

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

ALEJANDRO W. SLOWAR*

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

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

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

* Profesor de la Universidad de Buenos Aires.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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