

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

LUIS FERNANDO NIÑO*

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

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

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

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

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

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

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

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

² Fuente: diario *Ámbito Financiero*, Buenos Aires, 8-IV-58.

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

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

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

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

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

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

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

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

detenidas y condenadas de que las cárceles tienen que servir para la reeducación de delincuentes, entonces tenemos que hacer las cosas bien⁶.

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

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

Hasta aquí lo periodístico del tema. Pasemos al análisis político-criminal⁹.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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