

**RACIONALIDADES PUNITIVAS
Y EMERGENCIA PENITENCIARIA.
REFORMULACIONES A LA JUDICIALIZACIÓN DE LA PENA
A PARTIR DE LÓGICA DE LOS CAMPOS ***

PEDRO MARTÍN BISCAY - PABLO ANDRÉS VACANI **

*“Hace mucho frío como
cuando es Artaud
el muerto quien sopla”*

Antonin Artaud

*“Sin perfeccionar las leyes / Perfeccionan el rigor
Sospecho que el inventor / Habrá sido algún maldito
Por grande que sea el delito / Aquella pena es mayor...
...No es en grillos ni en cadenas / En lo que usted penará
Sino en una soledá / Y un silencio tan profundo
Que parece que en el mundo / Es el único que está”*

José Hernández, *La vuelta del Martín Fierro*

I. NUEVAS Y VIEJAS METÁFORAS

Quisiéramos comenzar el presente trabajo rescatando el sentido, la actualidad y, a la vez, la ruptura de dos metáforas sumamente gráficas del desarrollo y decodificación de la tensión modernidad-modernidad tardía ¹, respecto a la cuestión criminal, pero más puntualmente sobre la problemática carcelaria como espacio por excelencia de la representación de la penalidad y sus constantes transformaciones.

Una primera metáfora a rescatar y, a la vez, a poner en cuestión respecto de su vigencia, es aquella desarrollada por Foucault al afirmar que la

* La presente ponencia se compone de una serie de extractos, conceptos y conclusiones provisionarias de un trabajo mayor en proceso de elaboración.

** Universidad de Buenos Aires, Centro de Estudios Penitenciarios (INECIP), Grupo Pensar sin Pena.

¹ GIDDENS, Anthony, *Consecuencias de la modernidad*, Alianza, Madrid, 1993.

cárcel, como espacio de encuentro de racionalidades, permitía visualizar la convergencia de tres imágenes: la celda, el taller y el hospital ².

Tres imágenes, pero a la vez, tres momentos que concentran distintas tecnologías de poder, todas ellas encaminadas linealmente sobre el proyecto iluminista de la modernidad y de su lucha por la imposición unidimensional de sentido ³.

La cárcel como dispositivo de poder tiene una importante tarea por cumplir en ello de operar disciplinamiento social, ductilidad y utilidad sobre aquellos cuerpos refractarios a aceptar sin más las prohibiciones y mandatos del sistema de trasgresión de la modernidad ⁴.

No podemos profundizar aquí toda la serie de metamorfosis operadas a lo largo del siglo XX, pero creemos que *tal metáfora ha perdido parte de su vigencia* en el sentido de que las tres imágenes proyectadas sobre el espacio carcelario se han desvanecido o, en su caso, están francamente a la deriva.

Tres sueños y tres proyecciones políticas estranguladas en la juntura trágica del fin del modelo político welfarista y su respectiva racionalidad penal (modelos penológicos re.), del fracaso de las pretensiones desinstitucionalizadoras ⁵ (descarcerización, desmanicomialización, etc.), de la absolutización de la ideología fundamentalista de mercado y con ella la consagración del neoliberalismo económico ⁶, del surgimiento de nuevas racionalidades articuladas en torno a las nociones de *management* y riesgo social, de sus respectivas transformaciones penológicas entendidas, ahora, en términos actuariales (*new penology*) ⁷ y finalmente, la emergencia de un realismo criminológico de derecha ⁸ y la aparición de una nueva serie de prácticas y vocabularios de motivo, articulados todos ellos como populismo punitivo, lo que viene a dar lugar a una nueva serie de realidades punitivas que están reconfigurando el sentido y representación de la cuestión criminal.

² FOUCAULT, Michael, *Vigilar y castigar*, Siglo XXI, México, 1991, p. 251.

³ MARCUSE, Herbert, *El hombre unidimensional*, Planeta, Buenos Aires, 1985; HORKHEIMER, Max - ADORNO, Theodor, *Dialéctica del Iluminismo*, Sur, Buenos Aires, 1969.

⁴ FOUCAULT, Michael, *La vida de los hombres infames*, Altamira, Buenos Aires, 1996, p. 13.

⁵ COHEN, Stanley, *Visiones del control social*, PPU, Barcelona, 1998; LARRAURI, Elena, *La herencia de la criminología crítica*, Siglo XXI, 1999.

⁶ ZAFFARONI, Eugenio R., *La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal*, Del Puerto, Buenos Aires, 1999.

⁷ FEELEY, Malcom - SIMPN, Jonathan, "La nueva penología: notas acerca de las estrategias emergentes en el sistema penal y sus implicaciones", en *Delito y Sociedad*, año 4, nros. 6-7, Buenos Aires, 1995.

⁸ Véase el *dossier* "Los realistas de derecha en el pensamiento criminológico", publicado en *Delito y Sociedad*, año 10, nros. 15-16, 2001.

La segunda metáfora a la cual queremos referirnos es aquella desarrollada por Wacquant al aludir a la tentación penal en Europa ⁹ dando idea de un nuevo fantasma que avanza sobre los espacios del viejo mundo, refiriéndose al proceso de expansión de la red penal, de hiperinflación carcelaria y el nuevo lugar de la prisión como gestor de la miseria social.

Esta segunda metáfora, ligada directamente a la primera, nos permite ver —y desde allí explicar— la creciente reconfiguración de la penalidad para una modernidad tardía, dando cuenta de una serie de cambios que visualizan el avance de la insignificancia ¹⁰, la pérdida general de sentido, la caída de los grandes relatos, la deshumanización de la cuestión social y la redefinición de la praxis en términos de agregados e indicadores de mayor o menor riesgo.

El choque de ambas metáforas, y de las racionalidades inmanentes a ellas, ha redefinido al espacio carcelario como una nueva forma del holocausto, tal como sugería Nils Christie ¹¹. Sólo desde aquí puede leerse la actual emergencia carcelaria y sus usos cada vez más crecientes.

Algunas cifras nos permitirán pintar rápidamente las transformaciones penales en curso. Según el World Prison Brief, existen unas 8.700.000 personas privadas de libertad en diferentes institutos penales del mundo. Lo que muestra que la tasa de población encarcelada es de 140 detenidos cada 100.000 habitantes. El caso de EE.UU. es paradigmático, ya que encabeza el ranking de tasa de encarcelamiento con casi 700 presos cada 100.000 habitantes, habiendo un total de 2 millones 400 mil reclusos a la fecha. En las cárceles federales de nuestro país, se pasó de unas 6.100 personas privadas de su libertad en el año 1996 a unas 8.800 en el 2002, de los cuales 55% son procesados —4.700 personas—. Además, según el informe del CELS de 2002, el ámbito federal cuenta con 8.375 plazas, con lo cual se evidencia un déficit de aproximadamente 400 plazas. En la provincia de Buenos Aires la situación se expresa con mayor crudeza, se pasó de 18.200 personas privadas de su libertad en el 2000 a 24.200 en el 2002, contando tan sólo con 15.800 plazas para albergar detenidos, es decir, hay un excedente de sobrepoblación de más de 8.000 personas. En tanto que la población detenida en comisarías se triplicó en los últimos 4 años, pasando de 2.400 detenidos en 1996 a unos 7.200 a fines del 2002. Tan sólo en el área del conurbano bonaerense en el 2002 se encontraban alojados unos 5 mil detenidos en

⁹ WACQUANT, Loic, *Las cárceles de la miseria*, Manantial, Buenos Aires, 2000.

¹⁰ CASTORIADIS, Cornelius, *La institución imaginaria de la sociedad*, Tusquet, Buenos Aires, 1999.

¹¹ CHRISTIE, Nils, *La industria del control del delito ¿la nueva forma de holocausto?*, Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

comisarías, contando al efecto con una estructura edilicia de tan sólo 2 mil plazas, es decir, con un déficit de sobrepoblación de 3 mil personas.

Sobre este punto —por demás crucial— estamos ante la plena escenificación de la metamorfosis carcelaria, con un escenario claramente definido en toda su crudeza por el penitenciarismo norteamericano, y por el complejo cruce de tecnologías punitivas sobre el que se ha montado (*zero tolerance, three strikes and you're out, guide line sentences*, inocuización), *que vienen a dar cuenta del destierro definitivo y absoluto de los modelos resocializadores.*

Al mismo tiempo, ante la escena figurada por nuestra racionalidad penitenciaria de los años noventa, definida en el doble cruce de importación de los modelos ideológicos, legales y arquitectónicos del penitenciarismo europeo de los años setenta ¹² (articulado en torno a las ideas de progresividad y flexibilidad de la pena) y de desarrollo de legislaciones penitenciarias de emergencia, que niegan radicalmente los postulados rectores de cualquier intento de progresividad penitenciaria, y que poco a poco nos acercan a la escena del modelo norteamericano.

Ubicar las funciones de los operadores del sistema penal, del resto de la sociedad civil como reproductores de violencia simbólica, de los nuevos usos del derecho y de la lucha permanente por la legalidad y el respeto por los más esenciales derechos del hombre, tal como profesan la mayoría de las cartas constitucionales, son el desafío y la encrucijada que tenemos por delante todos aquellos que consideramos urgente superar el intersticio trágico descrito páginas arriba.

Creemos que no tiene mucha utilidad seguir elaborando discusiones en torno a si el modelo resocializador (reproducido hasta el hartazgo en nuestras legislaciones y en los sucesivos discursos sobre temas penitenciarios) reproduce o no una falsía. Si bien es cierto que entre el lenguaje legal re. y las prácticas penitenciarias actuales hay una profunda brecha que muestra la diferente realidad entre la cárcel legal y la cárcel real, también es cierto que entorno al lenguaje y la discursividad re., se entreteje toda una serie de prácticas, que están prescriptas en los usos que se despliegan desde la clandestinidad del texto jurídico, con lo cual, preferimos evitar dicha discusión *y profundizar la necesidad de sumergirnos en el espacio carcelario*, como escenario trágico por excelencia de la modernidad ¹³. Hacia allí reorientamos la cuestión penitenciaria.

¹² PAVARINI, Máximo, "La miseria del reformismo penitenciario", en RIVERA - SALT, *Los derechos fundamentales de los reclusos*, Del Puerto, Buenos Aires, 1999.

¹³ ADORNO, Theodor - HORKHEIMER, Max, *Dialéctica del Iluminismo*, cit.

Para dar fin a este punto sólo resta decir que la presente ponencia intenta mostrar algunas cuestiones que creemos básicas para redefinir el modo de abordar la tensión espacio carcelario-derecho penitenciario. Pero aclaramos que sólo se trata de algunas cuestiones básicas y que, por lo tanto, no pueden reflejar toda la extensión de las implicancias y consecuencias aparejadas. Desde ya, asumimos toda posible simplificación de conceptos e ideas en las que forzosamente podamos caer atento el carácter de ponencia del presente.

II. BREVES NOCIONES PARA UN NUEVO ABORDAJE SOBRE LA CUESTIÓN PENITENCIARIA

Nos parece oportuno establecer una reformulación sobre el modo en que usualmente se abordan los estudios acerca de la cuestión penitenciaria. Para ello acudiremos a una serie de herramientas sociológicas elaboradas a partir de la lógica de los campos estudiada por Pierre Bourdieu.

Creemos que ello nos permitirá enfrentar las diversas problemáticas que se juegan en el ámbito penitenciario, superando la estrategia actual de denuncia/exigencia de derechos fundamentales plasmados en un cuerpo jurídico como legalidad incuestionada.

La inserción de una contraofensiva que permita canalizar y contener las nuevas racionalidades de punición intramuros no se abastecerá meramente de injerencias normativas como *falsas fórmulas de cambio* sino de una nueva lógica que atraviese las prácticas y sus modelos de construcción.

Esto llevará a modelar una crítica al formalismo (ya fuese resocializador o normativista) no desde su falsedad ¹⁴, sino desde su utilidad misma al mantenimiento de estructuras objetivas sobre los que se modelan los actores, o sea, el mantenimiento de las estructuras que reproducen la creación y acumulación de capital entre los actores.

Modelar dicho método de análisis como cuestión de abordaje requiere redefinir el ámbito penitenciario como *campo penitenciario*, al interior del cual se van a ir desplegando toda una serie de racionalidades —muchas veces coincidentes, pero otras tantas enfrentadas— que vienen a entretejer la emergencia y nuevos usos carcelarios a que nos referíamos en el punto anterior.

En tal, sentido, siguiendo a Bourdieu, definimos campo como “escenario de relaciones de fuerza y de luchas encaminadas a transformarlas y,

¹⁴ BERGALLI, Roberto, *Los rostros ideológicos de la falsía resocializadora. El debate en España*, Doctrina Penal, 1985. También *¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?*, Instituto de Criminología, Universidad de Madrid, 1976.

por consiguiente, el sitio de un cambio permanente. La coherencia que puede observarse en un estado dado del campo, su aparente orientación hacia una función única, es resultado del conflicto y la competencia más no de una suerte de desarrollo inmanente de la estructura. Un campo no está integrado por partes o componentes. (...) Todo campo constituye un espacio de juego potencialmente abierto cuyos límites son fronteras dinámicas, los cuales son objeto de lucha dentro del mismo campo” 15.

Como puede verse, el campo no cuenta con límites ónticos delimitados de modo apriorístico, es decir, no cuenta con una delimitación espacial en sí misma, sino que, muy por el contrario, sus límites son el producto de la relación de fuerzas alcanzada por la posición y disposición de los diversos agentes que en él participan y lo constituyen, a la vez, del cruce y tamización de todo ello por el campo de poder.

Respecto de este último, nos dice Bourdieu: “el campo de poder (...) no es un campo como los demás: es el espacio de las relaciones de fuerza entre los agentes que están suficientemente provistos de uno de los diferentes tipos de capital para estar en disposición de dominar el campo correspondiente y cuyas luchas se intensifican todas las veces que se pone en tela de juicio el valor relativo de los diferentes tipos de capital” 16.

El cruce de ambos campos, sólo puede analizarse en función de los diferentes *habitus* como “sistemas de disposiciones duraderas y transferibles, estructuras estructuradas predispuestas para funcionar como estructuras estructurantes, es decir, como principios generadores y organizadores de prácticas y representaciones que pueden estar objetivamente adaptadas a su fin sin suponer la búsqueda consciente de fines y el dominio expreso de las operaciones necesarias para alcanzarlos” 17.

Esto implica que las diferentes racionalidades que se juegan dentro del campo penitenciario sólo pueden comprenderse a partir de la estructuración estructurada y, a la vez, estructurante del campo por la fuerza potencial y efectiva de las disposiciones y toma de posiciones constitutivas de los *habitus*, generadores y transformadores del campo específico. Cada agente, portador de un determinado *habitus* es a la vez un agente portador de determinada clase de capitales (desde los cuales proyecta sus acciones interesadas) 18.

15 BOURDIEU, Pierre, *Razones prácticas*, Anagrama, Buenos Aires, 1998, p. 93.

16 BOURDIEU, Pierre, *Respuestas para una antropología reflexiva*, Grijalbo, Buenos Aires, p. 69.

17 BOURDIEU, Pierre, *Razones...*, cit., p. 50.

18 Se distinguen tres formas propias: capital económico, capital social y capital cultural. Cualquiera de estas tres formas puede adquirir la forma de capital simbólico. Siendo la realidad social un conjunto de relaciones de sentido, que constituyen la dimensión simbólica del orden social, el capital simbólico es la energía social basada en esas relaciones de sentido. Este capital, dice Bourdieu, se funda

El capital de los agentes intervinientes en el campo penitenciario es una mezcla de capital económico, capital cultural (posesión de un tipo de información valorada en el espacio social) y capital social (suma de recursos actuales y virtuales que acumula un individuo, configura una red de generación de capital). Estos factores dan cuerpo y sentido al capital simbólico, como forma de capital respecto del conjunto de mecanismos, de prácticas que se dan en el interior del campo, como forma de capital objetivado y codificado en relaciones jurídicas ¹⁹.

Estos agentes que participan en el campo penitenciario no son otros que los jueces de ejecución, la Fuerza de Seguridad Penitenciaria, los miembros de los consejos o juntas correccionales, el Ministerio Público Fiscal y de la Defensa ²⁰. Todos ellos disputan el sentido de la acción y racionalidad penitenciaria, vehiculizando los usos y abusos de la violencia estatal ejercida en distintas dosis y legitimada bajo el manto racional del monopolio del derecho.

III. NUEVAS CLAVES Y NUEVOS DESAFÍOS EN TORNO A LA JUDICIALIZACIÓN DE LA EJECUCIÓN PENAL

Quisiéramos, a partir de los conceptos esbozados brevemente en el punto previo, aproximar una redefinición del principio de judicialización de la pena, a la luz de la propia dinámica del campo penitenciario y los diferentes *habitus* y disposiciones que juegan en él.

Para ello, entendemos que el principio de judicialización debe quedar redefinido como *judicialización negativa*, entendiendo por ello el proceso mediante el cual los agentes pertenecientes al campo ingresan al ámbito jurisdiccional todos los datos ónticos de la realidad carcelaria.

Este proceso progresivo, continuo y constante constituiría un instrumento reduccionista que permitirá hacer frente al conjunto de implicancias operadas por la racionalidad constitutiva del normativismo y discurso resocializador/disciplinante, a partir de la incorporación del dato de realidad

en la necesidad que tienen los seres humanos de justificar su existencia social por intermedio de sus prácticas. Cfr. BOURDIEU, Pierre, *El oficio del sociólogo*, Amorrortu, Buenos Aires, 1996.

¹⁹ BOURDIEU, Pierre, *Razones...*, cit.

²⁰ El posicionamiento dentro del campo de dichos actores confiere entre éstos un dinámico flujo de relaciones objetivas (independiente de cualquier conciencia y voluntad individual) determinado por la distribución de diferentes especies de capital que definen su posición en el campo. La acumulación de capital otorga al campo una creencia, que modelará el *habitus* de éstos respecto a su propia búsqueda de capital específico. Esto determinará que entre las partes exista un reconocimiento implícito que no se pondrá en tela de juicio.

como principal arma de refutación, tutela y ejercicio de la garantía del derecho de defensa en juicio.

Asimismo, y como *estrategia de intervención* sobre las lógicas propias del campo penitenciario, la judicialización negativa de la ejecución penal se propone el desafío de redefinir el sentido de los *habitus* penitenciarios, para dar lugar a una nueva estructuración del campo, dado que “*el habitus es una capacidad infinita de engendrar en total libertad (controlada) productos —pensamientos, percepciones, expresiones, acciones— que tienen siempre como límites las condiciones de su producción*”²¹.

Es decir, formular la judicialización en términos negativos implica una toma de posicionamiento político constitucional en la medida de su postulación como multiplicidad de capitales económicos, culturales, políticos, tendientes a introyectar en el campo penitenciario la efectiva garantización de los derechos fundamentales.

La consecución de tal fin requiere, indefectiblemente, *un cambio metodológico* que refleje la interacción encubierta entre racionalidad jurídica y racionalidad materializada en las prácticas, procurando para el efectivo ejercicio de derechos fundamentales redefinir la introducción de nuevas prácticas que interfieran y redefinan el *habitus* de los agentes como nueva predisposición de éstos en el campo.

Definitivamente, aquellos que procuran y se limitan a realizar nuevas formulaciones normativas sin procurar interferir en la multiplicidad de las prácticas, sólo contribuyen al reforzamiento de la función ideológica²² que tales dispositivos normativos vienen a ejercer. Ante ello, el esbozo de una judicialización negativa de la pena *no parte ni culmina en el círculo hermenéutico del texto jurídico*, pues es ya sabida la serie de consecuencias inmanentes que trae aparejada la clandestinidad del mismo²³.

Muy por el contrario, implica el diseño de *una praxis constituida y constitutiva por la asunción del dato óptico* y por su deconstrucción del modo siguiente:

a) La judicialización negativa de la pena no implica la constitución e identificación con la jurisdiccionalidad.

b) La judicialización negativa de la pena exige el desafío de abrir el telón a nuevos actores para que éstos ingresen al escenario trágico del acontecimiento carcelario.

²¹ BOURDIEU, Pierre, *El sentido práctico*, cit., p. 96.

²² BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica y crítica al derecho penal*, Siglo XXI, México, 1996.

²³ MURILLO, Susana, *Alienismo y modelo correccional. La paradoja del control social*, Buenos Aires, 2001.

c) La judicialización negativa de la pena implica desarrollar técnicas de intervención específicas, que se propongan como misión la decodificación de los ritos de institución propios del campo penitenciario.

Tal deconstrucción del dato de realidad permitiría actuar *una trilogía de poder contraofensivo* y, desde allí, intentar llevar a cabo un cambio de posicionamiento dentro del campo penitenciario.

1. La judicialización negativa debe implicar a la jurisdiccionalidad, pero no puede limitarse a ella, pues es evidente que la existencia de jueces de ejecución (jueces de garantías o del tribunal competente) no garantiza de por sí el goce efectivo de los derechos fundamentales de los reclusos ni tampoco devienen constituidos materialmente. Debe producirse una amplificación a fin de dar lugar a nuevos posibles actores de intervención; el control no puede recaer como tarea exclusiva y excluyente del juez.

2. Debe permitirse la entrada de nuevos actores al campo penitenciario, a través de la participación extramuro del interno y la intervención interagencial.

Esto exige mantener un flujo de información/comunicación de la sociedad a la cárcel y viceversa, a fin de optimizar las relaciones personales y los lazos sociales permanentes entre el interior y el exterior, permitiendo *generar espacios de canalización de demandas fuera del filtro y capitales propios de la agencia penitenciaria*.

Ni más ni menos, se busca romper la afinidad electiva entre aquellos *habitus* de los distintos agentes, que aun siendo diferentes y por tanto orientados en la producción y búsqueda de capitales simbólicos (y beneficios) diversos, orientan el sentido y dotan de una dinámica propia al campo penitenciario, palmariamente alejada de los postulados constitucionales y, por tanto, de las funciones y deberes asignados normativamente como constitutivos del propio capital jurídico del que están investidos.

Estas prácticas convergentes que tienen un ajuste previo respecto a las necesidades y probabilidades inherentes al campo penitenciario, *deben ser destituídas por nuevas injerencias que desde el afuera canalicen verdaderas demandas e instrumentalicen una nueva función del derecho*.

De lo contrario, dicha situación llevará a los prisioneros a aceptar las condiciones de encierro en las que se encuentran y a que sus derechos sean violados sistemáticamente como una situación natural y dada, quitándosele la posibilidad de articulación de demandas específicas y esenciales, de afuera hacia dentro del campo penitenciario.

Las asociaciones intermedias, organizaciones no gubernamentales, asociaciones de familiares de detenidos, podrían actuar como receptores y solventadores directos de las necesidades de los internos.

De modo final, permitiría generar nuevos vínculos con el afuera como parámetro rector de *reducción de vulnerabilidad*, ello a pesar de la existencia del espacio carcelario. Así, el tratamiento penitenciario invierte su significación, dejando atrás todo pronóstico alquimista formulado en términos re., y se reformula como deber estatal de ofrecer y asegurar debido trato (resistencia intramuros) configurado como un conjunto de actividades intersubjetivas y materiales (interno, sociedad y prestación positiva del Estado) que, corresponsabilizadas por el interesado (respecto al ámbito de reserva y libre consentimiento) y con su medio familiar, permiten una continua proyección con el afuera atendiendo a las condiciones que extramuro determinan su aspecto positivo (de prestación) y negativo (de no lesión) ²⁴.

3. La decodificación de los ritos de institución carcelarios ²⁵, implica *hacer jugar las complejas dinámicas del derecho positivo en el espacio mínimo de sus contradicciones*, aprovechando tales espacios para enfrentar en una dialéctica heraclítea, esto es de tensión permanente de opuestos sin posibilidad de síntesis superadora, la función del derecho como fundador/conservador de violencia ²⁶, y su utilización como elemento constitucional de reducción de la violencia estatal, a partir del respeto y defensa del programa constitucional (CN, arts. 1, 18, 19, 28, 31 y 75, inc. 22).

Ello implica fortalecer *el dato de realidad como mandato de certeza* ante la incoherencia de la política penitenciaria, a la vez que reinterpretar el ideal resocializador como obligación del Estado de otorgar medios necesarios para fortalecer la autonomía del prisionizado (nuevamente: debido trato). A su vez, implicaría limitar los presupuestos abarcativos, vagos e imprecisos a través de la constitución de *estándares objetivos de detención* ²⁷ como redefinición del contenido concreto de la obligación estatal.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.

²⁵ Toda la progresividad del régimen penitenciario está huérfana de mecanismo de protección para el interno ante la disolución de todo nivel de legalidad. Resulta relevante ver la importancia no menor que esto tiene si el avance de la progresividad del régimen se encuentra sujeto a la determinación de las opiniones dadas por la administración penitenciaria. Al respecto arts.13, 17, 23, 28, 100 y 104, ley 24.660; arts.17, 20, 23, 27 35, 49 a 65, dec.-ley 396/1999 Régimen de Modalidades Básicas.

²⁶ BENJAMÍN, Walter, *Para una crítica de la violencia. Iluminaciones IV*, Taurus, Buenos Aires, 1999.

²⁷ Éstas deberán programarse teniendo en cuenta: superficie por interno; aireación; iluminación; cantidad mínima de sanitarios por pabellón; cantidad mínimas de duchas con agua caliente por interno; cantidad de camas por interno; contacto con el aire libre; acceso médico; posibilidad de acceso

No se trata solamente de perfeccionar el control judicial, ni de asumir como única vía posible la importante tarea de reinterpretar los principios constitucionales dentro de un proceso respetuoso de los derechos fundamentales, sino de *insertar un programa de lucha* —propósitos y perspectivas— que tenga como objeto equilibrar la tensión entre legitimidad y legalidad, a la vez de disputar la consistencia del derecho como dispositivo de poder ²⁸.

El campo penitenciario nos pone ante una disociación clave: el carácter positivo de las normas producidas, aquello que dicen regular y definir, permite ocultar toda una serie de consecuencias, de modo que la producción práctica del discurso normativo petrifica la fuerza de ley del texto jurídico.

La norma queda rígida frente a la actuación de los actores dentro del campo, puesto que delimita el marco de acción, pero sobre el mismo, y en base a la utilización selectiva y combinada de los códigos y ritos de institución, se introducen los agentes con sus posiciones de juego redefiniendo una dinámica propia al campo, más allá de la establecida por la pretensión de legalidad formal, la cual queda sustituida por una nueva legalidad laberíntica.

Nos referimos con ello al *capital jurídico*, forma paradigmática de la codificación de capitales simbólicos, el cual implica asumir una serie de mecanismos particulares que se traducen en una serie de eufemismos que,

actividades laborales, educativas, culturales. Esto exige adecuar la judicialización a los postulados objetivos ofrecidos por las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (principalmente reglas nros. 10, 12, 13, 15 y 21), la ley 24.660 (arts. 59, 74, 81 a 83 y 124), la ley 12.256 (arts. 4, 9, 31 a 39, 80, 87, 88 y 153), y art. 26 del Reglamento de Detenidos de la Policía de la Provincia de Buenos Aires. Dicho reglamento también puede ser utilizado para determinar parámetros objetivos. Éste establece que “Los calabozos a que hace referencia esta Reglamentación deberán poseer las siguientes condiciones mínimas de construcción y seguridad: a) Celdas individuales: 2,80 mts. de largo por 2,00 mts. de ancho por 2,50 mts. de alto; b) Celdas comunes: 4,80 mts. de largo por 4,80 de ancho por 2,50 mts. de alto; c) Toda celda deberá asegurar luz solar y ventilación directa...”. Para el ámbito nacional, el art. 59 de la ley 24.660 establece: “El número de internos de cada establecimiento deberá ser preestablecido y no se lo excederá a fin de asegurar un adecuado alojamiento. Todos los locales estarán siempre en buen estado de conservación. Sus dimensiones guardarán relación con su destino y los factores climáticos”.

²⁸ “Diversas reglas de derecho hacen funcionar las relaciones de poder para producir discursos de verdad (...), por un lado estamos sometidos a la producción de verdad del poder y no podemos ejercer el poder sino a través de la producción de verdad también en el sentido de que la verdad hace la ley, produce el discurso verdadero que al menos en parte decide, transmite, lleva adelante él mismo efectos de poder”. Cf. FOUCAULT, Michael, “Poder, discurso y verdad”, en *Genealogía del racismo*, De la Piqueta, Madrid, 1992.

al designar aquello que cuestiona las prácticas (realismo), permite desentenderse de la conflictividad a que hace referencia (normativismo) ²⁹.

Es decir, el campo penitenciario funciona como campo burocrático, en la medida que la cohesión de los *habitus* entre agentes (fuerza de seguridad penitenciaria) e interpretes (judicatura, ministerio público) se encuentra redoblada por la disciplina de un cuerpo jerarquizado —que define propiamente la institución penitenciaria y judicial— que utiliza procedimientos codificados y convergentes como estrategias de universalización y coherencia estable, lo que Bourdieu llama *violencia simbólica* ³⁰.

Esta violencia simbólica se configura como monopolio y se asocia al producto de capital que le aporta a los agentes de este campo burocrático, por el cual luchan en procuración de esta forma particular de poder que es el poder de regir una esfera particular de prácticas de castigo, ya sea mediante resoluciones judiciales, leyes, reglamentos, medidas administrativas, etcétera.

Pretender el desafío de variar dicha dinámica del campo penitenciario exige *adoptar una nueva concepción que visualice la legalidad a la luz del funcionamiento del campo*, para introducir variables a sus disposiciones. Para ello, la legalidad debe dejar de ser meramente formal (vigencia de la norma) y debe adquirir un sentido sustancial (validez de las normas), donde no es el derecho el que puede ser concebido como instrumento de la praxis judicial, sino al contrario, *es la dinámica del campo penitenciario la que ha de ser asumida como instrumento para la actuación del derecho* como instrumento ofensivo, donde sólo así por la propia regulación de la praxis jurídica a los principios constitucionales y derechos fundamentales, la democracia adquiere una dimensión sustancial sobre la base de una coherencia constitucional.

²⁹ Dicho agente judicial y penitenciario han interiorizado, al término de un prolongado y complejo proceso de entrenamiento y condicionamiento, las oportunidades objetivas que le son ofrecidas y saben identificar el porvenir que les corresponde, que como dice Bourdieu, está hecho para ellos y para lo cual ellos están hechos mediante anticipaciones prácticas. Cfr. BOURDIEU, Pierre, *El oficio del sociólogo*, Anagrama, 1996.

³⁰ Así, la violencia simbólica se define como una violencia que se ejerce sobre los individuos con su propia complicidad. Existe una diversidad de formas en las que se ejerce la violencia simbólica: cada campo es un lugar de ejercicio de la violencia social. El campo jurídico penal determina esta violencia en los procesos de racionalización, la profesionalización y la burocratización de sus agencias estatales (policial, judicial y penitenciaria). Estos procesos determinan una práctica administrativa en donde los operadores intentan actuar sin enojo ni entusiasmo, con toda neutralidad tendientes a evitar todo juicio moral. Weber afirma que dichas organizaciones se vuelven deliberadamente “deshumanizadas” y, en tanto que se aproximan a este ideal, logran “eliminar del campo oficial, el amor, el odio y todos los elementos irracionales y emocionales”. Al respecto WEBER, Max, *Historia económica general*, México, 1964, ps. 286/288.

Este paradigma nos desata hacia el combate que como *conditio sine qua non* exige develar la relación entre normativismo y realismo jurídico ³¹, sus escenarios, sus actores y sus prácticas que fundan las funciones latentes de las agencias penales sobre la determinación manifiesta de la norma (la legalidad como laberinto). Sólo desde aquí podremos abordar la brecha existente entre vigencia y validez de la norma, adoptando un papel crítico frente al derecho vigente — y olvidándolo como un indicador moral— para afianzarlo hacia la construcción de nuevas prácticas en defensa del orden constitucional, lo que exige concebir al campo penitenciario como permanente espacio de lucha.

³¹ FERRAJOLI, Luigi, “El garantismo y la filosofía del derecho”, en *Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho*, nro. 15, Bogotá, 2001.