardo de aquella garantía" (voto de la mayoría).

La situación de Molina, atendiendo al contenido de la pena impuesta, se advierte que la misma ha tenido un efecto que ha trascendido su integridad personal (art. 5.1 de la Convención Americana), situación que se advierte en tal cronología de hechos registrados desde el Sistema Informático del Ministerio Público (SIMP):

a) Durante el período de detención plantea que quiere reconocer a su hija, que no la inscribieron con su apellido. No recibe respuesta en la Unidad Penal, lo que motiva la tramitación desde la Defensoría General.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
MINISTERIO PÚBLICO

b) Al manifestar problemas en el penal, el 24-11-11 se pide cambio de pabellón. Manifiesta no querer estar más en el Pabellón 3 y solicita, por tener 20 años, pasar al de jóvenes adultos. Sin resolverse esa cuestión, es atacado a los 2 días en el patio de ese pabellón. Puntazo en la espalda que le lastima la pleura, es internado por casi una semana. La defensoría de ejecución lo visita en el hospital. Además es sancionado. Al regresar al penal vuelve a estar en un régimen más restrictivo, en buzones, pese a ser atacado por internos que a posteriori fueran sancionados.

c) El 7-12-11: se presenta un hábeas corpus para que no lo reingresen al pabellón 3, no se hace lugar, pero lo envían a otro pabellón bajo las mismas características, sujeto a un régimen cerrado.

d) En noviembre de 2011 se autolesiones por problemas personales. No tiene atención psicológica y requiere trabajar. No hay respuesta de la administración penitenciaria respecto de su inserción en algún programa tratamental que permita intervenir sobre la persona respecto de los problemas que manifiesta.

e) el 24-12-12 como tardaba mucho en ingresar la visita se quejó. Lo golpearon y le tiran gas pimienta en los ojos. Estuvo toda la visita con ojos irritados.

f) A fines de febrero, su hija es internada en el Garrahan. Se encuentra angustiado, comienza con la ingesta de elementos. No recibe atención médica ni psicológica. La defensoría de ejecución plantea nuevo Hábeas corpus en abril del 2013

g) En septiembre del 2013 sucede la misma situación. Se traga elementos. Se constata que no recibe atención médica o psicológica.

h) El 7-11-13 se reitera la ingesta de elementos cortantes y se autolesiona.

Que atento a tales circunstancias, se advierte que Molina no ha obtenido en todo este tiempo **ninguna intervención personalizada** que

sustancialmente permita determinar aquellos medios por los cuales se pudiera aminorar las condiciones sujetas a su angustia personal, particularmente promovida por su situación familiar y profundizada por las condiciones de encierro en la Unidad 3.

En este sentido, la ley de ejecución nacional y provincial fija reglas claras al modo en que se debe aplicar un trato digno.

El **art. 5** de la ley 24.660 señala que el tratamiento del condenado debe ser programado e individualizado (...) deberá atenderse a las condiciones personales, intereses y necesidades para el momento del egreso".

Posteriormente, el **art.6** señala que "El régimen penitenciario se basará en la progresividad, procurando limitar la permanencia del condenado en establecimientos cerrados".

Luego, bien expresa el **art. 8**, respecto del principio de igualdad de las penas, que las normas de ejecución será aplicadas sin establecer discriminación o distingo alguno en razón de (...) condición social o cualquier otra circunstancia. Las únicas diferencias obedecerán al tratamiento individualizado.

Que al ser programado dicho tratamiento, resulta ser delimitado temporalmente (**art. 13 d** ley 24.660) , siempre definida en los términos señalados en el **art. 5** de la ley 12.256, para lo cual se deben instrumentar programas de asistencia y/o tratamiento (**art. 8** ley 12.256).

Que de tales principios general de la ley de ejecución penal, cuya finalidad es reglamentar el principio de reinserción social (art. 5.6 CADH y 10.3 PIDCyP y 40.1 CDN), se advierte que durante el cumplimiento de la pena de Molina, nada de ello se ha cumplido por parte de la administración penitenciaria.

Particularmente, Molina **permanece desde hace más de tres años en un pabellón caracterizado por un régimen cerrado estricto,**



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
MINISTERIO PÚBLICO

lo cual ha sido contraproducente a la finalidad que la ley prescribe, **no acorde a su situación personal**, cuando no sólo está prohibido expresamente la permanencia en el tiempo de alojamientos en régimen cerrado, sino que, ante situaciones problemáticas como éstas, tal situación de encierro es productora de un agravamiento del nivel de angustia, en tanto si se le suma la ausencia de intervenciones psicológicas/psiquiátrica eficaz, y la ausencia de actividades estimuladoras de su desarrollo personal, todo ello ha servido para reproducir hechos de autolesiones o ingesta de elementos punzocortantes, situaciones que evidencian (o reclaman) sobre la falta de intervención efectiva.

Abundante literatura existe que permite explicar el predominio que el régimen de encierro tiene sobre la persona, más aún estando hablando de un régimen cerrado en el que ha estado sujeto Molina **sin intervención tratamental de ningún tipo**, pero peor aún, sin la intervención de tareas laborales o culturales que permita desarrollar sus capacidades individuales y con ello posibilitar su desarrollo personal (cfr. RÍOS MARTÍN, Julián C. y CABRERA CABRERA, Pedro J. *Mirando el abismo: el régimen cerrado*. Madrid, Universidad de Comillas, 2002).

Molina ha sufrido un claro aislamiento por un período por demás prolongado - más de tres años- en tanto ha permanecido todas las horas del día dentro del pabellón 3; el desarrollo de su vida, en todo ese tiempo, tuvo como mayor espacio de libertad dos horas de patio, aunque ésto solo resulta así formalmente, pues por la gran cantidad de episodios de violencia que allí se registran (es el pabellón más conflictivo del penal) los internos se la pasan "engomados" todo el día.

Que tal situación de encierro ha resultado claramente contradictoria con los fines declarados en la ejecución de la condena, por lo que, teniendo en cuenta esto, si los propósitos del proceso y del sistema penal juvenil son fundamentalmente educativos o preventivos especiales se evidencia una

situación que, producto de su distorsión por la forma de cumplimiento, explicaría que la pena no ha alcanzado los fines dispuestos y que resulta imposible de cumplir hacia el futuro.

Si bien ante ello ésta parte ha decidido una intervención eficaz en el caso mediante la libertad asistida, atendiendo al contenido del informe, lo cual nada aporta a una intervención concreta sobre el sujeto ni indica qué herramientas estarían disponibles para ofrecerse ni cómo se llevaría a cabo, ni menciona qué condiciones de alojamiento serían factibles como tampoco se introduce en la problemática del joven, eludiendo cualquier problematización del medio carcelario, lo cual cabe preguntarse si es factible considerar que se ha agotado el sentido de considerar necesaria dicha pena.

El caso de Molina es una expresión de lo que la cárcel no hace y lo que la cárcel deshace. La prisión no ha tenido ningún contenido terapéutico ni educativo sobre la marginación social de Molina, tal como surge del informe del Patronato de Liberados. Tampoco se ha abordado la situación de extrema angustia que le ha provocado la prisión como efecto en la pérdida de vinculaciones, alteración de su afectividad, su sensación de desamparo producto de la falta de respuestas, enfrentamientos violentos con personal penitenciario, sumisión ante respuestas represivas, ausencia de control sobre su propia vida, ausencia de expectativa de futuro.

Sin dudas, por los términos en que ha sido aplicada, la cantidad de castigo ha superado con creces la mensura definida en términos de privación de libertad dispuesta en la sentencia.

Esto nos lleva a reflexionar acerca de si resulta necesario continuar aplicando una pena **cuando la misma no cumple con un fin propio designado al momento de imponer la pena y que, de acuerdo a las condiciones de su cumplimiento, la misma se ha evidenciado claramente desproporcionada.**

Puede considerarse que existe una cierta coincidencia en la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
MINISTERIO PÚBLICO

doctrina en cuanto a que el ilícito culpable constituye la base de la que parte toda determinación de la pena. Su preexistencia no sólo es el presupuesto sine qua non para comenzar a analizar la posibilidad de una pena, sino que es el factor legitimante de la pregunta. Pero su sola existencia no alcanza para concluir, necesariamente, la necesidad de pena.

Justamente en este fuero se pretende escindir la declaración de culpabilidad (como autoría) de la aplicación de pena, exigiendo un tratamiento diferenciado de ambas cuestiones .Y aún desde una teoría general de la pena –no específica para este fuero especial- el principio nulla poena sine culpa no puede ser invertido, y transformado en un imperativo: nulla culpa sine pena. La pena no puede encontrar fundamento sólo en la presencia de un ilícito culpable, sino requiere algún argumento adicional: la existencia de un fin que autorice la injerencia estatal.

En la medida en que es el Estado, y no un ente trascendente, quien tiene a su cargo la actividad de imponer la pena, **tal actividad tiene que estar sujeta a los mismos principios que cualquier otra actividad estatal**, fundamentalmente, a la necesidad de que la intervención prometa algún beneficio para los integrantes de la comunidad social. **Por lo que solo es posible rechazar a la pena como un fin en sí mismo y admitirla sólo en tanto pueda lograrse con ella algún fin.** (conf. Patricia S. Ziffer, *Lineamientos de la Determinación de la Pena*, Ad Hoc, Bs As, 1996, pág. 45/6)

Es así que creemos que la función de la pena debe orientar todo el sistema penal, de manera tal que, de una u otra manera, tiene que influir en su operatividad. Tanto la previsión legal de la pena, como su imposición judicial y ejecución deben tener como punto de partida la función que la sanción penal cumple. En el plano legislativo, la determinación de la función de la pena permitiría, en primer lugar, hacer un juicio crítico sobre la legitimidad de la pena legalmente establecida. **Una pena que no se**

ajuste a su función, acorde la forma en que fuera cumplida, no podrá aceptarse aunque se encuentre prevista en la ley.

Pero esta dificultad, de la cual nuestra sistema penal de adultos no es ajeno, no es alcanzada de igual manera por el fuero de responsabilidad penal juvenil, ya que como dejamos establecido previamente **tiene una finalidad explícitamente establecida, marcadamente educativa o preventivo especial**, que evidentemente en este caso ha fracasado.

Por lo que si **la misión de la sanción juvenil** es disuadir al autor de futuros hechos punibles (con el principio de culpabilidad como limite de la condena) , en miras de **su resocialización**, o para decirlo con las palabras de la Convención del Niño, a la importancia de promover la reintegración social del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad, **cómo es posible cumplir con ella si, no sólo Molina ya registra una condena como adulto, sino que también, atento el modo de cumplimiento de la pena impuesta como menor de edad, ya han transcurridos tres años de la misma, ésta ha generado un efecto por demás desocializante que impide alcanzar tal finalidad por la cual fuera impuesta.-**

Asimismo el art. 40.1 de la CDN señala también otros propósitos que se ha de tener en cuenta para establecer la razonabilidad y proporcionalidad de la respuesta penal juvenil que no debe quedar relacionada con un hecho histórico pasado sino con la situación existente en el momento de adoptar cada decisión.

En este sistema la proporcionalidad no se agota con la adecuación al grado de culpabilidad, sino también con el grado de dolor que la pena importa, tal como lo afirmara la Corte Suprema en el caso "Maldonado" (consid. 23^o, referenciado más arriba).

Asimismo en fallo G. 763. XLVI., 14/02/2012 in re "Germano, K.", el máximo tribunal ha sostenido: "...que una pena que se ejecuta de modo



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
MINISTERIO PÚBLICO

diferente se convierte en una pena distinta y, por ende, en caso **de ser más gravosa su ejecución resulta una modificación de la pena impuesta** en perjuicio del condenado".

Lo que tal precedente implica es que la pena impuesta dentro del mínimo de irracionalidad y conforme al principio de humanidad en el momento de la sentencia, puede salirse de ese marco en el curso del tiempo en razón de la dinámica propia de la existencia y de la sociedad. Ignorar esa circunstancia es admitir, por meras razones pragmáticas e hipotéticos casos de abuso, que se ejecuten penas que han pasado a ser crueles e inhumanas. La prohibición de penas crueles e inhumanas no puede regir para los jueces en el momento de la sentencia, y ser ajenas a su potestad y deberes de control y contención en el tiempo de su ejecución o cumplimiento, situación que adquiere particulares connotaciones en este fuero.

En rigor, dejar abierta la decisión sobre la responsabilidad hasta el agotamiento de la pena es una necesidad derivada de la proporcionalidad que debe regirla para evitar una irracionalidad intolerable, que se desprende de la fijación del delito y el desarrollo temporal de la pena. De allí que la magnitud del primero no sea variable, pero la de la segunda pueda alterarse sustancialmente hasta su agotamiento (Zaffaroni-Alagia-Slokar, Derecho Penal. Parte General. Ediar, Buenos Aires, 2000, pág. 1064).

Que sujeto a un control de convencionalidad dirigido a determinar el alcance constitucional del art. 5.2 y 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos sobre la falta de necesidad de pena, exigimos una respuesta jurisdiccional derivada en los principios que regulan la legalidad y proporcionalidad y, acorde a los fundamentos indicados, se disponga la absolución de pena por neutralización de los fines pretendidos en la misma acorde al modo de su cumplimiento.

Que es doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en

términos de aplicación del derecho en relación a las condiciones concretas en que se definen las penas dentro del ámbito carcelario.

"Que esta Corte, como cabeza suprema del Poder Judicial de la Nación, **no puede permanecer indiferente** a situaciones que por su gravedad, pueden llevar a que el modo en que se hacen efectivas las detenciones durante el proceso o la ejecución de las penas, **revista el verdadero carácter de una condena accesoria que no corresponda a las aplicadas en las sentencias** que emanan de este Poder Judicial, ni a la pena establecida por ley para el delito de que se trata" (Fallos:310:2412 in re "Badín").

Por lo tanto, se debe propiciar una interpretación razonable de la ley constitucional que explique que la ejecución de la pena en el fuero de responsabilidad juvenil no se edifica exclusivamente sobre el dato normativo que se define en la privación temporal de libertad aplicada a un tiempo lineal sino que se trata de determinar cómo la aplicación de ésta, en tanto ha provocado efectos contrarios a los asignados, exigen evaluar la continuidad de su cumplimiento, producto de un juicio dinámico de la responsabilidad que está sujeto a los fines preventivo especiales de la condena, conforme se para la Corte Suprema en el precedente "Maldonado" (consid. 23) y allí se deriva razonadamente de la ley constitucional.

III.-

Por todo lo expuesto solicito que se realice una exégesis armónica y sistemática con los principios constitucionales en juego, y con las interpretaciones derivadas del alcance de las cláusulas señaladas, sumando a ello el carácter vinculante de la doctrina expuesta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se disponga la falta de necesidad de pena que fuera impuesta el pasado 14 de marzo de 2012, de conformidad con lo normado en el art. 3 y 40.1 de la Convención de los Derechos del Niño, art. 5.2 y 9 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, art. 7 del Pacto



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
MINISTERIO PÚBLICO

Internacional y art. 4 del dec. ley 22.278.

Hago reserva de caso federal, art. 14 ley 48 al estar en juego el alcance constitucional del art. 18 y 75 inciso 22 CN, como así la aplicación por los tribunales locales del control de convencionalidad, de acuerdo al planteo realizado, en función de lo normado en el art. 5.1 y 2 de la Convención Americana.

PROVEER DE CONFORMIDAD
SERÁ DERECHO.-

