

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

La necesidad de investigar la prisión (desde afuera y desde adentro) para transformarla. Sobre unas modestas experiencias en el ámbito de la Universidad de Buenos Aires

The necessity of prison studies (from within and outside) to change it. Some modest experiences in University of Buenos Aires

Gabriel Ignacio Anitua

VOLUME 8 • Nº 1 • ABR • 2018

POLÍTICAS PÚBLICAS E BOAS PRÁTICAS PARA O SISTEMA PENAL

Sumário

I. DOSSIÊ ESPECIAL: POLÍTICAS PÚBLICAS E BOAS PRÁTICAS PARA O SISTEMA PENAL	19
PENAL ABOLITIONISM AND REFORMISM REVISITED	21
Roger Matthews	
A FORMULAÇÃO DA AGENDA POLÍTICO-CRIMINAL COM BASE NO MODELO DE CIÊNCIA CONJUNTA DO DIREITO PENAL	37
Mário Lúcio Garcez Calil e José Eduardo Lourenço dos Santos	
TRIAL WITHOUT UNDUE DELAY: A PROMISE UNFULFILLED IN INTERNATIONAL CRIMINAL COURTS.....	55
Cynthia Cline	
CONSTITUIÇÃO, STF E A POLÍTICA PENITENCIÁRIA NO BRASIL: UMA ABORDAGEM AGNÓSTICA DA EXECUÇÃO DAS PENAS	90
Bruno Amaral Machado e Rafael Seixas Santos	
PREVENÇÃO ESPECIAL NEGATIVA DA PENA: O TERRENO FÉRTIL PARA A IMPLEMENTAÇÃO E DIFUSÃO DA LÓGICA ATUARIAL NO SUBSISTEMA JURÍDICO-PENAL.....	114
Paulo Afonso Cavichioli Carmona e Flávia Nunes de Carvalho Cavichioli Carmona	
A RELAÇÃO ENTRE CRIMINOGENESE E PRÁTICAS PENAIS E O DEBATE SOBRE A TEORIA DA AÇÃO ENTRE SUBJETIVISTAS E OBJETIVISTAS	128
André Leonardo Copetti Santos e Douglas Cesar Lucas	
A PRIVATIZAÇÃO DE PRESÍDIOS E A IDEIA NEOLIBERAL DE CRIAÇÃO DE UM ESTADO MÍNIMO ...	163
Gina Marcilio Vidal Pompeu e Carlos Lélío Lauria Ferreira	
LA NECESIDAD DE INVESTIGAR LA PRISIÓN (DESDE AFUERA Y DESDE ADENTRO) PARA TRANSFORMARLA. SOBRE UNAS MODESTAS EXPERIENCIAS EN EL ÁMBITO DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES.....	179
Gabriel Ignacio Anitua	
AMBIENTE URBANO E SEGURANÇA PÚBLICA: CONTRIBUIÇÕES DAS CIÊNCIAS SOCIAIS PARA O ESTUDO E A FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS CRIMINAIS.....	195
Sergio Francisco Carlos Sobrinho, Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira e Airton Guilherme Guilherme Berger Filho	
ECOCÍDIO: PROPOSTA DE UMA POLÍTICA CRIMINALIZADORA DE DELITOS AMBIENTAIS INTERNACIONAIS OU TIPO PENAL PROPRIAMENTE DITO?	210
Djalma Alvarez Brochado Neto e Tarin Cristino Frota Mont' Alverne	

A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO POLÍTICA PÚBLICA ALTERNATIVA AO ENCARCERAMENTO EM MASSA	228
Selma Pereira de Santana e Carlos Alberto Miranda Santos	
A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO INSTRUMENTO DE FORTALECIMENTO DA CULTURA DE PAZ: UMA NOVA PERSPECTIVA PARA A EXECUÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS NO BRASIL	244
Charlise Paula Colet Gimenez e Fabiana Marion Spengler	
THE INTERNATIONALIZATION OF CRIMINAL LAW: TRANSNATIONAL CRIMINAL LAW, BASIS FOR A REGIONAL LEGAL THEORY OF CRIMINAL LAW.....	261
Nicolás Santiago Cordini	
CRIMES NA INTERNET E COOPERAÇÃO INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL ENTRE BRASIL E ESTADOS UNIDOS.....	277
Guilherme Berti de Campos Guidi e Francisco Rezek	
O PAPEL DA INTELIGÊNCIA FINANCEIRA NA PERSECUÇÃO DOS CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO E ILÍCITOS RELACIONADOS.....	290
Antonio Henrique Graciano Suxberger e Rochelle Pastana Ribeiro Pasiani	
POLÍTICA PÚBLICA DE SEGURANÇA DILACERADA: O EXEMPLO DA LEI 13491/2017 E SUAS CONSEQUÊNCIAS PENAIS E PROCESSUAIS PENAIS.....	320
Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro	
ATENDIMENTO INTEGRAL À VÍTIMA: A SEGURANÇA PÚBLICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL	337
Waléria Demoner Rossoni e Henrique Geaquinto Herkenhoff	
DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS RELAÇÕES ESPECIAIS DE SUJEIÇÃO.....	361
Pedro Adamy	
O NEAH E A ATENÇÃO AO AUTOR DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER EM BELÉM.....	378
Luanna Tomaz Souza, Anna Beatriz Alves Lopes e Andrey Ferreira Silva	
BOTÃO DO PÂNICO E LEI MARIA DA PENHA.....	397
Ludmila Aparecida Tavares e Carmen Hein de Campos	
O QUE PENSAM AS JUÍZAS E OS JUÍZES SOBRE A APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA: UM PRINCÍPIO DE DIÁLOGO COM A MAGISTRATURA DE SETE CAPITAIS BRASILEIRAS.....	422
Marília Montenegro Pessoa de Mello, Fernanda Cruz da Fonseca Rosenblatt e Carolina Salazar l'Armée Queiroga de Medeiros	
UMA SALA COR-DE-ROSA: A POLÍTICA PÚBLICA DE GÊNERO PREVISTA NA LEI 11.340/2006 NA CIDADE DE PIRAQUARA – PARANÁ.....	450
Priscilla Placha Sá e Jonathan Serpa Sá	

A PRÁTICA DA MISTANÁSIA NAS PRISÕES FEMININAS BRASILEIRAS ANTE À OMISSÃO DO DIREITO À SAÚDE E A NEGAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA.....	473
Elias Jacob de Menezes Neto e Tiago José de Souza Lima Bezerra	
REPRESENTAÇÕES SOCIAIS NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL: PROTEÇÃO NORMATIVA E POLÍTICAS PÚBLICAS PARA O APENADO LGBT	495
Mariana Dionísio de Andrade, Marina Andrade Cartaxo e Daniel Camurça Correia	
CALONS: REDEFININDO AS FRONTEIRAS DOS DIREITOS HUMANOS E DO SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL	515
Phillipe Cupertino Salloum e Silva e Marcos José de Oliveira Lima Filho	
AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO BRASIL: UMA JANELA PARA A MELHORA DO CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL.....	531
Carolina Costa Ferreira e Gabriel Antinolfi Divan	
A ATUAÇÃO DO AGENTE PENITENCIÁRIO COMO BUROCRATA DE NÍVEL DE RUA: PARA ALÉM DA DISCRICIONARIEDADE.....	551
Thaís Pereira Martins e Camila Caldeira Nunes Dias	
QUANDO A LUTA ANTIMANICOMIAL MIRA NO MANICÔMIO JUDICIÁRIO E PRODUZ DESENCARCERAMENTO: UMA ANÁLISE DOS ARRANJOS INSTITUCIONAIS PROVOCADOS PELA DEFENSORIA PÚBLICA NO CAMPO DA POLÍTICA PÚBLICA PENITENCIÁRIA E DE SAÚDE MENTAL ...	574
Patricia Carlos Magno e Luciana Boiteux	
PENAS ALTERNATIVAS PARA PEQUENOS TRAFICANTES: OS ARGUMENTOS DO TJSP NA ENGRENAGEM DO SUPERENCARCERAMENTO	605
Maíra Rocha Machado, Matheus de Barros, Olívia Landi Corrales Guaranha e Julia Adib Passos	
II. OUTROS TEMAS	630
AÇÃO POPULAR POR OMISSÃO LESIVA AO MÍNIMO EXISTENCIAL (MORALIDADE) E CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS: NOVOS HORIZONTES DESVELADOS PELA JURISPRUDÊNCIA DO STJ E DO STF NO PARADIGMA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	632
Luciano Picoli Gagno e Camilo José d'Ávila Couto	
AS PRÁTICAS DE JURIDICIDADE ALTERNATIVA NA AMÉRICA LATINA: ENTRE O REFORMISMO E O IMPULSO DESESTRUTURADOR A PARTIR DE STANLEY COHEN	649
Jackson da Silva Leal	
DISTINÇÃO INCONSISTENTE E SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	668
Patrícia Perrone Campos Mello e Paula de Andrade Baqueiro	

DEMOCRATIZAÇÃO DO ORÇAMENTO PÚBLICO PELA DA LEGALIDADE, LEGITIMIDADE E ECONOMICIDADE	690
Rafael Antonio Baldo	
A TRANSPARÊNCIA DA POLÍTICA MONETÁRIA E A SUA LIMITAÇÃO AOS OBJETIVOS CONSTITUCIONAIS.....	707
Marcelo Quevedo Do Amaral	
GESTÃO DOS ESPAÇOS MARINHOS NO CONTEXTO DAS ENERGIAS MARINHAS RENOVÁVEIS	726
Tarin Frota Mont`Alverne e Maira Melo Cavalcante	
A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO ANTE OS RISCOS ADVINDOS DAS NOVAS TECNOLOGIAS BÉLICAS	746
Alice Rocha da Silva e Mario Abrahão Antônio	
A ESCOLHA DO ESTADO BRASILEIRO PELO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: O DEVER DE FINANCIAR MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO.....	767
Andre Studart Leitão, Thiago Patrício de Sousa e Alexandre Antonio Bruno da Silva	
POR QUE A ÁREA DO DIREITO NÃO TEM CULTURA DE PESQUISA DE CAMPO NO BRASIL?	782
Fayga Silveira Bedê e Robson Sabino de Sousa	

La necesidad de investigar la prisión (desde afuera y desde adentro) para transformarla. Sobre unas modestas experiencias en el ámbito de la Universidad de Buenos Aires*

The necessity of prison studies (from within and outside) to change it. Some modest experiences in University of Buenos Aires

Gabriel Ignacio Anitua**

RESUMEN

Se pretende destacar la importancia de las investigaciones sobre el campo de la prisión, que no casualmente es reacio a ser visibilizado. Se asume el compromiso político de esa investigación, necesaria para la transformación como se demuestra con la asunción de la realidad por la jurisprudencia. Se comentan dos investigaciones realizadas por el autor en la Universidad de Buenos Aires.

Palabras clave: Prisión. Investigaciones. Sobrepoblación penitenciaria. Jurisprudencia realista. Visibilización.

ABSTRACT

The purpose is remark the importance of investigations on the prison field, which is not accidentally reluctant to be seen. It is obvious the political commitment of that research, necessary for the transformation as demonstrated by the assumption of reality by the jurisprudence. Two researches made by the author at the University of Buenos Aires are commented here.

Keywords: Prison. Research. Mass incarceration. Realistic jurisprudence. Visibility.

1. UN CASTIGO LEGAL REACIO A SER INVESTIGADO

Nos parece fundamental, y aquí vamos a insistir en la necesidad de, realizar investigaciones sobre esa herramienta punitiva que ha recurrido, desde hace doscientos años, a la privación de la libertad como casi sinónimo del castigo legal.

Destacamos esa historicidad para dar cuenta de la no naturalidad de esa forma material del castigo, así como para señalar algunos de los problemas que asumimos conlleva la prisión desde su origen. No deja de ser paradójico que la aparición de la pena privativa de la libertad coincide con el momento

* Artículo convidado

** Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona, Master “Sistema penal y problemas sociales” de la Universidad de Barcelona, Diploma de Estudios Avanzados en Derecho Penal en la Universidad del País Vasco, Abogado por la Universidad de Buenos Aires y Licenciado en Sociología por la misma Universidad. Becario pre-doctoral del Gobierno Vasco, en la UPV de San Sebastián (1997-1999), y post-doctoral de la Fundación Humboldt, en la Johann Wolfgang Goethe de Frankfurt (2004-2005). Trabaja como Profesor titular de Derecho Penal y Política Criminal en la Universidad Nacional de José C. Paz y como adjunto regular en el Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Buenos Aires, y del posgrado en esa misma Universidad, entre otras. Actualmente, también como Defensor Público Oficial ante los Tribunales Orales en lo Criminal de la Ciudad de Buenos Aires. Email: ganitua@derecho.uba.ar

en que la libertad se convierte en bien fundamental, incluso supremo si asociamos, tal como lo hiciera por ejemplo Kant, la idea de libertad con la de la autonomía y la dignidad humana. Más que paradójico, se ha pretendido ver en ello una suerte de explicación. Por ejemplo, Elías Neuman señaló que “La ideología del individualismo liberal que destaca a la persona humana por la misma virtualidad de ser y que proyecta los postulados de igualdad, fraternidad y libertad, tuvo una concreta y definitiva influencia en las ciencias penales. ... El reconocimiento jurídico-social de la libertad permitiría recién, en sentido estricto, hablar de la sanción penal que la restringe o la limita”¹.

En todo caso, aun restringiendo el concepto de libertad a su concreción práctica de la libertad ambulatoria, y atendiendo más a las circunstancias materiales que a las de los pensamientos legitimadores o limitadores, lo cierto es que cuando resultan necesarias algunas libertades de paso para personas y mercaderías, también se descubre la posibilidad de que algunas personas se vean precisamente privadas de esas capacidades, con evidentes y diversas finalidades políticas y económicas. Pero en cantidades que ya no respondiesen a necesidades biológico-económicas, pues como nos señalan Rusche Y Kirchheimer², ese momento también es el fin del de las casas de corrección. En todo caso, con indudable finalidad simbólica y también una nueva materialidad. Como dijese Foucault: “las Luces que descubrieron las libertades, también inventaron las disciplinas”³.

Por otro lado, la materialidad del castigo no se limitó entonces a la mera privación de la libertad ambulatoria, y en verdad nunca dejó de ser un tipo de pena corporal (similar en parte a sus precedentes como las penas de galeras, minas o fortines)⁴.

El bien jurídico “libertad” en la práctica va a estar relacionado con los otros bienes y derechos, y eso se verifica cada vez en mayor medida. Pero para poder afirmar ello son muy necesarias las investigaciones empíricas. Las descripciones de la cárcel real en nuestro “aquí y ahora”.

La criminología o la sociología de la prisión justifica que, pese a las declaraciones normativas que señalan que a los reclusos sólo se les ha de privar de su libertad, se realicen investigaciones para demostrar que todos y cada uno de sus derechos fundamentales (a la vida, a la salud y a la integridad física y psíquica, a la defensa, al trabajo remunerado, al respeto de su vida privada, al secreto de su correspondencia, etc.) se encuentran, por lo menos, “devaluados” en comparación con los mismos cuando se refieren a quienes viven en libertad, incluso en su acepción jurídica⁵.

Creemos que esa investigación sobre la materialidad de las relaciones producidas o reguladas por el derecho es fundamental en todos los casos. Pero especialmente es necesaria en esta materia pues “el efecto más importante quizá del sistema carcelario y de su extensión mucho más allá de la prisión legal, es que logra volver natural y legítimo el poder de castigar, y rebajar al menos el umbral de tolerancia a la penalidad. Tiende a borrar lo que puede haber de exorbitante en el ejercicio del castigo”⁶.

De allí la necesidad de “desnaturalizar” esta concreta expresión de la punitividad, de ponerla en el contexto histórico y valorarla desde el lugar de quienes la sufren. Seguimos así las indicaciones de evaluar a esta forma de castigo de acuerdo a su “propia época, por los que experimentan el dolor, conforme a su vida cotidiana y a las demás personas, y a la luz de lo que consideraban como sus pecados”⁷. Con una especial atención a esos elementos que “parecen capaces de neutralizar lo que debía de haber sido un dolor agudo, o de agravar un dolor de poca importancia”⁸.

1 NEUMAN, E. *Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes carcelarios*. Buenos Aires: Pannedille, 1971. p. 43.

2 RUSCHE, G.; KIRCHHEIMER, O. *Pena y estructura social*. Bogotá: Temis, 1986.

3 FOUCAULT, M. *Vigilar y Castigar*. Nacimiento de la Prisión. Buenos Aires: Siglo XXI, 1998. p. 222.

4 ANITUA, G. I. *Historias de los pensamientos criminológicos*. Buenos Aires: Didot, 2015. p. 102.

5 RIVERA BEIRAS, I. *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos*. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría. Barcelona: J. M Bosch, 1997.

6 FOUCAULT, M. *Vigilar y Castigar*. Nacimiento de la Prisión. Buenos Aires: Siglo XXI, 1998. p. 308.

7 CHRISTIE, N. *Los límites del dolor*. México: Fondo de Cultura económica, México, 1984. p. 11.

8 CHRISTIE, N. *Los límites del dolor*. México: Fondo de Cultura económica, México, 1984. p. 13.

Esa aparente paradoja, esa insatisfactoria explicación, esa empatía imposible, entonces, adquiere características definitorias de una institución presente y que precisa ser analizada. Como dijera Pavarini “la historia de la cárcel se inscribe pues en la historia más amplia de la hipocresía: tiene algo que ver con la censura sobre las palabras obscenas y sobre los espectáculos inconvenientes, con el ocultamiento por sentimientos de decencia de las manifestaciones de la corporalidad humana”⁹.

La historia de esa concreta hipocresía, así como sus continuidades, otorga pistas para unas realidades que justifican ser estudiadas con finalidades expresamente políticas.

2. LA FINALIDAD DE LLEGAR A LA POLÍTICA JURISPRUDENCIAL

La importancia de esa constatación es que, con buena fe, debe de ser reconocida por los operadores judiciales, y así, además del necesario reconocimiento que debería de hacer el mismo legislador, por el derecho en acto. Y de esa manera ser incorporada a la proyección que hace este o tener efectos jurídicos y materiales sobre las personas detenidas.

Un buen ejemplo de ello se reconoce en la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos: “...las circunstancias narradas por el señor Galindo, así como la incertidumbre sobre la duración que tendría su privación de libertad y lo que podría sucederle, generaron una afectación a su integridad psíquica y moral” (caso “Galindo Cárdenas y otros v. Perú”, dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 2 de octubre de 2015). Lo que allí dice la Corte Interamericana permite interpretar que en el caso concreto debe considerarse el “modo” en que se practica la privación de la libertad, y que ello debe ser traducido en la duración de su castigo o en su modulación.

Alguna aplicación de esas premisas ha sido y es demandada por los propios presos y sus abogados, que suelen instar a la modificación de aspectos y por tanto de la pena misma, en Argentina, especialmente a partir del uso de la herramienta del habeas corpus correctivo, y también en los alegatos finales en los que se debate sobre la pena y en sus recursos.

La vía de los “habeas corpus” que dan cuenta del empeoramiento de la situación de detención ha tenido una clara recepción, en la Argentina, del producto de investigaciones realizadas, especialmente en el ámbito de las organizaciones de derechos humanos. Es así que se llegó, en 2005, al famoso fallo “Verbitsky” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (“Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/habeas corpus”, con fecha 3 de Mayo de 2005). Allí se asumió la crítica al sistema penitenciario bonaerense que hacían los recurrentes (especialmente la sobrepoblación), e intimó a la Provincia de Buenos Aires a revisar su legislación en materia de privación procesal y ejecutiva de la libertad; a -en un plazo relativamente corto de tiempo- la evacuación de individuos enfermos y menores de edad de esas comisarías; y finalmente a concertar mesas de diálogos con los distintos actores y sectores involucrados en la cuestión, especialmente intimando a un poder jurisdiccional que, por no reconocer la realidad, incumplía gravemente sus funciones. Más allá de ello, lo cierto es que el fallo “Verbitsky” tuvo una muy directa influencia en la posterior y casi inmediata disminución de la cantidad de detenidos y la incipiente descompresión de la situación de hacinamiento en las cárceles bonaerenses. Aun reconociendo otras variables, es indudable que los números siguientes (el amesetamiento del número de reclusos en Argentina desde ese 2005 y hasta 2008, e incluso una ligera reducción en igual período en la provincia de Buenos Aires) están relacionados fundamentalmente con el fallo “Verbitsky” y con la sanción de la ley provincial 13.449 que reformó el sistema de excarcelaciones, tal como lo ordenó la CSJN en aquella sentencia. Además de esas medidas expresamente ordenadas, creemos que también el fallo tuvo influencia sobre cierto “sentido

9 PAVARINI, M. “*La miseria del reformismo penitenciario*”. Prólogo a Rivera Beiras, I. y Salt, M., Los derechos fundamentales de los reclusos (Argentina y España). Buenos Aires: del Puerto, 1999. p. 13.

común” acerca del encarcelamiento, y de que no es una “solución”.

El habeas corpus, que es el recurso establecido constitucional y legalmente para denunciar agravamientos de la situación de detención, siguió utilizándose en forma extendida y ha generado criterios casuísticos sobre el control judicial de actos u omisiones de las autoridades que reflejan siempre el constante influjo de la realidad material sobre las formulaciones jurídicas¹⁰.

El tribunal de mayor importancia en materia penal para el ámbito de la ciudad de Buenos Aires, la Cámara Nacional de Casación Penal, también ha considerado hechos de la realidad en una muy relevante sentencia. Así, en autos “Núñez, Brian Oscar s/ homicidio simple en grado de tentativa” (CCC 56449/2013/TO1/CNC2 del 11/9/2015), el juez Niño sostuvo que “La ocurrencia, jurídicamente indiscutible, de actos de tortura materializados en el ámbito penitenciario en perjuicio del encausado Núñez, ocurridos el 16 de julio de 2011, en circunstancias en que se encontraba cumpliendo condena –no firme aún- [...] debe integrar la pena única a fijar en esta oportunidad [...] la imposición de tormentos a un individuo encarcelado obliga a reflexionar seriamente en punto a la conducta a asumir en el momento de conjeturar una respuesta global al comportamiento ilícito que se le adjudica.” Y amplía afirmando que “La acreditación, en el caso sub júdice, de la imposición de torturas al encausado Brian Núñez [...] debe traducirse en una reducción de la pena que le restaba cumplir en virtud de aquel proceso, como medida paliativa de la enorme lesión al Estado constitucional de Derecho que dicha realidad puso al descubierto.”

Finalmente, también hemos advertido la importancia de considerar las investigaciones de la realidad penitenciaria en el fallo dictado el 4 de agosto de 2015 en la causa n° CCC 25833/2014/TO1/2/CNC1, caratulada “Legajo de ejecución penal en autos Obredor, Mariano Pablo por robo con armas en tentativa”, tras recurso del condenado llevado adelante por sus defensores oficiales Salas y Alderete Lobo, y en donde la nueva Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional de la Capital Federal, en sala integrada por los jueces Pablo Jantus, Mario Magariños y Luis Niño, expuso algunos argumentos que justifican y obligan a repensar la vieja pero vigente cuestión de la “reincidencia”. Lo crucial de ese fallo¹¹ aparece en el voto del juez Niño quien critica al sistema penitenciario argentino a partir de referencias al mismo en informes y denuncias de organismos especializados y, sobre todo, en precedentes jurisprudenciales tanto nacionales como internacionales. Es especialmente destacable el uso que hace, entre ellos, de un fallo del Tribunal de Apelación de Dresden, Alemania, en el que se declaró que la extradición a Argentina de un detenido implicaba un trato inhumano, considerando la situación carcelaria de nuestro país.

También en otras instancias judiciales los recurrentes lograron que se tomasen en consideración las descripciones de la “cárcel real” en el derecho práctico así sancionado. Las menciones a la situación carcelaria argentina en las resoluciones dan cuenta de la existencia de vulneraciones a la integridad física y psíquica de las personas privadas de libertad, encuadrables bajo la figura de las torturas y los tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Si bien esos análisis resultan poco frecuentes en la práctica judicial e incluso en la teoría jurídica, creemos fundamental y no tan dificultoso darle relevancia a los hechos. Al “ser”, y no tan solo al “deber ser” (aunque también, pues es la medida de sancionar a ese “ser que no debería ser”). Lo que parece necesario, en forma previa, es que exista gran cantidad de investigación sobre dicha realidad, que debería de ser ineludible para jueces y juristas.

El reclamo para que los jueces y juristas realicen ese esfuerzo no es novedoso y, no casualmente, se reivindicó para extraer consecuencias en lo que hace a ese lugar en que el derecho y el no derecho suelen

10 PIECHESTEIN, Ana Clara. “La (in)seguridad en las cárceles: apuntes sobre el fallo ‘Gutiérrez’ en el habeas corpus colectivo”. *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, Hammurabi, v. 18, p. 367-392, 2016.

11 Que comentamos elogiosamente: ANITUA, G. I. *Historias de los pensamientos criminológicos*. Buenos Aires: Didot, 2015; PIECHESTEIN, Ana Clara. “La (in)seguridad en las cárceles: apuntes sobre el fallo ‘Gutiérrez’ en el habeas corpus colectivo”. *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, Hammurabi, v. 18, p. 367-392, 2016.

confundirse en complicidades y mutuos ocultamientos.

El gran maestro Elías Neuman denunciaba hace tiempo “la asimetría garrafal entre las leyes y las realidades, o mejor aún, entre la antinaturalidad de la prisión y la prístina ideología de esos derechos”, distancia que impide aplicarlos estrictamente en dicho marco de “no derecho” (2001) Y es, en efecto, otro gran maestro como Zaffaroni quien en su prédica nos incita a sacar consecuencias jurídicas de los hechos, incluso de los antijurídicos. Ello se hace necesario, sobre todo, desde que el gran penalista y criminólogo latinoamericano nos señaló que “las penas ilícitas son penas”¹². Desde entonces se nos ha facilitado el ver que la ley, la Constitución, el Estado de derecho, prescriben cómo deben ser las penas, pero, como no podría ser de otra manera (ya que en caso contrario la ley sería miope), también la ley debe admitir como dato de la realidad que las penas pueden ser distintas a lo que allí se manda. Y, justamente, ese dato de realidad debe tener y tiene consecuencias jurídicas. 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.

Y desde allí, e incluso en más oportunidades en fallos jurisprudenciales que en textos académicos, varios son los actores e intérpretes legales que han hecho valer las realidades, antes que la imaginación, para sacar consecuencias más justas de aquello que señalan las leyes.

Este tipo de jurisprudencia “sociológica”, que junto a la ley atiende a la realidad, que no la ignora, y que la toma como base para la decisión, es de suma importancia para que la administración de justicia deje de actuar ciegamente, reproduciendo injusticias materiales amparándose en meros pedazos de papeles.

Que la jurisprudencia asuma la realidad del funcionamiento de la cárcel es un paso indispensable para volver más justas sus decisiones, pero también tiene un componente imprescindible para “construir” y hacer visible esa misma realidad. El componente sociológico, y luego político, de esa decisión, de esa forma, escapa a lo meramente individual. Sus alcances son imprevisibles, pero en todo caso importantes.

Contar con descripciones autorizadas de la situación carcelaria actual y real resulta imprescindible para pensar una reforma profunda de las prisiones y de la sociedad punitiva. Y esa reforma, si logra exitosamente transformar esas realidades, puede permitir otra nueva interpretación de esas mismas leyes.

3. LAS PRISIONES VISTAS DESDE “NUESTRAMÉRICA”

La jurisprudencia y el derecho necesitan, entonces, de la investigación empírica y teórica sobre las cárceles. Es eso lo que intentamos hacer en nuestros cursos, que tal vez por defectos y carencias a la hora de investigar y enseñar suelen privilegiar el aspecto, no menor, que nos propone la historia.

Pero no es solamente la historia lo que debe tenerse en cuenta para analizar la realidad del encierro. En todo caso, la historia nos recuerda que ha habido cambios. Y es importante atender a la coyuntura y a la presencia actual de determinados cambios. Tanto los económicos, sociales y políticos de la sociedad, pero asimismo los que ocurren en los sistemas penitenciarios. Esos cambios aparecen como una constante. Y no resultan óbice para recuperar trabajos y reflexiones previas, sino que obligan a hacerlo prestando siempre atención a la singularidad del momento histórico y evitando generalizaciones.

No obstante, algo que sigue caracterizando a los sistemas de la privación de la libertad en Argentina y

12 “Al abarcar el derecho penal los casos de poder punitivo ejercido al margen de toda ley y los ejercicios excediendo la habilitación legal, no excluye del concepto de pena las torturas, los apremios, las victimizaciones por el poder penal subterráneo [...] Sin duda que todo este ejercicio del poder punitivo es penal (son penas) aunque se trate de penas ilícitas. Este concepto importa adoptar una idea amplia de pena, como categoría que permite al derecho penal distinguir entre penas lícitas e ilícitas, pero que le impide ignorar la penalidad de las coacciones ilícitas, lo que tiene consecuencias prácticas en las decisiones pautadoras de casos particulares”. ZAFFARONI, R.; ALAGIA, A.; SLOKAR, A. *Derecho Penal*. Parte General. Buenos Aires: Ediar, 2000. p. 44.

América latina es el problema del encarcelamiento masivo, un problema que es nuestro, que es latinoamericano pero que se advierte como un problema global, y que tal vez ha sido “importado” puesto que Estados Unidos también encarceló y encarcela mucho. Pero algo que nos llama la atención, y que obligará a seguir pensando sobre la especificidad del sistema carcelario en nuestra región, es que los Estados Unidos encarcelaba mucho o encarceló mucho en un momento diferente, y en un contexto diferente. Actualmente no solo no encarcela tanto e incluso encarcela menos que antes, fenómeno que también se advierte en Europa, lo que puede tener alguna relación con la crisis económica¹³.

Pero esa crisis económica afecta al menos de la misma forma a nuestro sur global. Y, sin embargo, en los últimos diez años los que encarcelan más y en mayor velocidad son nuestros países, Brasil, Chile, Uruguay, Colombia y Argentina: en nuestros países, hoy, el crecimiento del número de presos es mayor que en los Estados Unidos. En los Estados Unidos era difícil que ese número siguiera creciendo, pero es importante tomar en cuenta este dato para hacernos cargo del futuro de nuestro sistema de encarcelamiento, y de aquellas historias de personas marcadas y en parte malogradas en nuestras prisiones, realidad que sostenemos deben seguir siendo investigadas.

Como es sabido, la medida que permite comparar cuantitativamente los sistemas penales nacionales, es la de las tasas de personas detenidas en penitenciarías cada 100.000 habitantes.

Los Estados Unidos habían llegado para 2005 a la altísima cifra de los 700 presos cada 100.000 habitantes. Una cifra horrorosa y que valió la comparación de Nils Christie con el Gulag soviético o con el Holocausto nazi. Esa cifra terrible sigue vigente en la actualidad, pero lo cierto es que no aumentó, e incluso descendió, aunque mínimamente, en los últimos años.

Es de por sí un cambio y una situación que debe ser considerada previamente a cualquier investigación específica que ese aumento desmesurado haya continuado casi exclusivamente en nuestro margen latinoamericano. En algunos países de la región las cifras por sí solas ya son alarmantes, y dar cuenta de ellas constituye la primera denuncia que debe hacer el investigador.

Así, tenemos a Cuba que, al igual que casi todos los países del Caribe, tiene cifras altas en su tasa de encarcelamiento, que llegan en 2013 a 510 personas cada 100.000 en libertad. En esa comparación, el otro país record de nuestra América es Chile, que ha llegado a 548 presos cada 100.000 habitantes en el 2013¹⁴.

Los dos países latinoamericanos con más presos en términos absolutos son Brasil y México, lo que es lógico por el tamaño de su población. En este sentido, Brasil pasó de 114.377 presos en el año 1992 a 469.807 a mediados de 2009 y 548.003 en 2012. Su tasa de encarcelamiento pasó de 74 a 301 cada 100.000 habitantes para mediados de 2014, lo que lo convierte en uno de los mayores encarceladores mundiales. Y con la agravante que ha cuadruplicado la población encarcelada en sólo 17 años, con superpoblación en cárceles de hombres de un 55% y de mujeres en un 74%, y con un alarmante porcentaje de presos entre los 18 y los 24 años, que es del 50,8%, lo que da cuenta de esa selección de su *clientela* entre los más jóvenes (y pobres). México pasó de 93.574 presos en 1994 a 224.749 a fines de 2009. A junio de 2015, su tasa de encarcelamiento era de 212, cuando en 1994 tenía unos 100 presos cada 100.000 habitantes (que recordemos es lo que se considera “normal”, aunque no hay nada normal cuando de mantener humanos en jaulas se trata).

Pero casi todos los países latinoamericanos vieron aumentada la población carcelaria de sus respectivos países. Colombia pasó de tener 92 presos por cada 100.000 en el año 1992, a una tasa de encarcelamiento de 242 hacia finales de 2015. Perú elevó su tasa de encarcelamiento de 77 a 247 en estos últimos veinte años. Venezuela tenía una tasa de encarcelamiento de 101 cada 100.000 habitantes en 1992, y era de 159 en mayo de 2015. Bolivia pasó de 79 a 130 entre 1992 y 2012, descendiendo a 122 para el año 2015. Costa Rica,

13 BRANDARIZ GARCIA, J. A. “Gran Recesión y cambio de ciclo del expansionismo punitivo: ¿hacia una actualización de la crítica al sistema penal?”. *Delito y sociedad*: revista de ciencias sociales, Santa Fe, n. 38, UNL, p. 31-4, 2014.

14 SÁNCHEZ CEAL, M.; PIÑOL ARRIAGADA, D. *Condiciones de vida en los centros de privación de libertad en Chile*. Análisis a partir de una encuesta aplicada a seis países de Latinoamérica, Santiago, Universidad de Chile, Instituto de Asuntos Públicos, 2015. p. 10.

aumentó su tasa de encarcelamiento de 104 a 352 entre 1992 y 2014. Ecuador creció en igual período de 74 a 162; El Salvador, de 101 a 506; Nicaragua, de 78 a 171; y Paraguay, de 70 a 158. Finalmente, Uruguay incrementó notablemente sus tasas en los últimos veinte años: de 96 presos cada 100.000 habitantes, su nivel de encarcelamiento se elevó a 291 para octubre de 2015.¹⁵

En Argentina se declaraba una tasa de encarcelamiento de 63 por 100.000 habitantes en 1992, y para 2015 de 166, dando un total a nivel país de 71.464 personas presas¹⁶. Los datos del 2014 a este 2017 son alarmantes, pues ese crecimiento se aceleró (en el ámbito federal, se pasó de 9974 presos en 2014 a 11561 en 2017¹⁷). Las proyecciones futuras de los datos de nuestro país son preocupantes. En julio de 2017 fue promulgada la ley 27.375 que introduce numerosas modificaciones a la ley 24.660 de ejecución de la pena privativa de la libertad, al igual que sobre ciertos aspectos el Código penal. Entre sus novedades se destaca la eliminación de la progresividad de la ejecución penal para la mayor parte de los condenados y su reducción a su mínima expresión para el resto. En particular, plantea la imposibilidad para determinados delitos del acceso a salidas transitorias, semilibertad, libertad condicional y libertad asistida. Como lógica consecuencia resulta esperable que este endurecimiento punitivo aumente los niveles de encarcelamiento.

Más allá de las importantes diferencias entre los distintos países, dos características comunes relacionadas con el crecimiento general de estas tasas en la región son el uso extensivo de la prisión preventiva y que el crecimiento de la población encarcelada resulta aún más rápido que el de por sí veloz proceso de construcción de nuevas cárceles (que implica usualmente grandes negociados). Ello repercute en el fenómeno de superpoblación o hacinamiento que se advierte actualmente en todos los sistemas penitenciarios de los países de América Latina.

Ese dato ya es muy importante puesto que por sí mismo da cuenta de la vulneración de muchos otros derechos empezando por el de vivir dignamente, y en este caso se lo debemos a las importantes investigaciones, como la que hemos utilizado de Carranza¹⁸.

Pero diversos debates pueden proponerse sobre el modo de construcción de esas tasas. Desde inconsistencias metodológicas, decisiones políticas discutibles como no contabilizar las personas detenidas en establecimientos de fuerzas de seguridad diferentes a las administraciones penitenciarias y demoras en aportar la información, hasta el falseamiento y manipulación del dato. Todo ello requiere de investigaciones que se apoyen en aquellas.

Más interesante aún, la literatura dedicada al estudio comparativo de los sistemas penales –David Nelken, por caso¹⁹– pone en discusión también la capacidad de las tasas de encarcelamiento para explicar el nivel de punitividad de un Estado.

Creemos que, en parte, es posible sostener que las tasas de encarcelamiento dicen mucho. Pero dicen poco también, si no se las compatibiliza con el estudio de las formas de castigo informales y hasta ilegales –de las que la historia reciente de nuestra región puede dar ejemplos nefastos– y las formas concretas en que se materializa el encierro en cada país.

15 Nos hemos valido principalmente de las estadísticas actualizadas y sistematizadas por el Centro Internacional de Estudios en Prisiones (<http://www.prisonstudies.org>). Hemos consultado también las estadísticas del Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía de la CEPAL (<http://www.cepal.org/celade/celade50/>), y las publicaciones del Instituto ILANUD CARRANZA, E. *Los Sistemas Penitenciarios en América Latina y el derecho comparado*. Estándares internacionales. San José: ILANUD, 2013. Debemos destacar que desde el 2014 al presente, y si bien hay una interesante excepción en Chile, que desde el 2009 reduce su tasa de encarcelamiento. SÁNCHEZ CEAL, M.; PIÑOL ARRIAGADA, D. *Condiciones de vida en los centros de privación de libertad en Chile*. Análisis a partir de una encuesta aplicada a seis países de Latinoamérica, Santiago, Universidad de Chile, Instituto de Asuntos Públicos, 2015. –tal vez explicable porque ya tenía tasas muy altas– los países de la región continuaron aumentando su población reclusa.

16 Según último informe disponible del SNEEP.

17 Según Base de Datos de Población y Alojamiento de la Procuración Penitenciaria Nacional.

18 CARRANZA, E. *Los Sistemas Penitenciarios en América Latina y el derecho comparado*. Estándares Internacionales. San José: ILANUD, 2013.

19 NELKEN, D. *Comparative Criminal Justice: Making Sense of Difference*. Londres: Sage, 2010.

Sobre esta última cuestión, y fuertemente en la última década, se ha arraigado en nuestra región una tradición académica y política que produce información cuantitativa y cualitativa sobre el modo de desarrollarse la privación de libertad en el país. Esta literatura es en gran medida fruto del encuentro entre organizaciones y organismos estatales de derechos humanos, y grupos de investigación social especialmente interesados en la temática.

Solo por citar algunos ejemplos argentinos, los Informes Anuales de la Procuración Penitenciaria de la Nación para el ámbito federal (PPN, 2016) y del Comité contra la Tortura de la Comisión Provincial por la Memoria para el sistema penitenciario bonaerense (CPM- CCT, 2016) son, junto a los informes periódicos del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS, 2016), material imprescindible en la temática. Informan sobre el recurso estructural a la violencia para gestionar el encierro; el nivel de hacinamiento y las precarias condiciones materiales de detención; el uso extendido del aislamiento en solitario; el limitado acceso a programas educativos, laborales y culturales; el confinamiento de las personas detenidas respecto de sus familiares, y la revictimización de éstos; y las deficiencias en sus servicios alimentarios y de salud.

4. ALGUNAS EXPERIENCIAS DE INVESTIGACIÓN SOBRE Y DESDE LAS CÁRCELES REALES EN LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Es por ello que todo aporte que surja del análisis de la realidad penitenciaria es necesario. Daremos aquí cuenta de algunas formas de acercarnos a esa realidad desde nuestros ámbitos concretos de investigación para la transformación.

“Todas las familias dichosas se parecen, y las desgraciadas lo son cada una a su manera”, es el conocido y citado, aunque discutible, inicio que le dio a Anna Karenina, el gran Tolstói. De la misma forma el criminólogo británico Richard SPARKS ha dicho que “toda prisión es una prisión, aunque cada prisión es única en sí misma”. Hemos asumido eso que se comparte, en este caso tanto la lógica de la prisión como la de la desgracia, como lo que es necesario singularizar, en las necesarias aproximaciones al estudio de los sistemas penitenciarios, y precisando entonces que todas las prisiones son desdichadas a su manera, sostenemos que se debe analizar tanto lo general como lo particular del fenómeno de la privación de la libertad.

En lo que hace a la tarea de investigación académica que nos ha mantenido ocupados en los últimos años, hemos intentado hacer eso en el Proyecto de Investigación UBACyT, “*Transformaciones en el espacio prisión. Continuidades y rupturas en el régimen penitenciario argentino*”, integrado por estudiantes, docentes e investigadores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires principalmente, pero con la valiosa participación también de estudiantes e investigadores formados en otras disciplinas, como la sociología y la comunicación social.

La investigación que nos propusimos llevar adelante desde un abordaje interdisciplinario tuvo por objeto el surgimiento, desarrollo y consolidación del sistema penitenciario argentino y sus transformaciones, circunscripta al Servicio Penitenciario Federal (es decir, las prisiones en que están alojados los condenados y procesados por delitos federales, y no los delitos “comunes” de las que se ocupa en Argentina, que es un país federal, cada Estado provincial). Pretendimos así contribuir al desarrollo y actualización del análisis crítico respecto del funcionamiento de la prisión, identificando rupturas y continuidades con el pasado y recuperando las experiencias y representaciones de los actores involucrados. Partiendo de la detección de un contraste notorio entre la amplia producción académica sobre la prisión, en particular del contexto anglosajón, y los aislados desarrollos locales, este aporte buscaba analizar el encierro penitenciario argentino desde diversas perspectivas, entre ellas la normativa, pero también la empírico sociológica, histórica y comunicacional.

Es así que los textos de discusión para el seminario de lectura de los días martes, los trabajos emprendidos por los investigadores durante esos tres años y las colaboraciones de otros contextos nacionales, regionales y

globales reunidas para dar forma acabada a esta compilación, han respondido a esa preocupación inicial por delinear los contornos del sistema penitenciario, aquellos que definen sus características estructurales. No ha renunciado, sin embargo, a su propuesta de recortar las notas específicas del régimen penitenciario federal argentino, a partir de un ejercicio comparativo con trabajos empíricos producidos en esos otros contextos.

Como extensión a otros ámbitos de ese hacer ha quedado la publicación de un libro sobre esa cárcel real y concreta²⁰. La selección de artículos en esa publicación responde a dos grandes preocupaciones que han atravesado estos años de trabajo colectivo. En primer lugar, la reflexión material e histórica de los sistemas penitenciarios, indagando en las reconfiguraciones adoptadas por éstos en sus diferentes contextos políticos, sociales, culturales y económicos. Una segunda preocupación se ha focalizado en ampliar el prisma de los actores involucrados en la configuración del régimen carcelario. La inclusión del análisis crítico sobre el rol desempeñado por la administración de justicia penal, en particular, nos ha permitido identificar exploratoriamente sus fortalezas para constituirse en un agente garante del actual estado denigrante de las prisiones, pero también sumamente relevante para su esperable proceso de transformación. Toda esta recopilación de estudios empíricos focalizados en diversas aristas del régimen carcelario, han aportado una visión crítica sobre el funcionamiento actual del sistema penitenciario y sus propuestas de reformulación.

También esa obra colectiva se ha interesado en producir y recuperar trabajos empíricos que aporten descripciones complejas sobre aristas específicas del encierro. Esto, partiendo del convencimiento que una comprensión de los regímenes penitenciarios es sin duda una deuda pendiente para los espacios de investigación y docencia universitaria, y que constituye una pieza imprescindible para su transformación, denunciando y erradicando los principales *dolores del encarcelamiento*. Para comprender ese espacio cerrado, debe pensarse a los distintos actores que lo ocupan. Y eso obliga a pensar a los detenidos y sus familiares, como así también a los funcionarios penitenciarios. Como diremos más adelante, más que hacerlo desde fuera, resulta conveniente darla la voz a eso mismos actores.

Pero no solo a ellos. Enseñaba Elías Neuman,²¹ que desde el primer hasta el último engranaje de la máquina de juzgar penalmente –andamiaje en el que incluía a jueces, fiscales, defensores y auxiliares- tienen su razón de ser porque existen delitos y delincuentes (y que, en consecuencia, viven por y del delito). Todo ello existe también porque existe la prisión.

El vínculo entre la administración de justicia penal y la prisión, no obstante, es aún más profundo. Siendo la responsable no solamente de su control –en definitiva, en circunstancias regulares, las personas están en prisión principalmente por una previa decisión judicial- la administración de justicia penal ha intentado por todos los medios evitar tan fatigosa y desagradable tarea²². Siguiendo a Foucault, “la ejecución misma es como una vergüenza suplementaria que a la justicia le avergüenza imponer al condenado; mantiénesse, pues, a distancia, tendiendo siempre a confiarla a otros, y bajo secreto. Es feo ser digno de castigo, pero poco glorioso castigar. De ahí ese doble sistema de protección que la justicia ha establecido entre ella y el castigo que impone. La ejecución de la pena tiende a convertirse en un sector autónomo, un mecanismo administrativo del cual descarga a la justicia...”²³. Es por ello necesario prestar atención al rol asumido por la administración de justicia penal, que también explica de un modo bastante certero el nivel de degradación existente en un régimen carcelario.

Es por ello muy necesaria la investigación para los juristas y desde las facultades de Derecho, donde se forman los futuros jueces y abogados. En eso continúa la lucha de cierta tendencia en los estudios penales que es conocida como “criminología crítica”, que aún hoy debe luchar para hacerse un necesario lugar en los ámbitos académicos.

20 ANITUA, G. I. *Historias de los pensamientos criminológicos*. Buenos Aires: Didot, 2015.

21 NEUMAN, E. *Los que viven del delito y los otros*. México: Siglo XXI, 1991.

22 ANITUA, G. I.; GUAL, R. “Sobre una reforma legal que anuló el control jurisdiccional de la ejecución de la pena en sede federal”. *Revista Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, Tomo 2009/A. 2009.

23 FOUCAULT, M. *Vigilar y Castigar*. Nacimiento de la Prisión. Buenos Aires: Siglo XXI, 1998. p. 12.

En nuestra querida Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires esa dificultad para obtener ese necesario lugar adquiere, en el presente, una llamativa correlación con una suerte de “silencio penitenciario”²⁴, reflejado en que “se observa una consolidada despreocupación por incluir la problemática en la formación de grado, un escaso peso específico demostrado por las investigaciones en curso, y una nula profundidad de debate e intervención a nivel performativo y político”²⁵.

Ese silencio debe ser roto y esa despreocupación debe ser solucionada. La prisión es nuestra sociedad y es un producto de las construcciones jurídicas. Esa tarea la tiene que realizar la perspectiva crítica, que tiene dos tipos de objetivos: el de “criticar” en el sentido de investigar, de conocer lo que se pueda conocer del fenómeno analizado, propio del criticismo kantiano, y el de un sentido claramente transformador de ese fenómeno, crítico en el sentido marxiano (el de la máxima “hasta ahora los filósofos han interpretado el mundo, a partir de ahora deberían ayudar a cambiarlo”). En ese sentido mencionamos la perspectiva de la criminología crítica, que abreva en la famosa definición de “teoría crítica”, diferenciada de la tradicional por Horkheimer. En aquel sentido, nuestra criminología pretende construir conocimiento que al mismo tiempo que aspira a una comprensión de la situación concreta de la prisión en nuestra sociedad actual, aspira también apoyar la fuerza transformadora de la institución analizada y así criticada²⁶. La justificación de las investigaciones propuestas estará dada si se logra tanto analizar esa realidad penitenciaria, como si influye al orientar acciones que se dirijan a cambiarla. Esta doble dimensión hace que la crítica, que aúne ambos sentidos, deba ser concebida como praxis. Quien mejor lo sintetizó fue HABERMAS, cuando señaló que “la teoría incluye una doble relación entre teoría y praxis: investiga, por una parte, el contexto histórico de constitución de una situación de intereses a la que aún pertenece la teoría [...]; y, por otra parte, investiga el contexto histórico de acción sobre el que la teoría puede ejercer una influencia que orienta la acción. En un caso se trata de una praxis social [...] en el otro de una praxis política que consecuentemente aspira a subvertir el sistema de instituciones existente”²⁷.

Esta propuesta, entonces, de acción, que invita a transformar en práctica las investigaciones, sigue siendo teórica porque quiere que no sea mera técnica, en el sentido que no termine sirviendo a la burocracia encargada del asunto penitenciario en esa construcción de la realidad que pretendemos explicar y desmontar. En ese sentido, un pensamiento que sirva no debe ser de ninguna manera un pensamiento servil. Ni tampoco proporcionar involuntariamente nuevas “ruedas de auxilio” a instituciones problematizadas.

La cárcel ha demostrado ampliamente la capacidad de absorber pensamientos críticos o reformistas, cuando estos han quedado dentro de los límites materiales como condición de posibilidad. Ya recordaba Pavarini que la moda de los llamados sustitutivos penales favoreció sin querer la posibilidad de castigar “sea como fuera”, cuando en ausencia de alternativas entre privación de libertad y libertad, ciertas consideraciones de oportunidad, que siempre existen aunque no se prevean legalmente, hubieran sugerido la, preferible, no punición²⁸.

Así es que la recuperación de la idea de crítica sobre sí misma, y que no termine nunca por convertirse en dogmática, resulta también importante advertencia a las posibilidades de praxis, especialmente importantes en un escenario, el de las manifestaciones concretas de las prisiones, histórica y geográficamente situadas, que siempre han sabido digerir los discursos para mantenerse con ciertas continuidades en sus características nocivas y destructoras de individuos o sujetos.

Un pensamiento crítico que debe invitarnos a reflexionar sobre una práctica en materia penitenciaria, por lo tanto, de tipo política.

24 DEL OLMO, R. “¿Por qué el actual silencio carcelario?”. En: BRICEÑO-LEÓN, R. (Comp.). *Violencia, Sociedad y Justicia en América Latina*. Buenos Aires: Clacso, 2002.

25 GUAL, R. “Formando penalistas que no sientan pena. Una facultad de derecho de espaldas a la prisión (y los presos)”. En: PITLEVNIK, L. (Comp.) *Universidad y conflictividad social*. Buenos Aires: Didot, 2012.

26 HORKHEIMER, M. “*Teoría Tradicional y Teoría Crítica*”, en *Teoría Crítica*. Buenos Aires: Amorrortu, 2008.

27 HABERMAS, J. *Teoría y Praxis*. Estudios de filosofía social. Madrid: Tecnos, 1997. p. 13-14.

28 PAVARINI, M. *Lo scambio penitenziario*. Manifesto e latente nella flessibilità della pena in fase esecutiva. Bologna: Martina, 1996.

Que reconozca nuestro limitado papel como sujetos y a la vez objetos de la problemática estudiada, y que otorgue primordial importancia a la visibilización y el reconocimiento de los actores ignorados para contribuir a la construcción de una nueva cultura política emancipatoria en el sentido declarado por Boaventura de Sousa Santos. Este autor nos recuerda que debe entenderse por teoría crítica “aquella que no reduce ‘la realidad’ a lo que existe. La realidad, como quiera que se le conciba, es considerada por la teoría crítica como un campo de posibilidades, siendo precisamente la tarea de la teoría crítica definir y ponderar el grado de variación que existe más allá de lo empíricamente dado”²⁹. Esta cuestión de lo dado y las posibilidades en el autor citado entronca, con recuperar esas voces en la sociología de las ausencias y la sociología de las emergencias, y esta última nos envía directamente a una práctica política que debe ser necesariamente radical, porque tiene que pensar en lo impensado.

Ello, por supuesto, sin olvidarnos de aquellos actores de los que tenemos tanto que aprender, pues son los que cotidianamente conviven y así construyen la realidad penitenciaria.

En ese sentido, también debemos mencionar nuestro aprendizaje formando parte de actividades de extensión de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. En estos últimos años hemos tenido el honor de ser de los pocos hombres que compartía las experiencias de mujeres en cárceles federales. Algunas de ellas sufren una situación de detención como condenadas o procesadas (y a pesar de las dificultades realizaron esta tarea, entre otras varias actividades) y las otras ingresan a la Unidad destinada a mujeres que está en la localidad de Ezeiza como parte de una actividad universitaria (y que complementan con sus estudios o docencia, así como con otras actividades políticas o laborales). Todas ellas realizaron tareas que tuvieron su marco en el proyecto de Extensión Universitaria de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires denominado “*Cárcel y exclusión social: construyendo puentes entre el adentro y el afuera*” –período 2013/2014- y que actuó, formalmente bajo mi dirección y que continúa actualmente en el proyecto de Extensión Universitaria denominado también “*Cárcel y exclusión social: construyendo puentes entre el adentro y el afuera*” –período 2016/2018-.

El proyecto tuvo y tiene como principal objetivo la reivindicación de las personas privadas de su libertad como sujetos de derechos. Ello implica perseguir el fortalecimiento de su capacidad para actuar en nombre propio por la defensa y exigencia del cumplimiento de sus derechos y los de otros, así como para participar en las decisiones que hacen a las condiciones en que se da su detención.

A través de la articulación con personas que están o estuvieron privadas de la libertad, estudiantes, docentes universitarios y distintas organizaciones, cooperativas, grupos e instituciones creadas al mismo efecto, perseguimos desnaturalizar la violación sistemática de derechos y potenciar las capacidades y herramientas de acción que los actores poseen.

A tal efecto, se generó un espacio de discusión colectiva y horizontal dentro del ámbito carcelario, específicamente en el Centro Universitario de la cárcel de mujeres correspondiente a la ciudad de Buenos Aires³⁰.

La tarea de estas mujeres se extendió en otras áreas, pero tuvo un momento casi ritual de encuentro y generalización de ideas y planteos en las reuniones de los días lunes por la tarde, en el Centro Universitario de Ezeiza del Complejo Penitenciario Federal nro. IV. El formato de “taller” de esos encuentros permitió abordar algunos de los aspectos que luego quedarían reflejados en este producto que se da a la imprenta (así, se sucedieron algunos de esos aspectos específicos de derechos que se denuncian como incumplidos, y las vías judiciales o no que pueden ser útiles para remediarlo).

Es especialmente necesario dimensionar y valorar que esos encuentros se hayan podido realizar periódicamente durante estos años, así como que se haya decidido dar continuidad a ese tipo de encuentros.

29 SANTOS, B. de Sousa. *Conocer desde el sur: para una cultura política emancipatoria*. Lima: Facultad de Ciencias Sociales, UNMSM, 2006. p. 18.

30 Que comenzó llamándose “Taller de extranjería”, luego “taller de derechos económicos, sociales y culturales” -con el ingreso espontáneo de mujeres argentinas al anterior taller- y finalmente “taller de derechos sociales”

En este punto nos gustaría señalar la importancia de que la Universidad realice este tipo de actividades de extensión universitaria, pero igualmente formativas (para todos los que de alguna forma hemos participado de esta experiencia). No es solamente, no obstante, una función de formación y extensión, sino que también la cobertura brindada, aunque más no sea simbólicamente y no necesariamente con recursos económicos, por el prestigio de la Universidad cumple una función primordial de empoderamiento de las mujeres participantes, hacia fuera del grupo así conformado, pero también hacia dentro y hacia la autopercepción individual de cada una de las mujeres que se han organizado.

Y que se han organizado, no obstante reconocerse como parte de la Universidad, en forma heterodoxa y creativa, aprovechando experiencias previas pero también dando cuenta así de ciertas necesidades o características comunes. Así se permitió un debate acerca de los problemas que afectan a la generalidad de la población penal y, en especial, sobre la falta de vigencia de ciertos derechos (especialmente se observaron aquí los que se denominan como “sociales, económicos y culturales”), dentro del ámbito de la prisión.

Es casi de Perogrullo decir que en la cárcel se vulneran los derechos. Históricamente se constituyó como un lugar de “no derecho”, o de resistencia a los límites que, entre otros, puede imponer el derecho. Y ello no solo remite a la “genealogía”, sino que el presente da cuenta de situaciones “antijurídicas”. Las más graves, de frontal violencia y arbitrariedad.

Pero no es lo mismo que ello surja de investigaciones externas a que la propia percepción de las internas arribe a la descripción de las cárceles en la actualidad como el lugar privilegiado de violación de derechos, de desigualdad y discriminación.

Y así emergen aspectos concretos que implican el no cumplimiento de derechos, como lo son el hacinamiento, la deficiente atención de salud, de alimentación, de seguridad, de derechos laborales y de ciudadanía. Todo aquello que en los sectores vulnerables de nuestra población acompaña y define una tal situación de vulnerabilidad, queda evidenciado en el ámbito carcelario.

Que, además, aloja a personas que eran especialmente vulnerables antes de ser detenidas. La intervención estatal, y jurídica, producida en la detención, lejos de paliar esa vulnerabilidad, la amplía hasta lo indecible.

Es por todo ello que es posible hablar, como ya lo hicimos citando a Rivera Beiras, de una devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos, y aún más, de la construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría³¹. Esta persona es el preso.

Y es, por lo que logramos aprender en estos encuentros, aún peor en el caso de la presa. Estamos ante casos de dobles vulnerabilidades. O más, puesto que muchas de las mujeres presas son también pobres, migrantes, de distintas minorías, etcétera.

Pero indudablemente la perspectiva de género se impone ya que esos prejuicios, que en muchos casos recibe la propia ley, se profundizan con el sesgo machista y se ensañan sobre unas “malas mujeres” (así consideradas porque violaron el papel que les corresponde como esposa y madre, como “mujer” y por tanto sumisa, dependiente y dócil). Haríamos mal en extender mis propias ideas sobre la teoría feminista a lo que han sabido decir y proponer las autoras de estos encuentros, verdadero ejercicio de praxis feminista. Así como también verdadero ejercicio de praxis jurídica, puesto que, y a pesar de todos los lógicos recelos, las autoras de estas descripciones y propuestas confían en la herramienta jurídica para la denuncia y el reclamo. Ese tal optimismo es de resaltar.

Como ya hemos dicho, y no nos cansaremos de repetir, una de las virtudes del trabajo realizado en forma colectiva es el de la reivindicación de las personas privadas de su libertad como sujetos de derechos. Creemos que de esta manera se han visibilizado a sí mismas las mujeres que aprendieron a percibir también su capa-

31 RIVERA BEIRAS, I. *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos*. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría. Barcelona: J. M Bosch, 1997.

cidad para actuar en nombre propio por la defensa y exigencia del cumplimiento de sus derechos y los de otros, así como para participar en las decisiones que hacen a las condiciones en que se produce su detención.

Ese aprendizaje fue fundamental para todos, los que así advertimos la necesidad de dialogar con las personas que sufren la concreta situación de ausencia de derechos. Y que aprendimos otras cosas, pues este trabajo de extensión fue también un trabajo de investigación, ya que a la vez que se discutían herramientas jurídicas, se podía obtener valiosa información de los testimonios de primera mano de estas personas que nos permiten conocer qué es la cárcel, y que es lo que produce, material y jurídicamente. A través de la articulación con personas que están o estuvieron privadas de la libertad, estudiantes, docentes universitarios y distintas organizaciones, cooperativas, y grupos se ha logrado desnaturalizar la violación sistemática de derechos, al mismo tiempo que, más prudentemente, y como ya señalé, potenciar las capacidades y herramientas de acción que las actoras poseen.

La política penal en general, así como el operador jurídico en el caso concreto; y para ayudar o denunciar a ambos el que reflexiona desde la Universidad, debe tener en cuenta a la realidad. La realidad que se presenta como ineludible (y también insoportable) a quienes realizan esta investigación es la de las violaciones a los derechos humanos de quienes cumplen una pena o antes de que ella se imponga y mientras están detenidas. Precisamente, quienes mejor advierten los alcances y contenidos concretos de esa realidad son las detenidas, y donde ello mejor se percibe es dentro de la prisión.

Por todo lo dicho, al menos desde un punto de vista estratégico es necesario insistir en las relaciones con el derecho, en las posibilidades de exigencia del derecho colectivo o individual, pensados como espacios de libertad dentro de la lógica del encierro. Pero, como afirma Pavarini³², no es posible hablar de derechos en la cárcel, en su verdadero sentido, y a la vez reconocer lo que ésta es y produce. Parece necesario admitir que el discurso jurídico, no solamente peca por omisión, sino que ha legitimado las relaciones de poder existentes e impide los cambios pacificadores (para lo que históricamente han sido más útiles las acciones informales).

Esto no implica negar el rol transformador que ese derecho cómplice puede, con todo, cumplir. Al contrario, esta idea reconoce la potencialidad del derecho para subvertir las mismas categorías jurídicas y las normas existentes, y sobremanera las prácticas consolidadas por su mera repetición.

En cualquier caso, reconocer esa potencialidad debe, necesariamente, reconocer también sus límites. Y con ello saber que, en definitiva, esas estrategias deben insertarse en prácticas políticas más amplias.

También ellas surgieron en los talleres y guían acciones futuras del grupo de trabajo. Al preguntarse por los problemas y necesidades de las mujeres presas, más allá de las creadas por el propio ordenamiento jurídico y que reclaman más bien una no intervención estatal, es que surge la necesaria relación con los bienes y servicios que el Estado ofrece o puede o debe ofrecer a la población en general (y en forma universal) y en particular a la población encarcelada (y destacando los principios de igualdad y de diferencia, especialmente por tratarse de mujeres). Sobre esta última, cabe tener presente que dicho rol estatal pareciera estar definido legalmente de manera contradictoria. Por un lado, el Estado debe reconocer y respetar un conjunto de derechos humanos básicos plasmados en la legislación nacional y los compromisos internacionales a toda persona, incluso en prisión. Por otro lado, la cárcel se ha constituido, como ya hemos dicho, como institución social precisamente a partir de la negación (o disminución) del conjunto de derechos humanos, incluyendo los que se proclamen expresamente en dicho ámbito.

Y es por ello que la invitación final de estas breves líneas se destina a pensar políticamente. El objetivo final no es otro que contribuir a mejorar las condiciones de vida de las personas presas en las cárceles, y ello es posible de ser realizado con investigaciones y participación en lo que sucede tras los muros, con una visibilización que funciona denunciando los abusos que sufren y mostrando las privaciones añadidas a la falta

32 PAVARINI, M. “*La miseria del reformismo penitenciario*”. Prólogo a Rivera Beiras, I. y Salt, M., Los derechos fundamentales de los reclusos (Argentina y España). Buenos Aires: del Puerto, 1999.

de libertad a que se ven sometidas, así como hacer emerger su condición de personas y ciudadanos, ante sí mismos, ante los responsables judiciales, ante los políticos y ante la opinión pública.

REFERENCIAS

- ANITUA, G. I. *Historias de los pensamientos criminológicos*. Buenos Aires: Didot, 2015.
- ANITUA, G. I.; GUAL, R. “Sobre una reforma legal que anuló el control jurisdiccional de la ejecución de la pena en sede federal”. *Revista Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, Tomo 2009/A. 2009.
- ANITUA, G. I.; GUAL, R. *Privación de la libertad*. Buenos Aires: Didot, 2015.
- ANITUA, G. I.; PIECHESTEIN, A. C. “Algunos apuntes sobre la reincidencia”. *Jurisprudencia de Casación Penal*. Buenos Aires, Selección y análisis de fallos (Nardiello y Martín, directores), n. 2, Hammurabi, p. 123-160, 2016.
- BRANDARIZ GARCIA, J. A. “Gran Recesión y cambio de ciclo del expansionismo punitivo: ¿hacia una actualización de la crítica al sistema penal?”. *Delito y sociedad: revista de ciencias sociales*, Santa Fe, n. 38, UNL, p. 31-4, 2014.
- CARRANZA, E. *Los Sistemas Penitenciarios en América Latina y el derecho comparado*. Estándares internacionales. San José: ILANUD, 2013.
- CHRISTIE, N. *Los límites del dolor*. México: Fondo de Cultura económica, México, 1984.
- CHRISTIE, N. *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?* Buenos Aires: del Puerto, 1993.
- CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES. *Derechos humanos en Argentina*. Informe anual 2015. Buenos Aires: Siglo XXI, 2016.
- COMITÉ CONTRA LA TORTURA DE LA COMISIÓN PROVINCIAL POR LA MEMORIA (CPM-CCT). *Informe anual 2016*. El sistema de la crueldad. La Plata: CPM, 2017.
- DEL OLMO, R. “¿Por qué el actual silencio carcelario?”. En: BRICEÑO-LEÓN, R. (Comp.). *Violencia, Sociedad y Justicia en América Latina*. Buenos Aires: Clacso, 2002.
- FOUCAULT, M. *Vigilar y Castigar*. Nacimiento de la Prisión. Buenos Aires: Siglo XXI, 1998.
- GUAL, R. “Formando penalistas que no sientan pena. Una facultad de derecho de espaldas a la prisión (y los presos)”. En: PITLEVNIK, L. (Comp.) *Universidad y conflictividad social*. Buenos Aires: Didot, 2012.
- HABERMAS, J. *Teoría y Praxis*. Estudios de filosofía social. Madrid: Tecnos, 1997.
- HORKHEIMER, M. “*Teoría Tradicional y Teoría Crítica*”, en *Teoría Crítica*. Buenos Aires: Amorrortu, 2008.
- MELOSSI, D.; PAVARINI, M. *Cárcel y fábrica*. Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX). México: Siglo XXI, 1980.
- NELKEN, D. *Comparative Criminal Justice: Making Sense of Difference*. Londres: Sage, 2010.
- NEUMAN, E. *Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes carcelarios*. Buenos Aires: Pannedille, 1971.
- NEUMAN, E. *Los que viven del delito y los otros*. México: Siglo XXI, 1991.
- NEUMAN, E. *El Estado Penal y la Prisión-Muerte*. Buenos Aires: Universidad, 2001.
- PAVARINI, M. *Castigar al enemigo: criminalidad, exclusión e inseguridad*. Quito: Flacso, 2009.

PAVARINI, M. “*La miseria del reformismo penitenciario*”. Prólogo a Rivera Beiras, I. y Salt, M., Los derechos fundamentales de los reclusos (Argentina y España). Buenos Aires: del Puerto, 1999.

PAVARINI, M. *Lo scambio penitenziario*. Manifesto e latente nella flessibilità de la pena in fase esecutiva. Bologna: Martina, 1996.

PIECHESTEIN, Ana Clara. “La (in)seguridad en las cárceles: apuntes sobre el fallo ‘Gutiérrez’ en el habeas corpus colectivo”. *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, Hammurabi, v. 18, p. 367-392, 2016.

PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN. *Informe Anual 2016*. La situación de los derechos humanos en las cárceles federales de la Argentina. Buenos Aires: PPN, 2017.

RIVERA BEIRAS, I. *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos*. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría. Barcelona: J. M Bosch, 1997.

RUSCHE, G.; KIRCHHEIMER, O. *Pena y estructura social*. Bogotá: Temis, 1986.

SÁNCHEZ CEAL, M.; PIÑOL ARRIAGADA, D. *Condiciones de vida en los centros de privación de libertad en Chile*. Análisis a partir de una encuesta aplicada a seis países de Latinoamérica, Santiago, Universidad de Chile, Instituto de Asuntos Públicos, 2015.

SANTOS, B. de Sousa. *Conocer desde el sur*. para una cultura política emancipatoria. Lima: Facultad de Ciencias Sociales, UNMSM, 2006.

ZAFFARONI, R.; ALAGIA, A.; SLOKAR, A. *Derecho Penal*. Parte General. Buenos Aires: Ediar, 2000.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.