



PENSAR Y HACER EDUCACIÓN EN CONTEXTOS DE ENCIERRO

Derechos y sistema penal

La dimensión jurídica de las prácticas educativas en contextos de encierro



Ministerio de
Educación
Presidencia de la Nación



PENSAR Y HACER EDUCACIÓN EN CONTEXTOS DE ENCIERRO

Derechos y Sistema Penal

La dimensión jurídica de las prácticas
educativas en contextos de encierro



Ministerio de
Educación
Presidencia de la Nación

PRESIDENTA DE LA NACIÓN
Dra. Cristina Fernández de Kirchner

MINISTRO DE EDUCACIÓN
Prof. Alberto Estanislao Sileoni

SECRETARIA DE EDUCACIÓN
Prof. María Inés Abrile de Vollmer

JEFE DE GABINETE
Lic. Jaime Perczyk

SUBSECRETARIA DE EQUIDAD Y CALIDAD EDUCATIVA
Prof. Mara Brawer

DIRECTORA NACIONAL DE GESTIÓN EDUCATIVA
Prof. Marisa Díaz

COORDINADORA NACIONAL DE LA MODALIDAD
EDUCACIÓN EN CONTEXTOS DE ENCIERRO
Lic. María Isabel Giacchino de Ribet

Gutiérrez, Mariano

Derechos y sistema penal : la dimensión jurídica de las prácticas educativas en contextos de encierro / Mariano Gutiérrez ; con colaboración de Darío Kusinsky ; coordinado por Paloma Herrera y Valeria Frejtman. - 1a ed. - Buenos Aires : Ministerio de Educación de la Nación, 2010.

158 p. ; 23x17 cm. - (Pensar y hacer educación en contextos de encierro; 2)

ISBN 978-950-00-0812-9

1. Formación Docente. I. Kusinsky, Darío, colab. II. Herrera, Paloma, coord. III. Frejtman, Valeria, coord. IV. Título CDD 371.1

© Ministerio de Educación, 2010

Pizzurno 935, CABA

Impreso en la Argentina

Hecho el depósito que marca la Ley 11.723

1ª reimpresión, octubre de 2011

La imagen que ilustra la tapa y las aperturas de los capítulos pertenecen al mural Guernica: realización libre en color, realizado por el profesor Fabián Castillo y Juan (alumno de 4° año de la Escuela de Educación Media n° 2, Complejo Penitenciario Magdalena) con colaboración de otros alumnos. Escuela de Educación Media n° 2 (con sede en Unidad Penal n° 28). Complejo Penitenciario de Magdalena.

COLECCIÓN PENSAR Y HACER EDUCACIÓN EN CONTEXTOS DE ENCIERRO

COORDINACIÓN PEDAGÓGICA Y AUTORAL *Paloma Herrera y Valeria Frejtman*

AUTOR *Mariano Gutiérrez*

COLABORADOR *Darío Kusinsky*

PROCESADORA PEDAGÓGICA *Paula Topasso*

COORDINACIÓN DE MATERIALES EDUCATIVOS *Gustavo Bombini*

RESPONSABLE DE PUBLICACIONES *Gonzalo Blanco*

LECTURA CRÍTICA *Alcira Bas*

DISEÑO *Clara Batista*

DIAGRAMACIÓN *Jorge Ihlenfeld y Bettina Fertitta*

DOCUMENTACIÓN GRÁFICA *María Celeste Iglesias*

Palabras del ministro

En la década 1997-2007, de acuerdo con los datos oficiales disponibles (SNEEP, 2007), la cantidad de personas privadas de libertad en cárceles se duplicó, pasando de 29.690 a 52.457 y la tasa de población detenida en establecimientos de ejecución penal trepó hasta 134,61 personas cada 100.000 habitantes, lo que nos ubica entre Colombia y Australia. A esta población se agregan cerca de 2000 adolescentes acusados de delito en institutos y un número poco preciso pero creciente de personas en centros de tratamiento de adicciones. El aumento de la población en contextos de privación de la libertad acompañó la crisis socioeconómica más importante de la que tengamos memoria que produjo la exclusión de vastos sectores, muchos de los cuales aún no han logrado recomponer su situación.

Del análisis del perfil sociodemográfico de quienes habitan estos contextos surge con claridad que, a pesar de que el delito y la transgresión atraviesan todos los sectores sociales, las instituciones de encierro están destinadas a pobres y excluidos, individuos cuyas múltiples privaciones y conculcación de derechos se inició desde la misma cuna. Su bajo nivel educativo evidencia, entre otras cuestiones, que su paso por el sistema educativo fue fugaz y frustrante. Por ello, el Estado es responsable de garantizar condiciones propicias para la restitución del ejercicio de tales derechos. Todas las leyes y normativas existentes son coincidentes en este punto, pero necesitan ser aplicadas mediante políticas públicas concretas que tiendan a la construcción de una sociedad más justa. Por tal motivo, desde el Ministerio de Educación de la Nación apostamos decididamente al fortalecimiento del espacio institucional de la escuela en tanto ámbito de libertad que a través de sus propuestas educativas genera condiciones para una inclusión social posible, y reconocemos que directivos y docentes siguen siendo irremplazables para el logro de estas metas.

La colección de libros **Pensar y hacer educación en contextos de encierro** tiene como destinatarios a los actores de la labor educativa y han sido elaborados desde una posición política que apuesta a la formación profesional docente continua. Esperamos que las propuestas para la reflexión y la acción que aportan estos materiales, contribuyan a visibilizar buenas prácticas educativas, vitalicen compromisos personales y consoliden buenas prácticas en la educación de jóvenes y adultos. Confiamos en que los docentes argentinos con su capacidad de reflexión, espíritu crítico y creatividad, trascenderán el individualismo que aún perdura en muchos ámbitos escolares para crear espacios de trabajo colaborativo en equipo.

Animamos, desde nuestro rol, la realización de todo tipo de acciones que pongan en situación de diálogo interdisciplinario a lectores y escritores, a directivos y docentes y, especialmente, a los destinatarios de todos estos esfuerzos: los alumnos y las alumnas de escuelas en contextos de encierro, capaces de hallar en la educación y la cultura verdaderas puertas de salida hacia la calle y hacia la vida.

Prof. Alberto Estanislao Sileoni
Ministro de Educación de la Nación

Presentación

Ponemos en sus manos los libros de la colección **Pensar y hacer educación en contextos de encierro**, elaborada con la finalidad de aportar elementos para la problematización de un tema escasamente abordado hasta el momento, en particular en el ámbito de la formación docente. Los materiales que integran la serie han sido elaborados para la utilización de quienes desean profundizar la cuestión así como para docentes y alumnos de diversas propuestas formativas. Esta publicación integra el conjunto de acciones que se vienen desarrollando desde hace una década en este Ministerio de Educación de la Nación; se inscribe en el marco normativo de la Ley de Educación Nacional N° 26.206 del año 2006, que incorpora la educación de las personas privadas de la libertad como una de las modalidades del sistema educativo, y en la Resolución N° 58 del Consejo Federal de Educación del año 2008, que aprueba la primera Especialización Docente de Nivel Superior en Educación en Contextos de Encierro.

La decisión de atender las necesidades de las escuelas en cárceles, en institutos para adolescentes acusados de delito y en centros de tratamiento de adicciones es manifestación de una política educativa orientada a la restitución del derecho a la educación de todas las personas como aporte para la construcción de una sociedad más justa, basada en la inclusión con calidad y el fortalecimiento de las instituciones educativas. Por ello, el centro de la escena lo ocupan las escuelas y sus directivos, los docentes y sus alumnos, actores y protagonistas de acciones educativas contraculturales a la violencia del encierro, capaces de reducir sus efectos negativos, mientras generan proyectos de inclusión y desarrollo personal. En estos espacios la tarea de los directivos y de los docentes adquiere una relevancia particular.

Cada uno de los materiales es resultado de una producción colectiva. El grupo de especialistas argentinos y extranjeros convocados se caracteriza por tener diversos perfiles en su formación de base, que abarcan variados campos disciplinarios y de la experiencia. Ellos, en labor conjunta con los equipos del Ministerio de Educación de la Modalidad y de otras áreas y programas, han aportado una mirada interdisciplinaria y coherente que logra dar cuenta de la complejidad de los temas y problemas que se recorren a lo largo de la colección, que sostienen la decisión de evitar simplificaciones, etiquetamientos o prejuicios. Les transmito a todos mi reconocimiento, por el compromiso, capacidad, generosidad y paciencia que han puesto en esta tarea, minuciosamente elaborada. Sabemos que los lectores serán los mejores evaluadores de los productos obtenidos.

La colección **Pensar y hacer educación en contextos de encierro** pone nuevamente de relieve la gran potencialidad y multifuncionalidad que tienen los libros, transmisores de información, habilitadores de reflexión, disparadores de creatividad, promotores del pensamiento crítico y medios idóneos para la renovación de las prácticas docentes, en un camino tendiente a la innovación y el replanteo didáctico. Dado que la educación a lo largo de la vida nos implica a todos, los libros siguen siendo esos magníficos compañeros de camino que nos desafían y animan a transitar nuevas sendas de libertad pedagógica.

Llegados a esta etapa de la publicación de la colección, quisiera manifestar con satisfacción que funcionarios, directivos y docentes seguiremos avanzando cotidianamente, cada uno desde su rol y tarea, para que el derecho a una educación de calidad sea efectivamente ejercido por todos los compañeros privados de la libertad, claros emergentes de una sociedad desigual que, al privarlos de ella, consolida una situación que los constituye en individuos “invisibles, olvidados y guardados”. Finalmente, recogiendo el mensaje de su vida, evoco las palabras de Evita cuando manifiesta que “donde hay una necesidad nace un derecho”.

Lic. María Isabel Giacchino de Ribet

Coordinadora Nacional

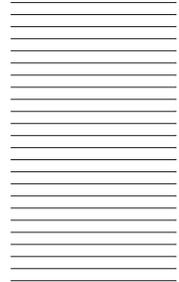
Modalidad Educación en Contextos de Encierro

Índice

Presentación	11
Capítulo 1. La naturaleza política del derecho	13
1. Visiones sobre el derecho	13
2. Génesis de los discursos normativos y las prácticas.	17
3. Selectividad del sistema penal	32
Referencias bibliográficas	41
Capítulo 2. La Constitución y los derechos humanos	43
1. El origen de los Estados y las constituciones modernas.	43
2. Los derechos civiles y políticos en el constitucionalismo moderno	48
3. Reconocimiento internacional de los derechos humanos universales	53
4. La Constitución argentina y el orden político jurídico	61
5. Proteger los derechos	71
Referencias bibliográficas	77
Capítulo 3. Derecho penal y sistema penal.	79
1. Fundamentos de derecho penal	79
2. El proceso penal	84
3. La situación de los presos y el control de constitucionalidad.	90
4. La cárcel como ejecución de la pena	92
Referencias bibliográficas	107
Capítulo 4. Niños y adolescentes en el sistema penal	109
1. Tensiones y definiciones político-jurídicas	109
2. El paradigma tutelar y el paradigma de protección integral de derechos en la ley.	114
Referencias bibliográficas	122
Capítulo 5. El derecho a la educación en contextos de encierro	123
1. Disciplina-libertad: tensiones en el campo de la educación.	123
2. Tensiones y disputas ético-políticas en las normas y en las prácticas	131
3. La garantía de la educación en contextos de encierro en acción.	150
Referencias bibliográficas	154
Capítulo 6. Sugerencias para seguir trabajando	155

Mariano H. Gutiérrez

Doctorando en Ciencias Sociales por la Universidad de Buenos Aires. Investigador del Instituto de Investigaciones Gino Germani (Facultad de Ciencias Sociales, UBA). Profesor adjunto de Derecho Penal I (carrera de grado UNLZ), de Criminología (carreras de posgrado de la UNLZ y UB) y de sociología del control social (carrera de posgrado, UBA). Autor de *La necesidad social de castigar* (2006), *La dinámica de las oposiciones y la inseguridad subjetiva* (2007) y compilador de *Políticas de seguridad: peligros y desafíos para la criminología del nuevo siglo* (2007).



Presentación

A través de este módulo nos proponemos reflexionar sobre la situación de las personas que se encuentran privadas de su libertad. En esta situación efectivamente compleja, se intentará dilucidar el entramado legal-institucional y práctico-discursivo donde se encuentran inmersos tanto aquellos que están alojados en instituciones de encierro como aquellos que ingresan allí en una función docente.

La educación en contextos de encierro se desarrolla en un campo complejo y multi-dimensional. En este módulo nos aproximaremos a la normativa regulatoria que atraviesa este campo, la cual no se refiere a una única ley o norma, ni a un conjunto sistemático y coherente de regulaciones, sino que en esta dimensión de lo jurídico se entrecruzan discursos, instituciones, criterios y concepciones distintas, muchas veces en tensión.

A partir de una perspectiva integral de los derechos, podremos analizar las características del sistema penal, de la legislación y de la organización específica de la cárcel, que regulan la vida de quienes están privados de su libertad.

Para abordar la dimensión jurídica de las prácticas educativas en contextos de encierro partimos del cuestionamiento de los fundamentos de una disciplina como el derecho. Sostenemos su naturaleza política, y para desentrañarla referimos a su génesis histórica en el marco de un contexto social, económico y cultural.

Luego proponemos una lectura de la Constitución Nacional que busca identificar aquellos principios y garantías que permiten algunas regulaciones del sistema penal. Desde una perspectiva histórica, se intenta comprender cómo los derechos humanos (tanto civiles y políticos como sociales) se fueron reconociendo en las constituciones, hasta llegar

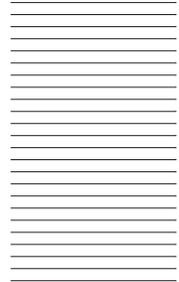
a la reforma constitucional de 1994. A la vez, analizamos el sistema político federal y el orden político-jurídico que se derivan de los principios asumidos en la Constitución. A partir de allí se hace hincapié en los vínculos, tensiones y contradicciones entre la normativa constitucional y las legislaciones nacionales y provinciales. Se especifican también los mecanismos constitucionales y administrativos para la protección de derechos en contextos de privación de libertad.

Este módulo brinda los elementos mínimos para comprender el derecho penal argentino, en lo que hace a su estructura de principios y garantías, sus discursos justificantes, su estructura procesal e incluso la manifestación casi exclusiva de su ejecución: la prisión. Esta comprensión no puede sino ser contextualizada: marcando las fuerzas e ideas políticas que se apropian de él y lo reforman o lo sostienen, que lo impulsan para un lado u otro, que luchan por los conceptos, por las etiquetas jurídicas, por imponer el “espíritu de la ley”.

Luego nos centramos en la situación de niños y jóvenes, cuyos particulares “sistemas de protección” se cruzan muchas veces con el sistema penal. Es necesario retomar algunos elementos de la “criminología” para dar cuenta de su tratamiento específico hacia los “jóvenes delincuentes”. Comparamos el paradigma tutelar y el paradigma de protección integral de derechos, marcando las tensiones y las continuidades que pueden observarse en la práctica.

Finalmente consideramos la tensión existente entre la educación como disciplina y la educación como derecho humano y social, desde el marco más amplio de la disputa por los sentidos que asume la educación en contextos de encierro. Procuramos profundizar el análisis de cómo estos sentidos se disputan en las normas (internacionales y nacionales) y en las prácticas. Y de esta manera abrimos la reflexión sobre las posibilidades de incidir en el reconocimiento de la educación como derecho humano, en sentido amplio, desde el rol docente y desde los espacios institucionales específicos.

Desde una mirada crítica, asumimos la existencia de distancias, tensiones y cruces entre las normas, y entre las normas y las prácticas. Invitamos a recorrer este módulo desde esta misma perspectiva.



CAPÍTULO 1. La naturaleza política del derecho

El **derecho**, junto con las transformaciones materiales de las instituciones y sus manifestaciones prácticas, es **fruto de luchas de intereses e ideologías**, cada una con una particular concepción de la persona y el orden social, con orígenes, objetivos y funcionalidades distintivas.

Resulta difícil explicar el valor de las normas jurídicas formalizadas en la ley para una persona concreta en una situación concreta, para entender qué puede hacer al respecto según la ley y sus mecanismos de protección. Resulta aún más difícil entonces explicar por qué la ley, que se presume coherente, que se presume que surge naturalmente del orden de las cosas, muchas veces no es coherente, no funciona, o es citada para justificar situaciones, decisiones o criterios que funcionan justo al revés de lo que la ley dice.

Aquí se intentará una aproximación a lo jurídico desde una visión no ingenua y no cómplice de un simplismo naturalista. Intentaremos hablar de derechos no enmascarando la naturaleza política de su origen, sino reivindicándola, o en todo caso resignificándola.

1. Visiones sobre el derecho

Desde el punto de vista que proponemos, los derechos que están escritos en los códigos son un artificio, una regla, una prescripción. **No dicen cómo son las cosas, sino que establecen cómo deberían ser.** En ese sentido, “el Derecho” no es una ciencia. En todo caso se parece más a un sistema ético que a uno científico, porque es prescriptivo y no

descriptivo. Al afirmar o establecer un derecho se propone (o se impone) una conducta, no se afirma su existencia. Por ello no hablaremos del “Derecho” con mayúscula y como un nombre propio sino del derecho, un instrumento, algo que existe entre muchas otras cosas, muta, es contradictorio y reconoce distintos orígenes.

En algunas dimensiones esta contradicción y distancia entre teoría y práctica es percibida por el saber popular. Los chistes sobre abogados y los refranes como “hecha la ley, hecha la trampa” dan cuenta de esta desconfianza que hay sobre las manifestaciones prácticas de ese sistema moral tan solemne, y pretenciosamente científico que dice ser “el Derecho”. Sin embargo, el refrán que más claramente refleja que lo que “el Derecho” dice de sí mismo (“Del dicho al hecho hay mucho trecho”) dista mucho de lo que es el derecho en la práctica, de cómo se construye en la realidad política concreta y de sus complejos y contradictorios efectos. En el mundo del derecho también se suele decir que el juez tiene dos bibliotecas, una dice exactamente lo contrario que la otra. Y según como quiere resolver usa una o la otra.

Hay que tener en cuenta esta advertencia porque si uno cree que el derecho es algo que existe por naturaleza, entonces puede caer en la falacia de no entender las lógicas que organizan las realidades cotidianas donde se aplican e inscriben los discursos del mundo del derecho, y que no suelen ser las que el derecho **prescribe** (y veremos, a veces está muy lejos de esto). Pero más peligroso aún es que si uno cae en esa trampa, esto es, creer que las normas describen un estado de cosas, el derecho terminaría funcionando como un sistema de encubrimiento de las injusticias y desigualdades sociales, cuestiones que hemos abordado en el Módulo 1 *Pensar la educación en contextos de encierro. Primeras aproximaciones a un campo en tensión*. Uno puede caer en la trampa de creer que si la injusticia no existe en la norma, las cosas están más o menos bien.

Si creemos que el sistema penitenciario, por ejemplo, está bien porque la ley prevé todos los derechos que en este módulo detallaremos, hemos caído en la trampa. El derecho es algo que se opone a la realidad. Nunca logra transformarla por completo, pero ejerce fuerza sobre ella. El derecho en este caso marca un límite, una frontera, y una dirección; indica una forma de funcionamiento “correcta” que debe ser defendida, impuesta, forzada incluso, sobre una realidad que nunca es absolutamente coherente con él. Pero por eso mismo el derecho también es una promesa y una apuesta, la de la posibilidad de quebrar el “las cosas son así” de la vida cotidiana de las instituciones.

Por ejemplo, sabemos que la realidad de las cárceles en el país es que funcionan de las maneras más disímiles que puedan pensarse, algunas muy terriblemente, muy lejos de lo que dice la ley. Lo mismo puede decirse de los institutos de “menores”, las policías o los tribunales. Los factores que influyen en esto son, entre otros:

1. Una cierta tradición institucional que provee de una forma de pensar y de actuar a los operadores de las agencias estatales (en el caso del sistema penal, a los operadores judiciales, penitenciarios, policiales, etc.), y que se trasmite en las prácticas cotidianas desde los actores expertos a los novatos. Tradición muy relacionada con los orígenes históricos de estas instituciones y sus funciones, que actúa como una fuerza inercial que genera resistencia a los cambios.
2. Una realidad material que limita a estas agencias en cuanto a sus objetivos y pretensiones, y muchas veces facilita otras formas de operar (por ejemplo, el financiamiento ilegal de la policía).
3. Tendencias de ciertas áreas estatales, instituciones y burocracias que tienden a crear sus propios saberes técnicos, que los separan de la lógica republicana del “bien público”, y muchas veces terminan por colocar a la supervivencia de la institución como objetivo primordial.
4. Factores externos que influyen en el funcionamiento concreto de una estructura burocrática en un territorio específico tales como: la idiosincrasia del lugar donde esa agencia actúa y de donde recluta a sus operadores; cuestiones geográficas como la densidad de población o la separación entre centros urbanos, la pobreza o riqueza del entorno, su funcionamiento con otras agencias o estructuras, etc.

En el Módulo 1. *Pensar la educación en contextos de encierro. Primeras aproximaciones a un campo en tensión* se presenta una descripción detallada de la situación social y carcelaria en nuestro país.

Todos estos factores –y muchos otros que aquí han quedado afuera– explican por qué a pesar de la existencia de una norma que dice cómo deben funcionar las instituciones, sus límites y alcances en la regulación de la vida de las personas, etc., muchas veces, en el nivel de las prácticas, la realidad se muestra de otra manera.

O lo que es lo mismo, el derecho nunca es plenamente operativo, no hace que las cosas funcionen automáticamente como él les ordena, sino que señala un horizonte, marca una dirección política; señala lo preferible, y lo que está mal, cuán mal está y qué debería tratar de hacerse para estar más cerca de esa situación ideal.

La pregunta no es entonces si el derecho existe. Siempre existe, porque siempre existe una dirección, una propuesta, un impulso, que pretende tener legitimidad y valor de

imposición. La pregunta es qué tan lejos está la realidad del orden ideal que ha quedado plasmado en el orden de la norma jurídica. La segunda pregunta es ¿cómo hacemos para estar cada vez más cerca de ese ideal?

Por supuesto esto no nos aleja de otra pregunta más profunda que es ¿en verdad estamos de acuerdo y/o queremos que esa norma formalizada en la ley sea el ideal a alcanzar? ¿Es esa la mejor dirección a la que pretendemos llevar las cosas? Veremos entonces, en un segundo momento, que el derecho es una construcción en permanente cambio. Lejos de reflejar un consenso armónico de valores, en los que todos estamos de acuerdo, cada grupo de poder que defiende intereses propios, cada estructura que funciona de determinada manera, lucha por ver plasmada su visión del mundo, que se construye alrededor de sus propios intereses, que se generalizan y presentan como valores. El objetivo final de esa lucha es lograr que esa visión del mundo quede plasmada en la ley, justamente porque la ley supone ser universal, y su cumplimiento se presume obligatorio. Es decir, que convertida en ley, la propia visión del mundo tiene fuerza para imponerse como superior o necesaria en el imaginario colectivo y en la práctica política: siempre existe la posibilidad de obligar por la fuerza que la ley se cumpla.

Esa lucha se ve muy claramente en todas las áreas del derecho que aquí cobran relevancia. Se enfrentan varias visiones del mundo, concepciones políticas e intereses que en general se organizan en torno a dos polos. Un derecho penal de garantías contra un sistema peligrorista.¹¹ Un derecho de protección de niños contra un sistema de tutela coactiva de menores. Y en la educación en contextos de encierro, la concepción de educación como derecho humano contra la noción de educación como tratamiento. Es decir, una idea de derechos humanos que no pueden ser sometidos al interés correccional contra una idea de los “beneficios” del tratamiento penitenciario administrados en función a un objetivo correccional.

Por otro lado, vimos en el Módulo 1. *Pensar la educación en contextos de encierro. Primeras aproximaciones a un campo en tensión* que hay una génesis histórica de estas prácticas y visiones que se explica en función de su contexto histórico y de la lucha de intereses e ideologías. Debemos aquí retomar algunos de estos rastreos históricos, adaptándolos a la

¹¹ Aunque desarrollaremos este tema más adelante, aclaramos que llamamos sistema “peligrorista” a aquel que actúa en función de un peligro que presume, o imputa o diagnostica a ciertas personas en particular. Tanto la psiquiatría como el sistema penal pueden caer en el “peligrorismo” cuando asignan niveles de peligrosidad a las personas, y actúan internando o castigando en función de ello, para “proteger a la sociedad”. En ambos casos se abandonan o se dejan en segundo plano las nociones claves clásicas (como la “culpa” y el castigo; o la patología y su cura), en función de los objetivos prioritarios de la defensa social en contra del “peligro”.

problemática específica, con la advertencia de que este rastreo histórico no significa que estas lógicas tengan una fecha exacta de nacimiento y defunción ni sean sucesivas. El comienzo de una racionalidad ²² de gobierno o la generalización de un tipo de técnicas no significa la desaparición de la otra. Más bien, son como fenómenos geológicos, una erosiona a la anterior, pero también se deposita sobre ella.

Se superponen y se yuxtaponen. La periodización que utilizamos sólo significa que en determinado contexto un tipo de ideas y de prácticas se generalizó y dominó por sobre las otras, en concordancia con los fenómenos históricos (sociales, políticos, económicos) en los que se desarrollaba. Pero como veremos, también reaparecen viejas lógicas en nuevo formato. En la historia de las instituciones penales, por ejemplo, las viejas ideas reaparecen y se reflotan, pero en distintos contextos, y por ello, se resignifican, una y otra vez. Y no hay sólo lucha, sino cruces, simbiosis, conflictos, diferencias y semejanzas. Este rastreo histórico nos remite a la idea de que el derecho es una construcción en permanente cambio.

Dedicamos el capítulo 2 del Módulo 1. *Pensar la educación en contextos de encierro. Primeras aproximaciones a un campo en tensión* para estudiar el origen de la cárcel y de la escuela.

2. Génesis de los discursos normativos y las prácticas

Analizaremos en su faz más normativa algunas cuestiones que en el módulo anterior se historizaron. Aunque esta historización suele seguir modelos europeos en el campo de las ideas penales encontramos bastante correspondencia con el contexto latinoamericano y sobre todo con el argentino. Por lo cual nos podremos permitir utilizarla también en nuestro caso, siempre y cuando luego hagamos la respectiva relocalización de los conceptos que se presentan.

Para analizar esta “genealogía” hay que tener presente la advertencia de Nietzsche en el tratado II de *Genealogía de la moral*:

² El término “racionalidad” no alude aquí a una facultad o capacidad psicológica, sino que se inscribe en el terreno de las instituciones, y se vincula a las prácticas, sus fundamentos, los modos de relación entre los hombres que establecen los fines y objetivos que éstos se proponen al actuar colectivamente, etc.

La causa original de una cosa y su utilidad final, su empleo efectivo, su clasificación en el sistema de causas finales, son dos puntos separados por completo; una cosa que existe, una cosa que ha sido producida de una manera cualquiera es siempre llevada por un poder que le es superior hacia nuevos propósitos, siempre puestas a requisición, puestas y transformadas para un empleo nuevo... su uso puede ser una cadena ininterrumpida de interpretaciones y de aplicaciones siempre nuevas, cuya causa no tienen que ser si quiera ligadas entre ellas. (Nietzsche, 1994 [1887]: 177)

Cuando los juristas cuentan la historia del derecho penal y del sistema penal, suelen hacer más bien una historia de las ideas penales, no así de las prácticas. Es decir, una historia de qué se discutía, en los foros, en las academias, en los parlamentos sobre qué era la ley, su relación con el individuo (el ciudadano), cuál es el fundamento de la autoridada, y cómo hay que lidiar con los conflictos surgidos de los homicidios, los robos, el incesto, etc. Al crear algo así como “el Derecho”, desde la antigüedad los juristas han expropiado e intentado monopolizar el derecho de definir qué es el derecho, es decir **cuáles son las expectativas de conductas exigibles o imponibles y cómo**. O lo que es lo mismo, han pretendido tener el monopolio de una de las principales vías para formar el imaginario sobre la ética colectiva y así poder determinar la conducta de los otros (léase: tener poder). Pero por lo general esta historia, aún presentada críticamente, en su faz jurídica suele olvidar otra tanto o más importante, que es la historia de las prácticas. En nuestro caso, de las prácticas penales. Es decir, la historia de las relaciones entre el poder punitivo y el individuo, los límites y alcances de las estructuras jurídicas para incidir en la vida de los ciudadanos, cómo se ha ido definiendo a aquel que merece un dolor justificado y por qué, qué se ha hecho efectivamente con aquel que es considerado homicida, ladrón o incestuoso. En fin, la historia de los verdugos, de la penitencia, de las cárceles.

Por supuesto, ambas historias, la del derecho y la de las prácticas penales, están relacionadas. Pero no son idénticas. Ni la historia de lo que se piensa y lo que se dice se corresponde necesariamente con la historia de lo que se hace. En este particular campo, el penal, ambas son historias que se van tramando con hilos que se tejen y destejen, tramas que a veces se juntan y a veces se separan. A veces se mezclan y a veces se distancian. Como veremos, muchas veces lo que se dice apoya lo que se hace, otras veces lo niega, a veces lo encubre y otras tantas lo cuestiona. Otras veces se contradicen pero parecen coexistir. Algunas, lo que se piensa y se dice produce lo que se hace. Y la mayoría de las veces todos estos efectos incoherentes y heterogéneos se dan juntos y al mismo tiempo.

A fines del siglo XVIII en Europa comienza la era de las revoluciones burguesas, que se imponen al “Antiguo Régimen” monárquico y fundan repúblicas (o monarquías constitucionales) cuya clave política era ya no la obediencia a la autoridad real y su origen divino, sino una asociación amplia de individuos (todos los hombres adultos de la nación) con derechos que se suponían innatos, propios, por afuera y por arriba de la autoridad real. Individuos que se asociaban y creaban la autoridad para protegerse mutuamente. La genealogía de los reyes y el poder de guerra del barón como fuentes de legitimidad del poder terminaban por ceder paso así a la “razón” humana, en un proceso que venía desarrollándose desde hacía siglos. Y la espada comenzó a trabajar en función de la mercadería. Cuajó entonces una nueva especie de humanismo ilustrado y científico, separado de su fuente religiosa, que está en la base de nuestras modernas repúblicas. Y con ellas, el derecho penal se rediseñaba, en correspondencia con ese gran proyecto civilizatorio. Su manifestación más duradera en el orden constitucional y en la lógica jurídico-penal provino del contractualismo, sobre el que volveremos más adelante.

Hemos visto en el Módulo 1. *Pensar la educación en contextos de encierro. Primeras aproximaciones a un campo en tensión* –y volveremos sobre ello más adelante– que, sin embargo, las manifestaciones prácticas de este “gran proyecto civilizatorio” de Occidente estaban lejos de ser coherentes, neutrales y reductoras de la violencia, tal como se pretendía en sus discursos. Y es que el correlato de este gran proyecto político a nivel económico y de estructura social era el triunfo definitivo de lo que se denominó capitalismo. Una estructura social y productiva basada en la separación de clases: los que producen las mercancías con su mano de obra y aquellos que poseen los medios para producirlas. Por ello mismo, una clase poseedora triunfante y una clase desposeída sometida al poder organizador de la otra. El derecho penal y la aplicación de la retórica de los derechos humanos en general, entonces, fue sometida a la necesidad de estabilidad de este nuevo orden –también– económico y social.

Desde que las repúblicas modernas desplazan a las monarquías, el discurso de los derechos universales hace tomar conciencia a las clases desposeídas de su situación y cuestionar la visión restringida de esos derechos. El siglo XIX fue una época profusa en revueltas, revoluciones e intentos de revoluciones en Europa. Como correlato, los intereses de las clases dominantes producen saberes que se dirigen a controlar y aplacar la inestabilidad política. El discurso más fuerte en este sentido es el que intentará afirmarse científico, sosteniendo que la revuelta y el desorden social es una patología. A fines del siglo XIX, y en pleno auge del positivismo científico, las ideas humanistas de la ilustración se ven atacadas en Europa y su zona de influencia principalmente por corrientes

científicas que parten de una mirada médica sobre el “cuerpo” social o de una mirada zoológica sobre la relación entre las distintas “razas” humanas. Así de la “antropología criminal”, de la “biología criminal”, de la psiquiatría y de la “sociología criminal” nace una nueva pseudociencia que se autotitulará “criminología”. Podríamos sintetizar esta corriente de pensamiento positivista diciendo que critica como anticientífica la anterior concepción “clásica” del hombre del ideal iluminista y afirma que el problema del orden social puede ser abordado “científicamente”, para lo cual –en sus versiones más ambiciosas– propuso dejar de lado concepciones morales anticientíficas (“metafísicas”) como lo bueno y lo malo, la culpa o la responsabilidad, y reemplazarlas por nociones científicas. Naturalizando así el orden social (ese particular orden social, de esa época, y de ese contexto), lo que sea distinto o atente contra él será patológico, y por lo tanto, los hombres, que se comportan exclusivamente determinados por factores bio-psico-sociales, tendrán distintos grados de peligrosidad (o “temibilidad”) para ese orden social naturalizado que había que defender.³³

Se trata entonces, de reemplazar la noción del hombre racional que actúa por voluntad propia, por el hombre mecánico, que actúa por condicionamientos biopsicosociales. Frente a este hombre la pena no tiene ningún papel como “costo a pagar”, sino que se asume que se deben tomar medidas de “defensa social”, presuponiendo la existencia de una sociedad sana y ordenada. Las medidas consisten en transformar, reducir, aislar o neutralizar a este tipo de hombres según su peligrosidad y, una vez en el mecanismo disciplinario, según su resistencia al cambio. Así, cobraron estatus científico prácticas institucionales ya generalizadas muchas décadas antes, como la de someter a “tratamiento” a los presos para intentar “corregirlos”. Y se impone de allí en más con perdurabilidad a este tratamiento el objetivo “rehabilitador”. Este era el ideal correccionalista presente en la criminología.

Estas nuevas ideas, que se suelen englobar bajo la categoría de “positivismo criminológico” fueron criticadas desde su nacimiento por varias razones desde otras disciplinas, como la sociología durkheimiana, la historia marxista y el psicoanálisis, así como desde la filosofía iluminista clásica, que en el campo jurídico permanecía en pie. Primero porque naturalizaban y consideraban como sano un particular orden histórico, obviando así problemas sociológicos, históricos y políticos fundamentales. Segundo porque forzaban metodológicamente sus conclusiones, cometiendo errores de investigación que necesariamente sesgaban el resultado, intentando demostrar estadísticamente –siempre de forma

³³ Véase para estas cuestiones, entre muchos otros posibles, Pavarini (1983).

insuficiente— sus planteos teóricos. Tercero —y tal vez la más fuerte de sus críticas— porque claramente era un saber que se acomodaba a los requerimientos políticos de las clases dominantes. Así como en Italia se “descubría” que los mediterráneos eran hombres atávicos, algo así como asesinos por naturaleza, en Inglaterra se probaba “científicamente” que los irlandeses eran inferiores, y por ello se debía esterilizar a las mujeres de esa nacionalidad. En Argentina, hasta fines del siglo XIX, los “indios” representaban un nivel evolutivo inferior y eran, por tanto, incivilizables para gran parte de la generación del 80 y sus próceres. Para la mayoría de los exponentes del positivismo argentino, esta condición atávica se extendía a los productos del mestizaje indígena, los gauchos, por lo que había que eliminarlos culturalmente (imponiendo un tipo de educación europea o anglosajona) o biológicamente (suplantándola por la mano de obra más civilizada del inmigrante europeo). A principios del siglo XX, en cambio, se “demostró” que los hombres peligrosos y temibles eran los inmigrantes españoles e italianos, principalmente los anarquistas (cuya opción política obedecía a una afectación en las “facultades morales”) y los comunistas.

Por estas falencias, y porque toda la organización jurídica nacional estaba pensada, desde la Constitución para abajo, en términos jurídicos humanistas, modernistas y republicanos, el positivismo criminológico no logró derrocar por completo a las leyes penales inspiradas en el espíritu “clásico” del “derecho penal de acto”, que afirma que se castiga por la conducta del autor y no por sus cualidades intrínsecas, como ser extranjero, ser indígena, ser joven. Sin embargo, al ser funcionales a los intereses políticos de las clases dominantes, sus postulados generaron nueva legislación, se infiltraron en las viejas leyes y produjeron mixturas.

Así es como a pesar de que los códigos siguen suponiendo libre albedrío, cálculo y un autor responsable, incorporan a comienzos del siglo XX un espíritu de defensa social contra el peligroso. Admiten medidas de seguridad que no tienen el carácter de sanción y que no necesitan responsabilidad del autor, como la internación de los locos e incluso dejan filtrar aquí y allá algunas leyes, algunas palabras, algunos artículos basadas en este espíritu de “derecho penal de autor”. Se crea así un derecho penal de “doble vía” que muchas veces riñe con los preceptos constitucionales, inspirados en el liberalismo humanista burgués de la primera modernidad.⁴

⁴ La “doble vía” en el derecho penal es la habilitación a que se castigue con pena a los sujetos racionales y se apliquen “medidas de seguridad” a los no racionales o no responsables, en función del peligro que representan (medida de seguridad que tiene las mismas condiciones materiales de la pena).

Por otro lado, estos saberes revolucionaron los discursos policiales y penitenciarios que contarían con un instrumento “científico” para avalar muchas de sus prácticas. La legislación, decretos y reglamentos a nivel policial y penitenciario se apropiaron de este instrumento y legitimaron viejas prácticas ya establecidas como saberes técnicos de estas agencias. Incluso hasta hoy, ya veremos, perduran en estas agencias, muchas técnicas de investigación, control y clasificación articuladas y sostenidas por estos discursos positivistas.

2.1. La posguerra y el nuevo esquema político cultural

Ya en el siglo XX, luego de la segunda posguerra, los discursos modernos comienzan a entrar en crisis. No sólo se comienza a ver que las prácticas niegan a los mismos discursos que supuestamente las sostienen (como ya veremos en el caso de la criminología), sino que se inicia una crítica generalizada, de raíz, a todo lo que representó la modernidad, desde

En el Módulo 1. *Pensar la educación en contextos de encierro. Primeras aproximaciones a un campo en tensión* se desarrollan otras referencias sobre el concepto de “institución total”.

los mismos presupuestos filosóficos de sus discursos. Y como correlato, la criminología comienza a hacerse los mismos cuestionamientos sobre las ideas penales.

Tal vez sea imposible pensar esta crisis generalizada de las ideas penales sin tomar en cuenta el golpe psicológico y simbólico que el nazismo, el holocausto y la Segunda Guerra Mundial representaron para los contextos centrales (Europa y Estados Unidos) que se consideraban civilizados, científicamente superiores e incuestionables.

El holocausto muestra como ese mismo saber técnico (el positivismo), esa misma confianza en el Estado científicamente organizado, y en la neutralidad moral de las ciencias, fue la que sostuvo que una “raza” podía reclamar el dominio sobre otras, que otra “raza” debía perecer, y que se podía poner a la burocracia estatal en función de estos objetivos.

En este clima de época fructifica la desconfianza hacia el Estado moderno y hacia sus pretensiones de neutralidad científica y política. Comienzan a florecer los estudios críticos del efecto de las burocracias estatales sobre la naturaleza humana. Entre los años cincuenta y setenta, decenas de estudios principalmente desde la sociología y la psicología se dedican a demostrar que el paso por estas grandes instituciones que reglamentan la totalidad de la vida cotidiana de una persona durante un largo tiempo de su vida (tanto la cárcel

como el instituto de menores), lejos de hacer de esta persona alguien con mayor capacidad para asumir responsabilidades de la vida en libertad, o con mayores capacidades para vivir y desarrollarse mediante las vías legítimas, lo que producen es todo lo contrario.

Esto ocurre porque la regla primera de toda “institución total” (pues de una de ellas se trata) es mantener el orden, lo cual impone ciertas condiciones. No significa que esto sea el resultado de una estrategia pensada, sino que es el efecto –no reconocido institucionalmente– que producen las mismas reglas que necesitan estas instituciones para funcionar. Para comenzar, estas instituciones que trabajan con grandes números de personas, deben lograr en ellas cierta homogeneidad, deben poder manejarlas y administrarlas en plural, colectiva e individualmente. Para ello, entonces, hay siempre un primer proceso de despersonalización en que el interno es despojado de su identidad anterior. Se lo clasifica dentro de un cierto grupo, cambia su apariencia, se le ordena cierta forma de actuar y de comportarse, y, casi siempre, su nombre es suplantado por un apodo. Además, por un período variable, pierde el contacto con sus relaciones sociales exteriores, o estas quedan reducidas a visitas excepcionales. De esta manera se lo separa de su entorno, de su pasado y se lo “desculturaliza”. Se lo priva de la posibilidad de tomar sus propias decisiones, al reglamentar aún los aspectos más íntimos de sus conductas y los horarios de sus actividades, reduciendo así el ámbito de su voluntad y responsabilidad. Pero al mismo tiempo, debe aprender nuevas reglas, debe aprender nuevas categorías que incluyen una separación jerárquica en la que a él le toca el papel de subordinado (por ejemplo, entre “internos” y “personal”), y aún otras gradaciones jerárquicas dentro del mundo de los internos. Quien tenga experiencia en cárceles podría encontrarse con estas preguntas: ¿cómo se organizan los pabellones? ¿Es según las necesidades del tratamiento correccional, por ejemplo dividiendo procesados de condenados, y a los condenados según etapas en su proceso de rehabilitación? ¿O más bien según etiquetas que dependen del delito cometido, y del estatus de la violencia que sepan exhibir y manejar los mismos internos? ¿Siguen categorías correctivas o categorías subculturales de valores justamente opuestos a los que se supone debe incorporar el interno para su resocialización? Y dentro de cada pabellón, ¿quién es considerado el jerárquicamente superior: el que más responde al tratamiento y obedece la ley, o el más guapo, el que está más dispuesto a defenderse de los demás y a someterlos por la violencia? En algunos casos, a este jefe se lo llama “capanga” o “limpieza”, porque es el que el personal reconoce como el que puede mantener el grupo bajo control y negocia con él (el encargado de mantener la “limpieza”, es decir, el orden). A quien es sometido por los presos de jerarquías superiores, se lo humilla llamándole “gato”. Se llama “refugiados” a los acusados por delitos sexuales o los que por profesar una religión particular y

obtener de ello beneficios para la vida cotidiana interna despiertan la envidia de los otros; se les llama así porque si fueran expuestos a la población común correrían peligro de ser atacados, incluso abusados o muertos, y por eso deben estar en un pabellón aparte.

Es decir, el mundo interno, en el que participan activamente tanto internos como personal, crea etiquetas violentamente, destruye la identidad social anterior, y construye una nueva. Y esta lógica es co-construida no sólo por la a veces llamada “subcultura carcelaria” sino también por el mundo del personal que se articula con ella: crea las condiciones para que actúe, la reproduce y la sostiene.

Así, se suprime sobre los internos una nueva personalidad, que depende de la destrucción de la anterior. Y esta nueva personalidad tiene como principio estructurante su separación con el mundo jerárquico del personal y la aceptación de su sometimiento a ellos. El mundo de los internos crea sus propias reglas que lo distinguen y enfrentan, pero le permiten convivir y negociar con el mundo del personal. Y el novato debe aprender esas reglas de convivencia y supervivencia, que, por supuesto, ya no tienen que ver con los objetivos declarados de cuidado, tratamiento y resocialización, sino con el aprendizaje de técnicas y jerarquías del mundo de los “internos” (en nuestro caso, los presos).⁵

Finalmente, **cuando el “interno” “egresa”, ya ha perdido sus habilidades sociales, cortado sus vínculos con el exterior, asumido una nueva identidad; en definitiva ,ya es un ser no apto para la vida social en el entorno exterior, al menos no en el sentido que se pretendía en la letra legal.** Ha asumido una personalidad endurecida, que ha internalizado los códigos de la cultura del interior de la institución total, pero que a la vez es una autorrepresentación humillada y sometida (y por lo tanto con resentimiento), acostumbrada a sentir que de todas maneras el ámbito de su decisión es mínimo, y que en cierto modo su destino ya está determinado por el paso por la institución (Goffman, 1973).

Este es sólo uno de los procesos por el cual se afirma que la reacción de etiquetamiento genera al delincuente. Tiene su correlato en las mismas prácticas sociales de etiquetamiento que señala Becker en *Outsiders* (2009) y en las prácticas policiales de vigilancia al sospechoso (particularmente a aquel que ha pasado por una de estas instituciones, léase instituto de menores o cárcel) como las que relata Matza en *El proceso de la desviación* (1981).

Comprobar que este análisis es correcto en la gran mayoría de los casos plantea un dilema complejo. Por un lado, estas instituciones son el resultado de la aplicación de todas las disciplinas modernas y de la manera más “científica” de abordar el problema. Por otro lado, en la práctica, por más reformas que se han intentado, nunca han dejado de

⁵ Véase, principalmente, Goffman (1973: cap. 1).

ser ámbitos donde el sometimiento en el interior de sus muros es brutal, sino que además generan estigmatización y fijan la identidad “delincuente”, resultando por tanto, factores criminógenos. **Es decir que en su funcionamiento las instituciones como las cárceles ayudan a producir y fortalecer el mismo problema que se supone deberían reducir y reformar: la “delincuencia”.**

Llegamos así a la época del pensamiento que se desarrolla entre las décadas de 1960 y 1970, en la que la ciencia, la técnica, y el Estado podían y debían, entonces, ser cuestionados desde la indignación moral, desde la alarma, desde el rescate de los viejos y olvidados valores humanos.

Renace a partir de los años setenta entonces así una obsesión libertaria y liberal por el “hombre nuevo”, una búsqueda de afirmar la individualidad del hombre contra el Estado y las instituciones que lo “alienan”. Una búsqueda que será a la vez por izquierda (la búsqueda de lo humano en la solidaridad, el compromiso, etc.) y por derecha (la búsqueda de lo humano en la afirmación del individuo contra la masa, la competencia liberada). También aparece con fuerza una apelación algo “premoderna” a la moralidad; el rescate de mitologías olvidadas, como la “comunidad”, en contra de la fría técnica y del Estado; la impugnación generalizada a “la política” a favor de una supuesta “moral” sin ideología. Este será el momento de ruptura cultural que luego permitirá que, desde los setenta, triunfe el neoliberalismo, que también depende de una impugnación generalizada al Estado y a todo lo que está relacionado con él.

Es curioso que para que el Estado fuera exitosamente cuestionado por derecha (para imponer sobre él la ley del mercado y la apelación a viejos valores morales) la historia requería que este Estado demostrase qué tan terrible podía llegar a ser. En el caso de Alemania, sólo después de que el “Gran Estado” quedara en el imaginario occidental necesariamente asociado a la Segunda Guerra, al nazismo y al genocidio fue suplantado por el Estado regulador de la socialdemocracia. Esta nueva forma de concebir la política subordinada a la economía resultó ser el verdugo del socialismo democrático, y por ello el primer paso de la transformación del “estatismo” hacia el neoliberalismo. En nuestro caso, las mismas fuerzas de derecha neoliberal-conservadora que llevaron al Estado a demostrar su poder de destrucción en el Proceso de Reorganización Nacional (1976-1983), se montaron luego sobre la crítica hiperliberal para desarmar a ese mismo Estado, acusándolo de peligroso, y así lograr separar la política de la cuestión social (convirtiéndola en una cuestión de gestión y de gerenciamiento) e intentar reducir al Estado a una función de garante del mercado.

Tampoco podemos obviar que en muchos lugares del mundo –y sin duda fuertemente a nivel regional– ha habido intentos más o menos duraderos de rescatar la legitimidad del Estado como herramienta de inclusión y promotora de equidad, y de volver a someter al mercado a los objetivos del Estado-nación. Pero no estamos en condiciones de afirmar que estos movimientos hayan triunfado e impuesto un freno o una vuelta al viejo Estado, en tanto Estado fuerte, presente y planificador. Hay heterogeneidad y lucha, variedad, múltiples direcciones que se están ensayando. Y esto también tendrá un correlato en el mundo penal.

Resumiendo, el mundo industrial disciplinario europeo y estadounidense que es el correlato de las disciplinas que acabamos de describir comenzó a transformarse fuertemente a partir de la década de 1960. El rol de las disciplinas como organizadoras de la identidad social pasó a un segundo plano. Junto con los ataques al Estado de Bienestar /

Pueden encontrarse ejemplos que ilustran estos cambios culturales en los personajes de la película *Busco mi destino* (*Easy Rider*) de Peter Fonda o el libro *En el camino* de Jack Kerouac.

Estado de Vigilancia provenientes de todo el espectro liberal, es decir, con esa idea de inspiración orwelliana de que todo Estado grande y regulador tiene un germen de fascismo, o es el embrión del totalitarismo –en fin, toda una tendencia que Foucault (2007) sintetiza como “fobia al Estado”– comenzó a imponerse un patrón cultural nuevo que rescataba **la emancipación individual como la única salida posible** frente al peligro del Estado totalitario. El cambio se hizo muy visible en la industria cultural: comenzó a construirse un nuevo

héroe romántico: el “beatnik”, el que busca su destino, el que hace camino sólo. Una idea que empezó a crecer es la de que la “masa”, el “rebaño”, la sociedad, o el Estado son imposiciones alienantes frente a las cuales hay que rebelarse afirmando la propia individualidad. El “nuevo hombre” dejó de ser el hombre solidario del socialismo, y pasó a ser el héroe individual, el rebelde.

La emancipación del individuo es una bandera liberal que enarbolaron tanto los socialistas no soviéticos (la nueva izquierda, representada por ejemplo por Herbert Marcuse) como los neoliberales y neoconservadores. Es por ello que esta ruptura cultural fue muchas veces leída en términos neutros y se proclamó que ya no existía ni izquierda ni derecha. Sin embargo, no es cierto que hubieran muerto las ideologías. Lo que sí estaba sucediendo es que en ese momento de confusión se rebarajaban las reivindicaciones simbólicas, los valores explícitos, las posiciones de coyuntura. Y este es un momento muy importante para entender el tema que aquí nos convoca.

La posmodernidad (concepto irremediabilmente difuso) supone algo así como un sismo que remueve todas las capas sedimentarias, de las lógicas de gobierno, del pensamiento ético-científico, mezclándolas, sacando a la superficie prácticas o ideas que parecían enterradas, combinándolas con las más nuevas y recientes. Ocultando otras que antes parecían cubrir toda la superficie.

Una de las manifestaciones más poderosas del cambio en este período es lo que se suele englobar bajo el mote de “neoliberalismo”. Es difícil de definir este término en pocas líneas pero más o menos hay ciertos consensos: la evaluación crítica permanente del Estado con las reglas del mercado; el desarmado o la degradación de todas las instituciones y organizaciones intermediarias entre el mercado y el individuo (los sindicatos, la seguridad social universal, la salud pública, la educación pública); la recategorización de la inversión social bajo el formato del “gasto”, y su consecuentemente necesaria minimización; la reconversión del rol del Estado, no como organizador de la sociedad, sino como garante del mercado, que será el nuevo organizador de la sociedad (Foucault, 2007).

Todo este proceso tiene un correlato a nivel cultural. Correlato que funciona a su vez como su condición de posibilidad y como su efecto: la revitalización del individuo que opera como un *free rider*, que busca su propio interés, su propia satisfacción. Y que para ello debe “arriesgar”. El prototipo de este empresario de sí mismo es el entrepreneur o el “emprendedor”.

Ser empresario ya no es rol de una clase social. Cualquiera con interés y audacia puede ser entrepreneur y ser exitoso. Este sujeto es el reverso cínico y materialista del beatnik que buscaba su destino. También ahora hay que buscar el propio destino y el territorio donde se despliega esa búsqueda es el mercado, aún más, el mercado internacional. El mapa de ese territorio es la Bolsa.

Ahora bien, si el mundo industrial, controlado y homogeneizante descansaba en el archipiélago de las burocracias disciplinarias, ¿qué rol les cabe a las clásicas instituciones nacidas con la sociedad disciplinaria en esta nueva configuración social? Sin dudas, otro. Porque si el otro mundo se apoyaba en la fabricación de identidades profesionales fuertes y estables, éste requiere de individuos egoístas y audaces, no firmes, sino flexibles, no estables, sino arriesgados, no controlados por la familia ni la escuela, sino liberados, improvisadores, “creativos”. Si la lógica burocrática disciplinaria sometía al individuo a la

Recomendamos comparar estos procesos con las características de la sociedad postdisciplinaria desarrolladas en el Módulo 1. *Pensar la educación en contextos de encierro. Primeras aproximaciones a un campo en tensión.*

comunidad organizada que era el Estado-nación, la lógica neoliberal exalta al individuo arriesgado y gracias a la posibilidad técnica que da la “globalización”, lo organiza en “microcomunidades”, en “redes sociales” muchas veces “translocales”; al mismo tiempo otros procesos de identificación social se fueron desarrollando fundamentalmente entre los jóvenes, dando lugar a las llamadas “tribus”.

Si en el mundo disciplinario la diferencia individual era considerada desviación, y por lo tanto una trasgresión peligrosa que debía ser perseguida y controlada, hoy la diferencia es celebrada y estimulada como parte de esa heterogeneidad y de la manifestación de ese individuo que “no sigue al rebaño”. En realidad, esta nueva significación de la diferencia tampoco opera de igual modo en toda la sociedad: la diferencia es celebrada en el individuo exitoso como marca de distinción y singularidad, y castigada en el fracasado como marca de inadaptación.

En este nuevo gran esquema político-cultural que es el correlato de una nueva organización económica y social, las herramientas para gobernar también son otras y en un primer momento son tomadas de la caja de herramientas de la economía del mercado, de las técnicas de los seguros y de la estadística. Se deroga la seguridad social y se convierte en seguros focalizados para grupos de riesgo. Los “ciudadanos” son recategorizados como “usuarios” de servicios, o “beneficiarios” de planes sociales, o “vecinos” víctimas de delitos, o “la gente” para la opinión pública manejada en los medios, y en “grupos de riesgo” para el sistema sanitario y el sistema penal.

Tal como describe Bauman en *Trabajo, consumismo y nuevos pobres* (2000), esta nueva organización social y productiva descansa en un individuo consumista guiado por un deseo de satisfacción fugaz, que simultáneamente lo mantiene en una insatisfacción permanente. En los dos primeros capítulos de dicho libro señala una suerte de consumismo compulsivo de un sujeto que en muchos aspectos se encuentra a la deriva, desarraigado de referentes socioculturales sólidos y con cierta permanencia. En alguna medida, aquellos grandes relatos otorgaban estabilidad, al tiempo que cierta fijeza, inmovilidad y homogeneidad al sujeto moderno. Este nuevo individuo consumista (que es a la vez el consumidor y el trabajador), clave en el sostenimiento del sistema sociocultural que acompaña a esta organización productiva es diverso, heterogéneo. En lo moral, liberal; en la planificación de su vida, flexible, desarraigado. En su psicología social, inseguro y miedoso (y por lo tanto, pronto a las soluciones de “mano dura” y con exabruptos represivos), tal como lo retrata Jock Young (2008).

2.2. Las paradojas en el campo del control de delito

En el pensamiento penal este proceso de crítica se traduce en una denuncia generalizada al sistema penal como el encargado del trabajo sucio del sistema de dominación de clases, del control político, del autoritarismo estatal, y genera un consecuente grito de “nada sirve”: la cárcel no sirve, la resocialización no sirve, la supuesta “ciencia” criminológica no sirve (Garland, 2005). Grito que vaciará de contenido a las discusiones sobre propuestas político-criminales pues, a fin de cuentas, todas serán cómplices entonces de una gran mentira y del dolor que genera el sistema penal. Pero que pronto será respondido por los conservadores con “Esto es lo que sirve: la mano dura”, lo que podría resumirse así: “Aunque ni la cárcel ni la resocialización sirvan, hay que meter más gente presa, por más tiempo, para incapacitarlos, para demostrar autoridad, para sentar principios morales”.⁶ Esta será la voz finalmente triunfante en el sistema penal en términos políticos y de resultados.

Pero también generará otras respuestas de parte de juristas que intentarán rescatar el espíritu del iluminismo. Una propuesta puede ser “si nada de esto sirve, al menos la forma en que se aplica el derecho penal debe ser garantía de racionalidad, necesidad y medida” (así podríamos sintetizar el garantismo minimalista de Ferrajoli, 1995). Y, con algo menos de éxito, por filósofos de espíritu libertario que proponen salir de ese esquema de pensamiento: “en efecto nada de lo relacionado con esta forma de pensar y actuar sobre el delito y el castigo sirve: es necesario encontrar otra manera menos violenta de enfocar el problema” (sintetizando la de los abolicionistas, como Nils Christie, 1981). Y finalmente, criminólogos que rescatan a la sociología y al pensamiento crítico propondrán: “No hay que impugnar todo al mismo tiempo. Hay que distinguir lo que sí sirve de lo que no sirve. Continuar con lo que sí sirve. Cambiar lo que no sirve” (sintetizamos así el pensamiento de los “realistas de izquierda”, como Lea y Young, 2001).

Ocurrirá, por otro lado, que en este momento de voces cruzadas, luchas de discursos heterogéneos y diversos, nuevas ideas se colarán en la cuestión penal: técnicas de vigilancia y prevención que surgen de los particulares –vecinos organizados, personas individuales buscando soluciones espontáneas de protección– y del mundo empresario y que impactan en este Estado de legitimidad tan golpeada, que les cede lugar, se acomoda a ellas, las adopta parcialmente.

⁶ Véase un compilado de estas propuestas llamadas “realismo de derecha” en AA.VV. (2001).

El correlato de este fenómeno y sus consecuencias en la política penal prueba algunas de las advertencias de Nietzsche en *La genealogía de la moral*.

A medida que se acrecienta el poder, una comunidad concede menos importancia a las faltas de sus miembros, porque estos miembros no le parecen ya ni peligrosos para la existencia del conjunto ni subversivos en la misma medida: el malhechor no es ya arrojado y ‘privado de la paz’; la cólera general no puede ya, como en otro tiempo encontrar libre curso contra él. Antes bien, se defiende cuidadosamente al malhechor contra esta cólera, se lo protege, sobre todo contra los que han sufrido el daño inmediato. El compromiso con la cólera de los que han sufrido, el esfuerzo intentado para localizar el caso y obviar así una efervescencia, una perturbación mayor o general; la búsqueda de equivalentes para arreglar el asunto (la compositio); ante todo, la voluntad cada vez más firme de considerar cualquier infracción como pudiendo ser expiada, y por consiguiente “aislar” al menos en cierta medida al delincuente de su delito [...] Si el poder y la conciencia individuales se acreciesen en una comunidad, el derecho penal siempre se suavizaría: **desde el momento en que un debilitamiento o un peligro profundo se manifiestan, al punto las formas más rigurosas de la penalidad reaparecen.** (Nietzsche, 1997 [1887]: 174.

Las manifestaciones de este proceso en el campo del control del delito son de lo más paradójicas. Como sabemos, a pesar de que las críticas neoliberales se realizan contra el Gran Estado y contra el gasto público, las cárceles, que son una de las manifestaciones del Estado más duras y más caras, lejos de disminuir, crecen cada vez más.

En el campo de la “seguridad” o del “control del delito” (como lo demarca Garland, 2005), se desdibujan las pretensiones estatales sobre el monopolio del gobierno de la

En nuestro país estas iniciativas llevan nombres como “vecinos alerta”, “corredores seguros”, “foros de seguridad”.

seguridad. A la par que cae el ideal rehabilitador, crece la industria privada de la seguridad, se abren políticas estatales que se mixturán con las iniciativas privadas sean empresariales o de “los vecinos”.

Pero este sistema no es menos duro ni menos autoritario. Curiosamente, es exactamente lo contrario. Porque, como dice Jock Young (2001), si bien **hay mayor tolerancia y una tendencia a la inclusión frente a la diversidad, hay una mayor intolerancia y una actitud excluyente frente a la dificultad.** Y por otro lado, si el mundo pro-disciplinario tenía como base de su propia crítica un optimismo sobre el progreso

y sobre el avance en una dirección paulatinamente mejor (de allí lo de “países en vías de desarrollo”), el mundo posmoderno, postindustrial y postdisciplinario desarrolla su propia crítica sobre el pesimismo del presente, sobre la idea de que “nada (de lo que tenemos) sirve”.

A nivel del sistema penal la base del cambio que comienza en los setenta surge cuando dentro del mismo discurso criminológico y científico, la idea de que la cárcel pueda “resocializar” ha sido atacada con dureza y puntería. Primero por falsa: la cárcel nunca pudo resocializar y nunca podrá (“no se puede enseñar a jugar al fútbol en un ascensor” es una frase remanida entre los criminólogos críticos). Segundo, por inconveniente: cualquier intento de mejorar al sujeto preso parece frente a las perversiones que permite y genera el mecanismo disciplinario. Tercero, porque su verdadero efecto no es volver al sujeto más apto, sino menos, creando y solidificando así una clase “delincuente”.

Según los estadounidenses Feeley y Simon (1995), en uno de los artículos más discutidos en criminología en la última década, una de las transformaciones que han sufrido los sistemas penales en el mundo anglosajón es que habiendo tenido que “renunciar” a toda pretensión de ser una institución que logra transformar “para bien” a las personas, se cierran a la crítica externa y se reformulan con criterios de “administración eficiente” y clasificación, manejo y contención de grupos de riesgo. Este **manejo del riesgo** sería así una de los nuevos discursos que viene a ocupar el espacio que deja vacío la pérdida de sentido de la resocialización.

Profundizaremos estas críticas al referirnos a la selectividad del sistema penal y a la institución carcelaria en este módulo.

Otro análisis es el de Loïc Wacquant (2002), que sostiene que las cárceles vuelven a ser simples depósitos de contención de los excluidos del sistema. Y esto funciona como la mano dura (o “guante de hierro”) que permite a la “mano invisible del mercado” funcionar. Es decir, ya no pretenden hacer nada útil de los presos, simplemente tienen la función de mantenerlos “guardados” y aislados de la sociedad por cierto plazo, por ser clases peligrosas para el mercado, y en todo caso, son devueltos formando una “clase subproletaria” excluida.

Esas variaciones en la justificación interna de la acción penitenciaria, o mejor, esta búsqueda de nuevos fundamentos y racionalidad de gobierno en el **discurso de la “gestión eficiente”** vienen acompañadas de las prácticas más inhumanas y duras a las que ha dado lugar la cárcel moderna (es decir, desde su fundación como institución disciplinaria, allá por Europa a fines del siglo XVIII), del viraje más claro de la cárcel hacia funciones

premodernas de castigo simbólico degradante, del encierro para la exclusión –no para la inclusión forzosa–, de la disciplina como pura represión y no como mecanismo transformador. Aquí nos encontramos con la coexistencia y yuxtaposición de discursos y prácticas de diferentes momentos históricos (premodernos, modernos, posmodernos), tal como lo habíamos anticipado. En la historia de las instituciones penales, las viejas ideas reaparecen y se reflotan, pero en distintos contextos, y por ello, se resignifican, una y otra vez.

La pura contención, en la práctica significa celdas individuales, hipervigilancia, ausencia de tareas constructivas, escaso lugar para la educación y el trabajo. Las nuevas cárceles que se construyeron en nuestro país en los años noventa, por ejemplo, no están pensadas arquitectónicamente como maquinarias transformadoras, de capacitación, de educación, ni de tratamiento; sino como calabozos-depósito a la vieja usanza, pero con técnicas de vigilancia y una lógica de clasificación y gestión administrativa hipermoderna.

Sumado a ello, a medida que la marginalidad ha crecido, el sistema penal mismo se ha endurecido, y le envía cada vez más marginales a la cárcel, con lo cual se fuerza esta lógica de administración eficiente de cuerpos contenidos al máximo, generando un sinnúmero de problemas relacionados, no sólo con el creciente presupuesto penitenciario, sino con la superpoblación.⁷ Problema este que termina por sepultar cualquier intento de recuperar a la resocialización como ideal y objetivo de “tratamiento” penitenciario.

¿Por dónde buscar entonces un hilo de Ariadna que nos permita tener la esperanza de salir de este laberinto sin ir, de nuevo, hacia las fauces del Minotauro? Intentaremos seguir, poco a poco, los caminos posibles señalando de dónde vienen y hacia dónde pretenden ir. Tarea ardua: a lo mejor sólo estaremos dando el primer paso.

3. Selectividad del sistema penal

3.1. El caso argentino

El verdadero funcionamiento de las agencias del sistema penal y los efectos que producen tal vez sean la demostración más dramática de esa distancia que existe entre el ser empíricamente observable y el “deber ser” que marca el derecho.

⁷ Para ver un análisis de este proceso en Europa y Estados Unidos véase Wacquant (2002).

Lejos de ser el Código Penal⁸ algo así como un espejo de los principales valores cuya afectación se considera grave, es el fruto de un proceso legislativo en el que intervienen los factores ideológicos más variados, de grupos de presión, de oportunismo electoral, de simple ignorancia jurídica.

Lejos de ser la policía una agencia de seguridad que persigue todos los delitos, es una estructura burocrática que por tradición y por la misma génesis de sus diseños, se enfoca en el robo callejero y otros delitos de las clases bajas. Sobran ejemplos conocidos ya no del desinterés de las agencias de seguridad por la investigación de delitos económicos o financieros complejos, sino incluso su impotencia para investigar crímenes en las clases altas.

Lejos de ser los tribunales un órgano de aplicación neutra de la ley y sus garantías a la persecución penal de un individuo, funciona según la ideología de sus funcionarios, las preferencias y la afinidad social o cercanía con el justiciable, sus concepciones sobre el delito y el sujeto punible, la tradición judicial, etc.

Más allá de que no haya una “gran mente” que dirija todo esto, el resultado final de la forma conjunta de estas agencias resulta en una **distribución diferenciada de ilegalismos**, tal como dice Foucault en el capítulo más polémico de *Vigilar y castigar* (1999 [1976]), “Ilegalismos y delincuencia”. Se decide penar en la ley sólo algunas conductas dañosas. Se decide perseguir efectivamente algunas de esas conductas y algunos, sólo algunos, de esos autores. Se decide meter presos a algunos de esos autores perseguidos y a otros no. O visto a la inversa, se decide dejar impunes algunas conductas de algunos autores: se administra selectivamente la pena como se administra selectivamente la impunidad.

En un sistema social, el hecho de que determinados sectores sean perseguidos con la pena de prisión mientras otros sectores posean la garantía de impunidad dice mucho sobre quiénes son los sujetos degradados o a degradar, y quiénes son sus sujetos privilegiados de ese mismo sistema. **La igualdad frente a la ley (también ante la ley penal) es, en términos empíricos, una mentira. En términos políticos, una utopía, una dirección a seguir por la que luchar.**

Contrariamente a lo que pretende el discurso mediático que reproduce e intensifica los numerosos reclamos de castigo y la formación de grupos “antiimpunidad”, es imposible perseguir penalmente todas las conductas delictivas, y esto quiere decir que la forma de operar del sistema penal es necesariamente selectiva. Repetimos, se trata de a quién sí y a quién no. Y por qué razones. El esfuerzo punitivo sólo llega a condenar el 2 % de los delitos de los que toma conocimiento (Sistema Nacional de Información Criminal

⁸ En el capítulo siguiente se hará referencia a este Código como ley de derecho sustantivo o de fondo.

[SNIC], Ministerio de Justicia de la Nación). Este 2 % es el resultado del funcionamiento del sistema penal como una serie de tamices o filtros que forman un embudo. Como vimos, primero, hay un filtro del sistema legislativo al sancionar conductas perseguibles y no sancionar otras, o al establecer grados de reproche entre las conductas perseguibles. Luego, hay un filtro de las agencias del sistema policial al tomar conocimiento formalmente de las conductas punibles ocurridas y formalizarlas en una causa penal: su forma de trabajo focaliza en un tipo de criminalidad particular. Y finalmente hay un enorme espacio de selectividad a la hora de aplicar la persecución penal y llevarla hasta una condena a nivel judicial. Y la selectividad en la práctica se mantiene con un comportamiento constante, más allá de algún cambio coyuntural en la intensidad de los discursos punitivos y sus direcciones, al colocar en el imaginario social nuevos “enemigos”.

¿Cómo opera en la realidad esta selectividad? Para el año 2000, el 56,3 % de las condenas aplicadas por el sistema penal lo eran por delitos contra la propiedad (hurtos y robos); y a los que se debe sumar los delitos contra “administración pública” (casi todos encubrimientos), 4 %. Entre ambos superan el 60 % (SNIC, 2000). Para 2007, siete años después en los que se han desarrollado numerosas de estas campañas, los números se mantienen similares: las condenas por robos y hurtos son el 58,60 % del total, y los encubrimientos 6,68 %. Ambos dan el 65,28 % (SNIC 2007). Saliendo del problema de las condenas y yendo al porcentaje de encarcelados, resulta que alrededor del 61 % lo está por delitos contra la propiedad, y el 8,4 % por drogas (SNIC, 2007).

Si partimos de la base de que se llega a la condena entre el 3 % y el 0,01 % de los casos conocidos –según la provincia de la que hablemos– podemos afirmar que existe un margen de entre el 97 % y el 99,9 % de selección negativa, de administración de pena-impunidad. ¿Cómo se aplica ese margen? De más está decir que las cárceles están pobladas casi exclusivamente por las clases bajas de la sociedad. El 46 % de quienes se encuentran allí estaban desocupados al momento de ser detenidos y el 34 % contaba con un trabajo a tiempo parcial. A su vez, solo el 9 % tenía alguna profesión, y 55 % no tenía ni oficio ni profesión. Casi el 80 % no accedió a una educación secundaria; de esta cifra, 6 % nunca tuvo educación formal, 23 % empezó la primaria, 47 % terminó la primaria pero no empezó la secundaria (SNEEP, 2007).

Como advierten Zaffaroni, Alagia y Slokar en el muy celebrado tratado *Derecho penal. Parte general*: “Los hechos más groseros cometidos por personas sin acceso positivo a la comunicación terminan siendo proyectados por ésta como los únicos delitos y las personas seleccionadas como los únicos delincuentes. Esto último les proporciona una imagen comunicacional negativa, que contribuye a crear un estereotipo en el imaginario colectivo. Por tratarse de personas desvaloradas es posible asociarle todas las cargas negativas que existen en la sociedad en forma de prejuicio, lo que termina fijando una imagen pública del delincuente con componentes racistas, clasistas, etarios, de género y estéticos” (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2002: 9).

El sistema penal es alimentado por los reclamos sociales de castigo como distribuidor de etiquetas simbólicas degradantes y reivindicatorias de identidades sociales. Se supone que hay que dirigir la pena a un enemigo que representa todo lo detestable. Pero en su funcionamiento real y material como burocracia de aplicación de penas y de producción del encarcelamiento, se dirige con natural constancia más al robo —y sus conductas relacionadas— que a cualquier otra conducta; y a los marginales, antes que a cualquier otro victimario. La fuerza punitiva que se amasa en los reclamos contra la impunidad de ciertos victimarios, se traslada a un sistema penal que se acelera e intensifica, descargando esa presión, mayoritariamente sobre la clientela habitual y clásica del sistema penal moderno: el ladrón torpe y visible, el miserable que no tiene ni siquiera una buena técnica de supervivencia en el mundo del ilegalismo.

3.2. Criminología crítica y crítica del derecho penal

El movimiento de criminología crítica que surge en los años setenta y cuyas influencias llegan hasta aún hoy da por tierra con todas las pretensiones científicas y supuestamente neutrales, apolíticas, del pensamiento político posterior. La criminología crítica apunta a demostrar que todo discurso criminológico sirve para dar soporte a ciertas prácticas de control social en un determinado contexto histórico y político, que no son producciones científicas neutras, sino que son construcciones sociales, en general de grupos de poder dominantes y que en general, esas construcciones representan y defienden sus intereses.

Dice Zaffaroni hablando sobre el complejo fenómeno de la selectividad del sistema penal: “Las agencias policiales no seleccionan según su exclusivo criterio, sino que su actividad selectiva es condicionada también por el poder de otras agencias, como las de comunicación social, las políticas, los factores de poder, etc. [...] En razón de la escasísima capacidad operativa de las agencias ejecutivas, la impunidad siempre es la regla y la criminalización secundaria la excepción, por lo cual los empresarios morales siempre disponen de material para sus emprendimientos [...] en la sociedad industrial puede asumir ese rol tanto un comunicador social en pos de audiencia como un político en busca de clientela, un grupo religioso en procura de notoriedad, un jefe policial persiguiendo poder frente a los políticos, una organización que reclama por los derechos de las minorías, etc. En cualquier caso, la empresa moral acaba en un fenómeno comunicativo, no importa lo que se haga sino cómo se lo comunica” (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2002: 8-9).

Antes de abordar cuestiones relativas a la ley penal, focalizaremos este tipo de análisis en cuestiones particularmente relevantes para el tema que nos convoca.

La atención de la criminología crítica se dirige no sólo a la funcionalidad del discurso penal burgués sino que denuncia el positivismo inherente en toda forma de criminología, poniendo el foco en la institución carcelaria, en estas campañas de pánico instigadas por “empresarios morales” y sus efectos, en el clasismo de la operación policial, etc. El rescate que hemos hecho de algunos análisis de sociólogos y filósofos como Foucault y Goffman a este respecto puede ser analizado como un típico producto “crítico” porque el pensamiento crítico implica la apertura a reflexionar sobre las bases, puntos de partida, objetivos e ideología del mismo pensamiento que se produce. Intentaremos dar las herramientas también para seguir este camino.

Una de las preguntas más inquietantes (con respuesta más inquietante aún) la hace Foucault en los últimos capítulos de su libro más famoso y discutido, el ya mencionado *Vigilar y castigar* (1999 [1976]). Más allá de los discursos, lo cierto es que desde que la prisión se establece como forma casi única del castigo legal en el siglo XIX, las críticas y las reformas son permanentes. En términos de los propios objetivos que le fija el discurso penitenciario, la cárcel debería ser un fracaso, porque su único producto permanente y universal es la reincidencia. No reduce de la tasa de criminalidad. Genera arbitrariedad y abuso de poder. Siempre es denunciada por la corrupción y brutalidad de los guardias. Estimula la organización y jerarquías entre los delincuentes. Las condiciones de los liberados los impulsan al delito. En definitiva, la prisión guarda a autores de delitos y los convierte en delincuentes. Pero frente a este fracaso, su respuesta ha sido siempre la

misma: el mantenimiento invariable de la técnica penitenciaria. Su reforma es su propio remedio. Su respuesta es la reactivación de sus técnicas y sus objetivos de siempre, y los efectos de siempre. ¿Pero, entonces, porqué persiste? Debe haber alguna función positiva para que la prisión nunca haya sido efectivamente cuestionada, a pesar de los ataques críticos que recibió.

Y aquí viene una de las afirmaciones más polémicas en el estudio de los efectos de la cárcel: **la verdadera función de la cárcel está en su fracaso. Tal vez no esté destinada a suprimir la trasgresión sino a organizarla.** El “fracaso” de la prisión logra este triunfo: produce a los “delincuentes”. **La delincuencia es un efecto de la prisión que permite diferenciar, ordenar y controlar los ilegalismos de las clases bajas.** Para administrar los ilegalismos la prisión introduce un mecanismo de castigo-reproducción en algunos casos. Así, la constitución de ciertos ilegalismos en delincuencia permite señalar una clase de delincuente (separándola así de las otras clases y diferenciando sus conductas de otros ilegalismos, que serán tolerados), encerrarlos, endurecerlos, y una vez vueltos al medio social, mantenerlos precarios, al límite. Confinarlos a un tipo de criminalidad localizada y violenta de víctimas fáciles (pobres).

Y ¿para qué serviría todo esto? Primero, porque la delincuencia sometida es una vía de operación para los ilegalismos de las clases dominantes y de sectores del Estado (como la policía). Porque permite a ciertas agencias estatales y sus funcionarios participar de los mercados ilegales del sexo, el juego, el robo, etc. Por otro lado, cuando los grupos dominantes operan de forma ilegal, siempre se apoyan en los ilegalismos de las clases bajas. En cada prohibición se crea un circuito de ilegalismos, que a través de la “delincuencia” se puede aprovechar y participar (contrabando, prostitutas, juego clandestino, drogas, grupos de choque para presión política). Es decir, la delincuencia sirve para controlar y explotar económicamente los ilegalismos.

Segundo, los “delincuentes” conforman una clase que puede ser aprovechada políticamente. Crea “buchones” y sujetos que operan en asociación con la policía, que luego servirán también para mantener vigilados a los movimientos sociales y políticos de protesta: infiltrados, buchones, espías, provocadores. Esta “delincuencia” permite la vigilancia general de la población y especialmente de grupos considerados peligrosos. Todo este tipo de vigilancia supone unas jerarquías en parte oficiales, en parte secreta (agentes secretos, confidentes, provocadores); y un sistema documental de individualización e identificación de los criminales. En el discurso policial, las luchas obreras y los movimientos políticos de protesta se clasifican en la grilla de la criminalidad.

En síntesis (y esto se verifica hasta nuestros días), a través del control de la delincuencia las agencias de seguridad observan y vigilan todo el campo social. La policía y los medios dan una imagen de los delincuentes como personas amenazantes, muy cercanas y presentes en todos lados. Crean así la base necesaria para que resulte aceptable la injerencia de la policía en todo el entramado social. Impone la idea de una guerra contra un enemigo interno, y en sus manifestaciones mediáticas, sirve como proclama de alarma o de victoria.

Para la creación de esta clase “delincuente” y sus efectos positivos para ciertas funciones inconfesables de mantenimiento del orden social, es necesario el acoplamiento entre las prisiones y la policía en un conjunto policía-delincuencia-prisión, por el que el delincuente pasa de ser un defecto del sistema a un engranaje más (la policía provee infractores, la cárcel los convierte, la policía los controla y devuelve a la cárcel parte de ellos regularmente). La criminología es el enlace entre ellos. Ayuda, con sus medios, a esta diferenciación y constitución de la delincuencia.

3.3. El valor simbólico del castigo

Al conocer la complejidad de aristas que se involucran en la problemática penal, toda solución simplista es necesariamente engañosa y digna de sospecha.

El fracaso de la solución “científica” en cualquiera de las versiones que aquí hemos abordado ha traído también un efecto paradójico. Por un lado, ha revivido la crítica a la criminología “científica”, en favor del discurso jurídico de un sistema de castigos legítimo por su certeza formal y su mesura a la hora de aplicar este castigo. Esto pues, el discurso jurídico liberal siempre ha aceptado que la imposición de castigo es una imposición de dolor, y que por lo tanto sólo debe hacerse en la menor medida posible y cuando sea estrictamente necesario (sobre cuándo es “necesario” para las distintas escuelas, hablaremos más adelante). Así la criminología “científica” ha debido reconocer que sus efectos de “tratamiento” son inconducentes o contraproducentes y por innecesarios, entonces, crueles.

Pero lo cierto es que la deslegitimación generalizada a todo abordaje científico del problema ha traído también junto con el renacimiento del reduccionismo, un renacimiento de las ideas premodernas del castigo. Las posturas más represivas que han reconocido ya no pueden justificarse en el tratamiento “científico” que afirmaba el discurso penitenciario, simplemente sostienen la necesidad del castigo por razones morales. Esto es: si ya no se puede afirmar que se castiga para resocializar (pues esto nunca se ha

podido lograr), pues que se castigue simplemente por reproche moral. Se debe castigar porque se lo merece. Así, se abre nuevamente la puerta a la aplicación de sistemas que la modernidad ha abolido por crueles, y que no buscan darle un efecto socialmente productivo o positivo a la pena, sino simplemente expresar una reprobación moral.

Decía Durkheim, en los primeros capítulos *La división del trabajo social* (2001 [1893]), que la venganza sigue siendo el alma de la pena. Es decir, que más allá de la utilidad que se le quiera dar al sistema penal, la justificación moral del castigo siempre descansa en que la conducta reprochable, en nuestras conciencias, merece castigo. Aún más, el delito no lo define la ley, sino que lo define la respuesta: es la conducta que nos resulta aberrante.

Este sentimiento punitivo puede ser analizado como la venganza privada de aquel que se siente ofendido y que se sentirá recompensado simbólicamente al hacer sufrir a su agresor, o como la defensa general de valores sociales que consideramos sagrados. Es por ello que el discurso moderno sobre la pena abre un conflicto arduo en la filosofía penal: se debe castigar por la utilidad del castigo, y no para responder a esa

conciencia moral ofendida. La moral (que siempre es personal, relativa y libre) no debe tener que ver con los intereses defendidos y sostenidos por el Estado o el orden público.

Por otro lado, la irrupción del Estado en los conflictos (que comienza desde que se organizan los Estados-Nación), que mencionamos antes, por la cual una ofensa se convierte en una infracción a la ley, importa una “expropiación del conflicto”, por la cual se desplaza el interés concreto de la víctima y se lo somete al interés primordial del Estado y del cumplimiento de su ley. Tal vez por ello, si tomamos como cierto que la posmodernidad implica algún resquebrajamiento en el espíritu de la modernidad (y sobre todo en la centralidad del Estado y la idea de utilidad pública), sea concebible que hoy vuelva a salir a la luz esa naturaleza primitiva del castigo, esa naturaleza del conflicto entre partes que se resuelve con la vindicta, con la compensación simbólica en el sufrimiento del otro.

En una tesis un tanto arriesgada he sostenido en el ensayo *La dinámica de las oposiciones y la inseguridad subjetiva* (2007), que esto no quiere decir que en las épocas de mayor estatismo no existiera esa figura del “enemigo”, sino más bien que era organizada en las representaciones de otra forma, con otra funcionalidad política, en general para producir cohesión social hacia el interior del cuerpo social (así, por ejemplo, con la idea de que el delincuente es un enemigo de la “sociedad” protegida por el Estado, o la del enemigo exterior, el país vecino como país invasor potencial, el terrorista subversivo, etc.). El auge

Ya veremos que los pensadores ilustrados, como el Marqués de Beccaría, a quien citaremos más adelante, son quienes mejor expresaron esta idea.

de la “justicia expresiva” (es decir, el castigo como sufrimiento del otro, moralmente reclamado como una necesidad) que se está viviendo hoy en día (y sobre todo viendo continuamente en los medios masivos de comunicación) reconoce varios factores, pero tres condiciones de posibilidad claras son:

1. la pérdida de legitimidad del Estado y la idea de utilidad pública;
2. la pérdida de la legitimidad científica en la justificación de la aplicación de la pena;
3. un patrón cultural individualista refractario a las viejas ideologías y “grandes relatos” que organizaban el antagonismo social colectivamente.

Si ya no es la ciencia, ni la autoridad constituida, la que dice para qué o cómo castigar, entonces será quien mejor represente un sentimiento colectivo de resentimiento e indignación en una coyuntura determinada. Este patrón se deja ver en comentarios ampliamente difundidos por medios masivos de comunicación tales como “nos están matando todos los días”.

Como ya había advertido Becker (2009) la pretendida conciencia moral la genera figuras que representan, articulan o instigan distintos y contradictorios grupos sociales de reclamos de castigo. Y de campañas represivas que capitalizan el caudal político que surge del sentimiento colectivo de indignación. Dicho de otra forma, el auge de reclamos punitivos es aprovechado periódicamente por algunos actores políticos al permitir una rápida y fácil búsqueda de legitimidad política electoral a corto plazo. Y cuentan con el apoyo de las líneas más duras o autoritarias de las instituciones penales a las que siempre la mirada pública sobre su especialidad técnica les ha parecido una molestia, una intromisión en su propio terreno.

Al tipo de reacciones simbólico-expresivas que se encuentran en auge no les importa que el efecto del castigo sobre un joven sea ineficiente o contraproducente en términos de utilidad o efectos, lo que es relevante es **sentirse representado en el reproche moral que el castigo implica**. Sin embargo, castigar por imponer una idea moral, castigar cruelmente, castigar in-

necesariamente, aún cuando sea un reclamo mayoritario es inaceptable en un orden republicano en el que el bien común (y no la moral mayoritaria o dominante) debe ser el objetivo orientativo y límite de todo acto público.

Este problema se encuentra en la base de una época especial para el sistema penal, que comienza a mediados de los setenta en los contextos centrales, y a fines de lo ochenta en la Argentina, caracterizada como de gran “inflación penal” en que tanto la legislación como las manifestaciones materiales del sistema penal se expanden permanen-

En el capítulo 3 se analiza, en el marco del funcionamiento del sistema penal, las diferentes categorías que permiten ubicar procesalmente a la persona sometida a persecución penal y se diferenciará la categoría de procesado de la de condenado, entre otras.

temente (curioso fenómeno de nivel mundial), e independientemente del comportamiento de la tasa de delitos. A pesar de que se imponga mediáticamente la idea de que “los delincuentes entran por una puerta y salen por la otra” lo cierto es que la tasa de encarcelamiento no para de crecer en el mundo, en nuestro país en general (de 1989 a la actualidad de 113 a 170 cada 100.000 habitantes) y en cada una de las provincias; es decir que todos los años entran más presos de los que salen, por miles. Esto, a pesar de que entre el 65 % y el 80 % de los que se encuentran presos no tenga sentencia firme, es decir, sean sólo procesados sin condena.

En este primer capítulo centramos la mirada en el reconocimiento de la naturaleza política del derecho con la intención de cuestionar las visiones que proclaman su carácter sagrado y unívoco. Para problematizar estas visiones, realizamos un recorrido por la génesis de los discursos normativos y las prácticas vinculadas a ellos y una aproximación sociológica al rol del Estado y los cambios sociales, económicos y culturales del momento actual. Por último, a través de información estadística de la situación carcelaria argentina y de los aportes de la criminología crítica desnaturalizamos las pretensiones científicas y supuestamente neutrales y apolíticas de las disciplinas, tomadas como base en la conformación del sistema penal.

Referencias bibliográficas

- AA.VV. (2001): “Soluciones al crimen. 18 cosas que podemos hacer para luchar contra él”, *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, 15-16 (10): 80-117.
- Bauman, Z. (2004): *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*, Barcelona, Gedisa.
- Becker, H. (2009): *Outsiders*, Buenos Aires, Siglo XXI.
- Christie, N. (2001): *Los límites del dolor*, Buenos Aires, FCE.
- Durkheim, E. (2001 [1893]): *La división del trabajo social*, Buenos Aires, Del Libertador.
- Feeley, M. y J. Simon (1995): “La nueva penología: notas acerca de las estrategias emergentes en el sistema penal y sus implicaciones”, *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, 6/7 (4), 33-58.

- Ferrajoli, L. (1995): *Derecho y razón*, Madrid, Trotta.
- Foucault, M. (1999 [1976]): *Vigilar y castigar*, Buenos Aires, Siglo XXI.
- (2007): *El nacimiento de la biopolítica*, Buenos Aires, FCE.
- Garland, D. (2005): *La cultura del control*, Barcelona, Gedisa.
- Goffman, E. (1973): *Internados*, Buenos Aires, Amorrortu.
- Gutiérrez, M. H. (2007): *La dinámica de las oposiciones y la inseguridad subjetiva*, Buenos Aires, FJDP.
- Lea J. y J. Young (2001): *Qué hacer con la ley y el orden*, Buenos Aires, Editores del Puerto.
- Nietzsche, F. (1997 [1887]): *La genealogía de la moral*, México, Porrúa.
- Pavarini, M (1983): *Control y dominación*, Buenos Aires, Siglo XXI.
- Wacquant, L. (2002): *Las cárceles de la miseria*, Buenos Aires, Manantial.
- Young, J. (2001): “Canibalismo y bulimia: patrones de control social en la modernidad tardía”, *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, 15-16 (10): 25-42.
- (2008): “Merton con energía, Katz con estructura: La sociología del revanchismo y la criminología de la transgresión”, *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, 25 (17): 63-87.
- Zaffaroni, E. R.; A. Alagia y A. Slokar (2002): “*Derecho penal. Parte general*”, Buenos Aires, Ediar.

Bibliografía complementaria recomendada

- Böhm, M. L. y M. H. Gutiérrez (2007): “Introducción”, en *Políticas de seguridad: peligros y desafíos para la criminología del nuevo siglo*, Buenos Aires, Editores del Puerto.
- Gutiérrez, M. H. (2006): *La necesidad social de castigar*, Buenos Aires, FJDP.
- Pegoraro, Juan S. (2001): “Derecha criminológica, neoliberalismo y política penal”, *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, 15-16 (10): 141-160.



CAPÍTULO 2. La Constitución y los derechos humanos

1. El origen de los Estados y las constituciones modernas

Para el surgimiento del Estado moderno se requerían de nuevas justificaciones que permitieran separar el poder del soberano político del poder de la Iglesia, dotándolo de instrumentos propios.

En la crítica al absolutismo, en el siglo XVIII hay una confluencia entre lo que Foucault (2007) distingue como una corriente “axiomática-revolucionaria”, que es la que aquí mencionamos como “humanismo iluminista”, que centra el orden político en el ser humano como valor universal –y que no se termina de desarrollar políticamente de forma plena y exitosa–; y otra corriente “radical-utilitarista” de corte más economicista, representada por Bentham, que a su vez está emparentada con el surgimiento de la sociedad disciplinaria del siglo XIX y el neoliberalismo¹ de fines del siglo XX. Así, al menos según Foucault (2007), la crítica política liberal (“el Rey debe respetar las libertades del hombre”) nace como correlato de la economía política: (“hay ciertas reglas de la producción y el comercio que van más allá de la autoridad real:

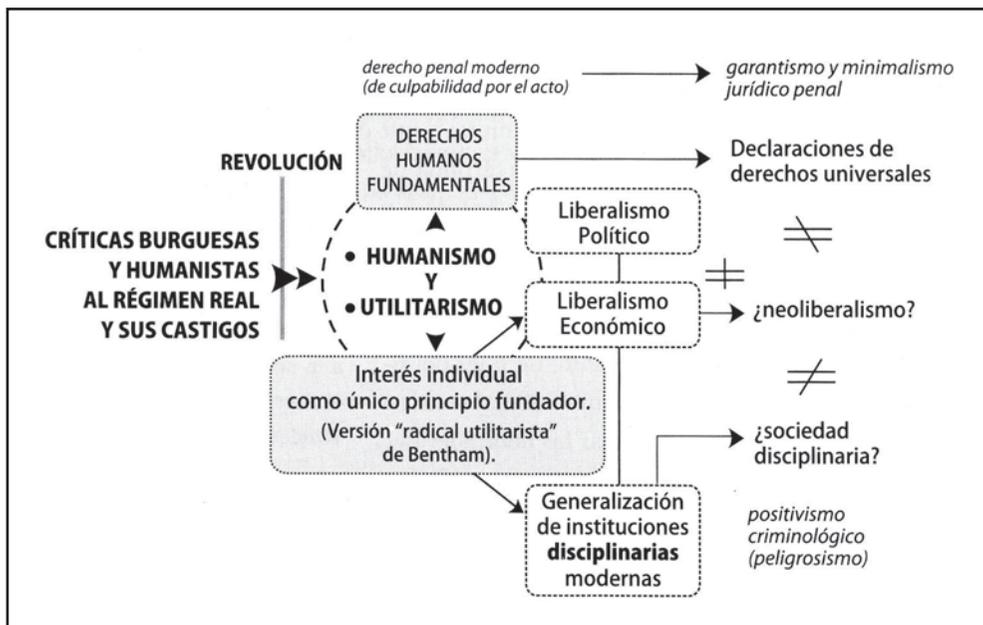
En el Módulo 1. *Pensar la educación en contextos de encierro. Primeras aproximaciones a un campo en tensión* se hizo referencia a la noción de contrato social en el contexto del nacimiento de los Estados modernos.

¹ Como se ha visto en el capítulo anterior, el neoliberalismo impondrá una crítica generalizada al Estado y a la misma razón disciplinaria (propia de un mundo industrialista).

el Rey debe respetar la libertad... de contratar, de producir y comerciar”). Sin embargo, lejos de lo que el discurso de los llamados “liberales” actuales sostiene, una cosa no implica necesariamente a la otra.

Las primeras soluciones inspiradas en antiguos órdenes republicanos, construyeron una nueva teología burguesa que afirmaba el poder real no en la Iglesia o en Dios, sino en un contrato necesario y obligatorio que todos los ciudadanos habían firmado (si no históricamente, al menos simbólicamente o de forma representativa, tras las revoluciones, en los parlamentos y las asambleas). Y al ser este instrumento un contrato, un compromiso de individuos libres, todos debían someterse renunciando a su poder de hacer daño a otro, y delegándolo en un único soberano (la primera versión del contractualismo, la absolutista, de Hobbes), o bien delegándolo en un “Estado” con poderes divididos y que se controlaran mutuamente (la versión republicana, entre otros principalmente, de Montesquieu y Rousseau, y la que se impuso en las revoluciones modernas).

Y también la burguesía nutrió a la administración real de expertos, que comenzaban a dar consejos sobre cuál debía ser el buen gobierno para permitir que la riqueza floreciera. Y estos consejos se basaban, principalmente, en criticar el intervencionismo del poder real y en proponer el “dejar hacer” en cuestiones de producción y comercio.



Nos centraremos, en este apartado, en la primera corriente “humanista y axiomática-revolucionaria”.

Durante los siglos XVII y XVIII, el “contrato” es la forma desde la cual la burguesía propone sustituir la vieja idea de un poder real heredado o bendecido por Dios. La ley debe ser respetada no porque sea divina, sino, al contrario, porque es humana: los hombres la han pactado. Y los pactos deben cumplirse. El “contractualismo” tiene en sus versiones últimas una innegable tendencia revolucionaria hacia el republicanismo, que lo llevará a sostener la necesidad de derrocar al rey y organizar el orden político conforme con las nuevas ideas de república y democracia. Y tendrá su correlato en el pensamiento penal hacia mediados y fines del siglo XVIII, particularmente célebre en Cessare Bonesana, Marqués de Beccaría y su *Tratado de los delitos y las penas* de 1764.

Frente a lo que se consideraba el “antiguo régimen”, es decir, la premodernidad (que en Europa estuvo encarnada por las monarquías absolutas y en América por la Colonia), este nuevo sistema de ideas se presentaba como una crítica a la crueldad, a los “excesos” en el uso de la fuerza del soberano, a la arbitrariedad del poder real y a la idea de que el poder se hereda por alguna ley o preferencia divina frente a la que hay que mostrar obediencia, y, en su lugar, proponía que el poder nace de los ciudadanos y para su favor. Lo que justifica al poder constituido es que está constituido para el bien público. Y es legítimo sólo en la medida que sus actos estén justificados en ese bien público.

Así, lo que se propone es un uso medido de la fuerza del Estado: sólo debe ser usada cuando sea útil. Sólo es útil cuando es necesaria para favorecer la paz social. No es buena en sí misma, sino que, en todo caso, es un mal necesario, y por eso, cuando se usa, debe estar justificada. Lo penal, el castigo, en todas sus manifestaciones es una de las vías preferenciales por las que se manifiesta esta característica coercitiva, dura, del Estado. Y por lo tanto sólo será válido cuando se ejerza bajo estos principios: medida, utilidad, necesidad.

De esta concepción surgen un cúmulo de principios o “garantías” que son la columna vertebral del derecho penal moderno, y que ya veremos en más detalle, como el **principio de culpabilidad** (uno, individualmente, es responsable sólo por sus propios actos y en la medida en que éstos sean dominables por su voluntad, no existe la responsabilidad colectiva en lo penal), **de lesividad** (sólo deberán ser considerados delitos las conductas que dañen a otro), **de legalidad** (para que una conducta sea considerada delito debe existir una ley que así lo establezca), **de defensa** (ante una acusación el imputado tiene derecho amplio a presentar prueba a su favor, ser escuchado, ser juzgado con imparcialidad, etc.), **de inocencia** (ante una acusación, el imputado será considerado inocente hasta que una

sentencia válida declare lo contrario); entre muchos otros que siguen esta misma lógica de imparcialidad y racionalidad.

Al distinguir un Estado abstracto, como ente donde recae la autoridad, y un ciudadano que es la fuente de esa autoridad y el objeto de la razón de ser del Estado, esta ley penal no es sólo un poder del Estado (de castigar), sino también un derecho del ciudadano (a que sólo se aplique de cierta manera y en ciertos casos). Pero, a diferencia de los otros derechos, éste otorga la categoría de ciudadanía a todos los seres humanos. A diferencia del derecho civil, los derechos del hombre involucrados en la cuestión penal serán considerados derechos humanos, por lo tanto universales. No dependen ni de la clase, ni de la posición social, ni de la nacionalidad. Su cumplimiento es condición mínima de la vigencia del pacto.

La mayor particularidad y rareza, que ya hemos visto, subyace y presupone a las anteriores: el derecho penal moderno está justificado en una concepción burguesa del orden social, en la que la imagen del orden y de la autoridad estatal están pensadas a través de la figura de un “contrato”, a partir del cual no cumplir la ley es un incumplimiento de los términos de dicho contrato. Los valores del orden y la transgresión están pensados en términos costo-beneficio. No hay valores morales per se que el Estado pueda imponer, sólo hay utilidad, en este caso “utilidad pública”.

La clave para pensar este orden social es la racionalidad. El hombre no es ni siervo ni amo, es un hombre libre y racional, que calcula sus actos y decide racionalmente. El Estado, que es sólo el instrumento para el bien común de esos hombres, también debe ser racional.

Este cúmulo de características políticas y jurídicas en la modernidad son las consecuencias de procesos que se fueron construyendo a lo largo de varios siglos en Europa. En América, luego de que la conquista arrasara con las instituciones precolombinas y las suplantara por las instituciones, las prácticas y los grupos dominantes europeos, también el cambio y las nuevas ideas llegan al contexto latinoamericano. Los primeros intentos revolucionarios de fines del siglo XVIII (como el de Túpac Amaru y el de Francisco de Miranda), ya se basaban en estas ideas modernas sobre la concepción del hombre y la ilegitimidad del orden real-colonial. Finalmente, las revoluciones independentistas exitosas lo impondrán parcialmente. En nuestro caso, los pensadores ilustrados, los padres de la modernidad son en muchos casos también los próceres de la independencia. Bolívar, San Martín y Belgrano, además de tomar las armas, fueron pensadores modernos y republicanos, por ejemplo. Estos pensadores de los nuevos Estados latinoamericanos nacientes imaginaron estas nuevas naciones a imagen de las nuevas repúblicas europeas,

importando sus ideas también, en contra de la lógica política colonial (por ejemplo en su impulso por un Estado secular, por la abolición de la esclavitud, etc.). Así, las constituciones latinoamericanas del siglo XIX, en particular la nuestra, están creadas a partir de este espíritu liberal de respeto a derechos fundamentales e inspiradas en la idea del contrato social.

En ambos contextos, las ideas penales estuvieron dominadas por distintas variantes de esta misma concepción del hombre, del Estado, del poder penal y de la racionalidad y necesidad a la hora de aplicar sanciones penales. Varios pensadores locales revolucionaron también las ideas penales siguiendo la obra del Marqués de Beccaría (por ejemplo, Florencio Varela) en consonancia y con espíritu similar a la principal figura del constitucionalismo argentino, Juan Bautista Alberdi.

Extractos del Tratado de los delitos y las penas (Marqués de Beccaría, 1764)

Las leyes son las condiciones mediante las cuales los hombres independientes y aislados, se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra, así como de gozar una libertad inútil por la incertidumbre de conservarla. Por eso, debieron sacrificar una parte de su libertad para disfrutar del resto, seguros y tranquilos. La suma de todas estas porciones de libertad sacrificadas al bien de todos, es lo que forma la soberanía de una Nación, siendo el soberano su legítimo depositario y administrador. Pero no bastaba formar este depósito; era preciso defenderle de las usurpaciones de cada hombre en particular, pues el hombre trata siempre de substraer del depósito, no sólo su porción propia, sino que además procura usurpar las porciones de los demás. Hacían falta motivos sensibles que bastasen a disuadir el ánimo despótico de cada individuo de sumergir en el caos antiguo las leyes de la sociedad. Estos motivos sensibles son las penas establecidas contra los infractores de las leyes. [...]

Para que una pena logre su efecto, basta con que el mal de la misma exceda del bien que nace del delito; y en este exceso de mal debe tenerse en cuenta la infalibilidad de la pena y la pérdida del bien que produciría el delito. Todo lo demás es superfluo y tiránico, por lo mismo. [...] De modo que fue la necesidad la que obligó a los hombres a ceder parte de su libertad y, por tanto es cosa cierta que ninguno de nosotros desea colocar en el depósito público más que la mínima porción posible, tan sólo aquella que baste a inducir a los otros a defender el depósito mismo. El conjunto de estas mínimas porciones posibles, forma el derecho de penar; todo lo demás es abuso, y no justicia; es un hecho, y no ya derecho.

A fines del siglo XVIII, triunfa en Europa la revolución contra la organización política propia del “Antiguo Régimen”, caracterizado por una enorme concentración del poder político en la figura de los monarcas absolutos y una fuertísima restricción a los derechos civiles. La Revolución Francesa tiene réplicas en todo el mundo Occidental. Mientras, sus ideas jurídicas se expanden y son impuestas por toda Europa bajo la espada de Napoleón (entre otras cosas, un gran reformador jurídico).

La forma jurídica sobre la que se van a sostener los nuevos regímenes revolucionarios, que eran a su vez burgueses en su organización económica y liberales en su fundamento ético-político, son las Constituciones de los Estados. Pero este constitucionalismo republicano hizo hincapié en poner al hombre y sus derechos y libertades civiles y políticas en el centro de la cuestión política, consagrándolos como principios inviolables en las primeras constituciones escritas. Se arribó de ese modo a plasmar en Declaraciones y Códigos derechos que, aunque muchos de ellos se encontraban presentes en legislaciones más antiguas o en las tradiciones y costumbres, no siempre eran reconocidos por los soberanos del Antiguo Régimen. Se definía así un ciudadano que era sujeto de derecho en el Estado pero también frente a él.

2. Los derechos civiles y políticos en el constitucionalismo moderno

El constitucionalismo de los primeros tiempos plasmó en las constituciones de las nacientes repúblicas los derechos civiles y políticos (luego llamados “derechos de primera generación”, en alusión al hecho de que fueron los primeros en ser constitucionalmente consagrados y reconocidos en los Estados modernos, y criticados como “derechos burgueses” por el socialismo). Estos derechos son básicamente garantías del individuo-ciudadano, negativas para el Estado, es decir, límites al poder del soberano que se presentaba como un poder que por naturaleza tendía al exceso y a la tiranía. A la inversa, funcionan como fuente de legitimidad del Estado: es legítimo en tanto su función, objetivo y forma se dirija a respetar y hacer respetar estos derechos.

En rigor, hay varias líneas genealógicas de concepciones jurídicas previas que confluyen en el liberalismo constitucional moderno.

La más antigua es la del “derecho de gentes” romano (el derecho que correspondía a los gentiles, y a los extranjeros), que permanece, mutando aquí y allá desde varias tradiciones jurídicas romanistas por la Europa medieval. Cada vez que se intentaba unificar

un reino extendido y se acudía para ello al derecho romano, en gran parte guardado por el derecho canónico, se acudía a la reformulación de los principios de los derechos “de gentes”. La codificación más duradera y definitiva de nuestra tradición nace en España en el siglo XIII, con el Rey Alfonso “el Sabio” en sus famosas “Siete Partidas”, establecidas para ordenar el Reino unificado. En ellas establece la distinción entre poder espiritual y temporal, reconociendo una dualidad en la estructura del poder y la necesidad de armonía entre ambos mundos. Entre muchas otras cosas, se reconocen ciertos derechos naturales propios de las personas, que no pueden ser sobrepasados por la autoridad real. Y esto es un principio necesario de la naturaleza de las cosas, de la preexistencia de un orden natural y correcto de las leyes por sobre el orden jurídico real, al que éste debe obedecer. En nuestra tradición colonial, y hasta fines del siglo XIX, las Partidas todavía eran fuente de derecho, especialmente de derecho penal, que no se encontraba codificado.

Por otro lado el pensamiento teológico produjo razonamientos que iban en la misma dirección. Tomás de Aquino, justificaba la existencia de Dios desde la razón (tal como había pretendido hacer Aristóteles) y sin percatarse de ello, sometía al poder divino a la lógica de la razón, y daba carácter divino al razonamiento lógico. También le dio gran importancia al derecho natural como preexistente y superior al humano. Y de allí se deriva que hay un derecho universal a resistirse a la tiranía, a resistir la ley política ilegítima. Fundamento que, a través de su reformulación por parte de otros teólogos tomistas, se encontrará en el trasfondo de muchas de las revoluciones independentistas latinoamericanas.

En tercer lugar, Inglaterra vivió una curiosa situación. Luego de ser una isla gobernada por distintas tribus sajonas, son conquistadas por un francés normando (Guillermo el Conquistador) y toda una clase de caballeros nobles que vienen de Francia (los normandos), que desplazan a la nobleza sajona y en muchos casos la dejan sin tierras (he aquí que nace la leyenda de Robin Hood, como el sajón que desde un bosque y con las manos vacías combate a los nobles normandos ricos y sus cómplices). Tras sucesivas guerras y revueltas, los barones sajones obligan al rey normando Juan Sin Tierra a firmar una “Carta Magna” en la que reconoce límites a su poder. En rigor, el rey quedaba sujeto a un Consejo de Barones, al que debe su legitimidad y lealtad. Reconoce derechos inviolables para la Iglesia, declara inviolables los derechos previos y las aduanas de las ciudades inglesas. Y, lo más importante, establece que ningún hombre libre será perseguido, encarcelado o exiliado sin un juicio previo por parte de sus pares. Aunque por supuesto no abolía la esclavitud, ni establecía que esos derechos que reconocía eran “universales”, la Carta Magna terminó siendo un símbolo histórico importantísimo del reconocimiento

de derechos y garantías del hombre en las luchas por las repúblicas constitucionales. Tanto que muchas veces se suele hablar de la Constitución de un país genéricamente como su “Carta Magna”.

Lo que tienen en común estas diversas fuentes es que parten del principio de que el poder real no puede ser ilimitado, ni es fuente inagotable de legitimidad. Debe estar acotado. Debe respetar ciertos principios superiores o que lo preexisten. Y esos principios surgen del valor mismo del ser humano. No importaba si era romano o gentil, si era español o no, si era normando o sajón, el rey no puede imponerse a todo. Son la primera limitación del poder real, cuyo fundamento era el poder de la espada, el poder de facto (más allá de que siempre haya buscado justificaciones éticas, históricas o metafísicas). Y por ello **son el embrión de lo que ahora llamamos “derechos humanos”, así como de las Constituciones liberales.**

Por otro lado, aunque en esta época los instrumentos normativos tenían valor siempre dentro del territorio del Estado donde ejercían su *imperium*, la naturaleza universal del planteo de que ciertos valores y principios están ínsitos en la naturaleza humana y escapan al imperio del soberano, plantea un problema filosófico, extra nacional, y por lo tanto ya las primeras constituciones y declaraciones de derechos “del hombre” tenían una cierta vocación universalista, expansiva.

La *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de la Revolución Francesa es el gran hito inaugural de los derechos civiles y políticos en la modernidad. Dictada en Francia en 1789, será traducida e introducida en Latinoamérica cuatro años más tarde, y mencionada como fuente de inspiración en todos los movimientos independentistas. En ella se reconocen como derechos “universales” la libertad (definida individualmente y negativamente, y limitada por lo que no perjudica a nadie), la propiedad (privada), la seguridad, la resistencia a la opresión, la libertad de opinión, de prensa y de consciencia y algunas otras garantías que se traducen en principios penales, que ya veremos más adelante, como la presunción de inocencia e irretroactividad de la ley. Hay que decir, sin embargo, que esta declaración de derechos, como muchas otras posteriores, dejaban fuera de aquella pretensión de universalidad a los no hombres y no ciudadanos (por ejemplo, las mujeres y los esclavos), sujetos que serán incorporados a la “ciudadanía universal” luego.

Para reflexionar

Fragmentos de “Derechos de los más y menos humanos”
(Fonseca y Cardarello, 2005)

A causa de su racionalidad y su sentido moral, el hombre blanco era, evidentemente, la figura ejemplar del individuo humano. “El individuo político era reputado como universal y hombre; la mujer no era un individuo y esto por dos motivos: no era idéntica al ser humano y ella era este otro que confirmaba la individualidad del individuo (masculino)”.

A pesar de que Scott centra sus atenciones en la lucha feminista, es evidente que su argumento puede ser extendido a todas las categorías que se apartan –por sexo, raza, o edad– del “ser humano ejemplar”. Scott no niega que la filosofía de las luces haya abierto el camino para la elaboración de una reflexión sobre la igualdad política, social y económica. Sin embargo, ella muestra cómo la misma preocupación por los derechos del individuo abstracto también podía servir para “excluir aquellas personas que no poseían las características exigidas”. Tenemos aquí las bases filosóficas, presentes en la propia acepción de los derechos del hombre, para una clasificación de los individuos en más y menos humanos.

Bobbio nos recuerda que, después de la Segunda Guerra Mundial, la discusión sobre derechos humanos siguió dos rumbos: al mismo tiempo en que se consolidó el aspecto universal de estos derechos, se tornó aparente una multiplicación de los sujetos que, en función de sus particularidades, pasan a ser vistos como dignos de un tratamiento legal específico. Ahora entran en escena criterios de diferenciación (sexo, edad, condición física[...]) correspondientes a diversos estatus sociales, “cada uno de los cuales revela diferencias específicas, que no permiten igual tratamiento e igual protección”.

Nuestra Constitución Nacional de 1853 estaba inspirada en los principios derivados de los derechos ciudadanos que citamos anteriormente, como lo prueban los artículos 18 y 19.

<p>Principios de legalidad, de debido proceso y de juez natural</p>	<p>“Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa.” (art. 18)</p>
<p>Derechos de defensa</p>	<p>“Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos.” (art. 18)</p>
<p>Prohibición de los castigos crueles</p>	<p>“Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes” (art. 18)</p>
<p>Utilidad del castigo y prohibición de la crueldad</p>	<p>“Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.” (art. 18)</p>
<p>Principio de reserva de los actos privados y de libertad moral</p>	<p>“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados.” (art. 19)</p>
<p>Principio de reserva legal</p>	<p>“Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.” (art. 19)</p>

3. Reconocimiento internacional de los derechos humanos universales

Ya entrado el siglo XX, tras las guerras mundiales, comienza un movimiento que hace explícita la necesidad de contar con un orden normativo universal que establezca a nivel mundial la vigencia de los derechos fundamentales, de forma tal que no se vean afectados por ningún Estado y en ninguna guerra. Algo así como establecer principios éticos básicos y mínimos de vigencia universal. El primer intento de fundar este orden normativo universal fue la Sociedad de las Naciones, tras la Primera Guerra Mundial, y la prueba de su ineficiencia fue la Segunda Guerra Mundial. Luego de ella, se funda, ahora sí con más éxito, la Organización de Naciones Unidas en 1945, que será clave en la producción de instrumentos jurídicos de este nivel.

En 1948, los Estados integrantes de Naciones Unidas emiten la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), donde consagran tanto derechos civiles y políticos como derechos económicos, sociales y culturales, como veremos más adelante.

3.1. El Pacto de Derechos Civiles y Políticos

Un instrumento importante que solidifica esta concepción universalista de los derechos humanos mínimos es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de las Naciones Unidas, del año 1966, que posee jerarquía constitucional para la Argentina. El Pacto comienza en su preámbulo reconociendo “la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables” y “Reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana”.

Extractos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (1966)

Artículo 2

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 6

1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.

Artículo 7

Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.

Artículo 8

1. Nadie estará sometido a esclavitud. La esclavitud y la trata de esclavos estarán prohibidas en todas sus formas.

2. Nadie estará sometido a servidumbre.

Artículo 9

1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad.

Artículo 10

1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

3.2. Los derechos humanos económicos, sociales y culturales y el constitucionalismo social

El mundo del siglo XX será muy distinto, también en sus problemáticas políticas, a aquel que dio origen a esta concepción de los derechos civiles y políticos, sobre todo atendiendo a los cambios, luchas y nuevas concepciones sociales surgidas luego de la Primera Guerra Mundial. En esta época, la discusión político-jurídica comienza a centrarse en la crítica de que la igualdad entre los hombres consagrada en las constituciones del siglo XIX es una igualdad meramente jurídica, pero sin vigencia de hecho (discusión nunca cerrada desde de la ilustración, pero sostenida por corrientes hasta entonces minoritarias o en menor situación de poder).

En los hechos, las condiciones sociales desfavorables de amplios sectores de la población, y la concentración de la propiedad de los medios de producción en unas pocas manos, implicaban grandes desigualdades materiales, y por ello, imposibilidades para muchos de hacer efectivos esos derechos cuyo cumplimiento estaba garantizado por el Estado sólo a partir de su abstención y autolimitación. La lucha por el reconocimiento de derechos sociales para los sectores más postergados del orden social generó el surgimiento de lo que se llamó “constitucionalismo social”, gracias al cual se introdujeron en las constituciones de los Estados los llamados derechos sociales que señalan ya no áreas donde el Estado no debe intervenir para evitar avasallar la dignidad y libertad individual, sino, al contrario, responsabilidades activas del Estado: materias en las que el Estado debe intervenir para hacer efectiva la vigencia de un derecho. Esas materias en las que el Estado debe intervenir efectivamente a fin de que la desigualdad no torne ilusoria a la libertad y dignidad del hombre, están marcadas por los “derechos sociales y económicos”, que versan sobre la cuestión social, refiriéndose a la educación, la cultura, el trabajo, el derecho de asociación, etc. La naturaleza de estos derechos respecto de los básicos de primera generación, es doble: el Estado no debe impedir, pero además debe garantizar activamente. Sin embargo, este “dejar hacer” es el primer espíritu de los derechos humanos que logra plasmarse en las constituciones, y que en un segundo momento, junto con el reconocimiento de los derechos sociales, se logra plasmar al mismo nivel jurídico internacional que todos los derechos –tanto los sociales como los civiles y políticos– deben ser protegidos activamente. Un claro ejemplo que muestra esta necesidad de acción estatal “positiva” la constituye el retraso en el reconocimiento efectivo del voto femenino.

Si bien es cierto, como señalan los marxistas, que el reconocimiento de estos derechos sirve para adoptar y garantizar el capitalismo frente al peligro del avance del socialismo, ello no quita que signifique un hito de gran importancia en favor de garantizar la igualdad y el efectivo ejercicio de los derechos humanos.

La primera constitución nacida de esta renovada corriente constitucionalista fue la mexicana de 1917 (constitución de Querétaro), seguida, dos años después, por la constitución de Weimar (Alemania), de mayor repercusión mundial. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948 reconoce los derechos sociales en los artículos 22 a 27. En la Argentina, el constitucionalismo social se plasmó en la constitución de 1949, impulsada por el peronismo. Aunque ésta luego fue derogada (de facto) al restituirse la vieja constitución de 1853, debieron reconocerse los derechos sociales (aunque en una versión más “liviana”) generando el ahora famoso artículo 14 bis.

El primer instrumento internacional de la máxima jerarquía a este respecto es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de la ONU, de 1966 (correlato del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), también de rango constitucional en nuestro país, que comienza afirmando que “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.”

Extractos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) (1966)

Artículo 6

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.

Artículo 9

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.

Artículo 10

3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social.

Artículo 11

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

Artículo 13

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Conviene asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.

Todos los tratados aquí mencionados fueron incorporados a la Constitución Nacional en la reforma de 1994, formando parte de ella y ampliando así la base de la expresión legislativa tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos económicos, sociales y culturales.

En síntesis, el constitucionalismo social viene a complementar el primer constitucionalismo, surgido a finales del siglo XVIII, el cual no sólo reconoce como sujeto pasivo al Estado, sino también a todos los particulares. La nueva perspectiva, que intenta alcanzar un orden económico justo, redistribución igualitaria de la riqueza y de los bienes de producción y consumo, desarrollo integrado y una coherente Planificación Social, hace hincapié en el rol activo que debe asumir el Estado: ya no basta con abstenerse de afectar al individuo, debe crear las condiciones para que sus derechos, y los derechos colectivos “de los pueblos” se hagan efectivos.

Por último, existiría una tercera generación de derechos humanos o derechos constitucionales que son los de incidencia colectiva, que fueron incorporados en la reforma de 1994 a la Constitución argentina. Son aquellos que protege a los colectivos que no son ni los “individuos” ni los “pueblos”, de afectaciones contra sus derechos comunes. Así, por ejemplo, los derechos que se refieren a la protección del medio ambiente, cuyos beneficiarios serán las generaciones futuras, los derechos del consumidor y el usuario, cuyos beneficiarios son un colectivo difuso, o el derecho al libre acceso a la información (por el cual se puede exigir a la autoridad que haga pública la información que administra).

Sin embargo, la clasificación de los derechos humanos en diversas generaciones ha sido cuestionada desde distintos autores.

Actividades

Para pensar...

Comisión de Educación APDH, *¿Qué es esto de los derechos humanos? Apuntes para una reflexión crítica: historias, documentos, conceptos y actividades*, Buenos Aires (2008)

Teoría de las tres generaciones de derechos

Esta teoría es muy usada con fines pedagógicos, porque es sencilla y clasifica los derechos humanos en tres tipos diferenciados:

- los derechos de primera generación (los enumerados en el PIDCP)
- los de segunda generación (los que enuncia el PIDESC)
- los de tercera generación, difusos, de los pueblos, de la solidaridad o colectivos (que se comienzan a discutir a partir de los años 60 y que abarcan, entre otros, el derecho a la paz, al desarrollo sustentable, a la preservación del medioambiente, el derecho de los consumidores, el derecho a la convivencia armoniosa entre las diferentes culturas, entre otros).

Hoy se estaría hablando de derechos de cuarta generación (garantías frente a la manipulación genética o el derecho a la verdad, aunque no hay consenso en esta clasificación).

Lo interesante de esta forma pedagógica de enseñar los derechos es que refleja la progresividad y la irreversibilidad producto de la lucha y conquista de los pueblos.

Pero esta teoría es criticada desde hace muchos años por varios motivos. Uno de ellos, indica que los dos primeros grupos de derechos no son generaciones sucesivas pues ambos estaban en la DUDH y aunque se hayan legislado en forma de dos pactos, ambos se adoptaron en el mismo año (1966). Considerarlos dos generaciones sucesivas es un error cronológico. Además, podría llevar a inferir erróneamente que primero deben ser garantizados los civiles y políticos, luego los económicos sociales y culturales. Aún si ambos pactos hubieran nacido en ese orden cronológico, sería incorrecto considerar que los primeros son prioritarios y el resto postergables.

Esto va en contra de una de las más importantes características de los derechos humanos: la integralidad. Mal interpretada podría brindar argumentos para que un Estado considere que cumple sus obligaciones garantizando solamente a la llamada primera generación de derechos. Diversos sectores dominantes la utilizan de esta forma con el fin de desligar al Estado de sus responsabilidades.

Es importante tener en cuenta que si se utiliza esta teoría con fines pedagógicos, se debe aclarar siempre que todos los derechos son iguales e impostergables: la violación de uno (o el no respeto y promoción) impide el respeto de los otros.

Extracto de “La doctrina de las ‘generaciones’ de derechos humanos” (Pinto, 1997)

Una doctrina, hoy profusa y con bastantes años en su haber, postula la existencia de distintas “generaciones” de derechos humanos que se habrían sucedido en el tiempo. Su virtud sería facilitar la comprensión del objeto de estudio en las coordenadas de tiempo y espacio así como distinguir por la diferente calidad de derechos y deberes.

De esta manera, los derechos de primera generación serían los denominados civiles y políticos. Su consagración se habría dado en el período del constitucionalismo clásico, fines del siglo XVIII y siglo XIX. Trataríase de derechos cuya exigibilidad por la persona humana es inmediata y para cuya satisfacción se requiere un no hacer o conducta de abstención por parte del Estado.

Por el contrario, la segunda generación correspondería a los derechos económicos, sociales y culturales, cuya cristalización se habría dado desde los primeros años del siglo XX con el movimiento del constitucionalismo social. Serían derechos de realización progresiva que exigen un hacer o conducta de acción del Estado.

Finalmente, la tercera generación de derechos humanos no sería aún de lege data y comprendería los derechos de solidaridad.

Las objeciones que encuentro respecto de este enfoque son múltiples. La explicación se hace a la luz de situaciones que no refieren a derechos humanos propiamente dichos [...] sino más bien a libertades públicas. Por otra parte, la elección de la variable es caprichosa. Si en lugar de computar el derecho interno se tratara del derecho internacional, podría afirmarse que los derechos económicos, sociales y culturales tuvieron tratamiento y positivización internacional mucho antes de la Segunda Guerra Mundial.

Así, puede decirse que las Declaraciones de Derechos —la Universal de Derechos Humanos y la Americana de Derechos y Deberes del Hombre— enunciaron derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y, respecto de estos últimos, ellas son la norma sustantiva que permite el reclamo.* Asimismo, en todos los casos —civiles, políticos, económicos, sociales y culturales— hay aspectos o contenidos de los derechos protegidos de exigibilidad inmediata. Tampoco es claro que la abstención del Estado satisfaga el objetivo de la resocialización de las penas privativas de la libertad o del derecho a la jurisdicción si el número de jueces, por ejemplo, no es el adecuado a la población del país, menos aún puede decirse que en lo económico, social y cultural todo deba ser fruto de un hacer. Cuando los estándares logrados son más favorables que los mínimos previstos en la norma, toda medida regresiva es violatoria de las normas. Finalmente, la consistente doctrina de la universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, decididamente impulsada en la Declaración de Viena adoptada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993, se ve muy contrariada con la doctrina de las generaciones de derecho.

* Véase Pedro Nikken, “El régimen jurídico de protección de los derechos económicos, sociales y culturales”, en J. Ordoñez y E. Vázquez (comps.), *Derechos económicos y desarrollo en América Latina*, San José, IIDH, 1991, p. 16.

3.3. La incorporación de normativa internacional de derechos humanos en la Constitución argentina

Si bien en las páginas siguientes analizaremos otros aspectos de la Constitución argentina, consideramos oportuno introducir acá el tema de la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos.

Como hemos mencionado en los apartados anteriores, los tratados más importantes en materia de Derechos Humanos han sido incorporados en la reforma de 1994 (inciso 22 del artículo 75), a través de la cual se les otorga “jerarquía constitucional”. A partir de ese momento, esos tratados taxativamente enumerados estarán por sobre las leyes nacionales y el resto del ordenamiento infraconstitucional, y al mismo nivel que la Constitución Nacional. En el apartado siguiente haremos referencia a las implicancias de esta forma de organización de las leyes.

Con respecto a estos tratados de derechos humanos que sí tienen jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994 se deja la necesidad y obligatoriedad de su aplicación fuera de toda discusión, el resto de la normativa está en relación de subordinación con respecto a ellos.

Estos tratados son, en virtud de lo dispuesto por el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional:

- la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre;
- la Declaración Universal de Derechos Humanos;
- la Convención Americana sobre Derechos Humanos;
- el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;
- el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo;
- la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio;
- la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial;
- la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer;
- la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes;
- la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

La Constitución Nacional aclara específicamente que “tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

Respecto del resto de los tratados, pactos y convenios que firma el Estado Argentino con otros sujetos de derecho internacional (Estados u organizaciones) en su primer parte el artículo 75, inciso 22 consigna: “Corresponde al Congreso [...] Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales [...] Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”. Además, se deja abierta la posibilidad de otorgar a otros tratados la **misma jerarquía**, previa aprobación y voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Esto implica reconocer jerarquía constitucional sólo a los tratados de derechos humanos taxativamente enumerados en el segundo párrafo del artículo 75 inciso 22. El resto de los tratados y concordatos celebrados o receptados tendrán jerarquía superior a las leyes, pero no se encontrarán al mismo nivel que el texto constitucional. Salvo que el Congreso lo establezca de manera expresa por el medio específicamente estipulado a tal efecto en el mismo artículo constitucional.

Por esto, una discusión no cerrada se produce a nivel del derecho internacional público. Pues mientras que para la ley del país, la constitución es superior a los tratados internacionales no constitucionales, para el orden internacional, el tratado con los otros países es exigible sin importar qué diga la normativa interna (y la Constitución Nacional es normativa interna).

• El texto completo de la Constitución Nacional puede consultarse en: <http://www.infoleg.gov.ar>.

• Todas las convenciones, pactos, tratados y declaraciones internacionales sancionadas en el marco de Naciones Unidas pueden consultarse en castellano en:

<http://www2.ohchr.org/spanish/law/>

• Los documentos normativos básicos en materia de derechos humanos en el sistema interamericano pueden consultarse en:

<http://www.cidh.org/basic.esp.htm>.

4. La Constitución argentina y orden político jurídico

En este apartado analizaremos el sistema político federal y el orden político-jurídico que se derivan de los principios asumidos en la Constitución.

4.1. El sistema político federal

Sin profundizar mucho en el tema y para dar una noción mínima, el Estado es una organización social que pretende ser soberana, cuya autoridad está institucionalizada (cuenta con instituciones como garantía de su poder de coerción), sobre un territorio en particular y sobre una población particular (cuando la población es una “nación” y se supone que el Estado la representa, hablamos de “Estado-nación”).²

El concepto de federalismo hace referencia a un modo particular de organización de estos elementos, por la cual el ejercicio del poder se halla descentralizado (no concentrado en un único núcleo) en varias organizaciones estatales que se suponen originariamente soberanas (en nuestro caso las provincias, en otros, simplemente se llaman “estados”), pero se reconoce a una (el “Estado federal”) como superior a las demás y unificadora de ellas. Un Estado federal implica la coexistencia de un gobierno central, soberano (en nuestro caso, soberano por delegación de los estados provinciales), en el cual existe una división de poderes y gobiernos locales, que gozan de autonomía pero no de soberanía. A esta organización se opone el estado unitario, en el cual la descentralización es meramente administrativa, puesto que el poder se ejerce desde un único núcleo.

Del gobierno central emanan normas, y lo mismo ocurre en los gobiernos locales. La clave para su convivencia radica en la subordinación de ambos ordenamientos jurídicos a las disposiciones de la constitución federal (en nuestro caso, la Constitución Nacional), que las cohesiona, les da coherencia, y la cual es a la vez base y cúspide del plexo normativo estatal.

² En teoría jurídico-política se suele hablar de “nación” como en otros términos podría referirse a un “pueblo”, una población que se reconoce como parte de un mismo grupo, etnia, una unidad cultural, etc. Pero al hacerlo se la coloca tácita o explícitamente como la contrapartida “civil” del Estado (organización política que la conduce), la población que le da su fundamento y su fuente de legitimidad. Los orígenes de ambas acepciones son comunes y se determinan entre sí. Los Estados suponen ser el emergente y la cabeza de una “nación/pueblo”: por ejemplo, “la nación francesa” (entendida como “el pueblo francés”) es –en la teoría– el prerequisite de existencia del “Estado francés”. Pero cuando en un proceso histórico se cierran las fronteras de un territorio a fuerza de espada, se demarca y se proclama una unidad política soberana (no sometida a ninguna otra), se impone un idioma y se ponen en marcha políticas de generación de identidad común en ese territorio, se está construyendo una “nación” (no hay naciones “naturales” sin un proceso histórico-político de construcción). En nuestra historia esto queda más claro. Los chaqueños, por ejemplo, forman parte de la “nación” argentina porque ese territorio fue conquistado por el Estado argentino. Y antes de eso, los grupos indígenas ¿formaron parte o no de la “nación argentina” que se pretende que es la contrapartida sustantiva del “Estado argentino”? Y el sur del país, ¿por qué forma parte del estado argentino, si pertenecía a “naciones” nativas que supuestamente nada tenían que ver con los que poblaban las ciudades? Y las preguntas pueden continuar.

En la lógica histórica-juridicista se reconoce el origen del nuestro sistema federal en el poder constituyente, que es el poder originario que dicta la primera constitución, y al que se da nueva vida cada vez que se convoca una convención constituyente (como en la reforma de 1994). Sólo ese poder supremo, que surge de una asamblea nacional especial, convocada al efecto, tiene el poder de modificar la Constitución Nacional original, y aún así, dentro de ciertos límites. El poder constituyente de un Estado federal transforma una pluralidad de soberanías en una sola.

En nuestro sistema, según el pacto de estos poderes que en ese momento eran soberanos (las provincias), se unen todas en un solo poder soberano único, que se construye a partir de la suma de las partes de las potestades originarias *delegadas* por igual, por todas y cada una de las provincias, en este nuevo poder soberano. Así queda constancia en el Preámbulo de la Constitución Nacional:

Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente *por voluntad y elección de las provincias que la componen*, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino: invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia: ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución, para la Nación Argentina.

Y aunque la realidad histórica nos habla de guerras, matanzas y luchas de intereses económicos entre las provincias y sus principales poderes y familias, que terminan en la firma de estos pactos —la más de las veces forzosos para quienes han perdido las batallas—, esta ficción jurídica de un comienzo original es de una fuerza política tal que ha servido para dar base a la unión política de todas estas estructuras (y sujetos políticos) tan distintas, tan desiguales por un siglo y medio. **Este pacto es a la vez un armisticio entre las fuerzas políticas y un compromiso de limitar el enfrentamiento a las vías políticas reconocidas y legitimadas en el pacto** (por ejemplo, en el Congreso para dictar las leyes del país, estando sus fuerzas representadas porcentualmente; en la conducción política del país que ejerce un gobierno unificado elegido por sufragio universal; en los tribunales como lugar de resolución de conflictos). Pero tan importante es el cúmulo de principios que se establece y reconoce en ese pacto fundador, que nadie, ni siquiera quienes los han violentado sistemáticamente (como los dictadores), han osado hacerlo explícitamente en

sus discursos (siempre se han justificado en la defensa de estos principios, y han negado su violación). Por ello, aunque su nacimiento de la libre voluntad de sujetos soberanos es una ficción jurídica, es una ficción jurídica que siempre es preferible defender y sostener, particularmente por la importancia práctica y ética de la vigencia de sus postulados. Una tregua forzosa, una contención al enfrentamiento abierto, una limitación formal a la fuerza, siempre operan en dirección a la igualdad, pues las fuerzas puras, los “poderes salvajes”, siempre tienen más libertad de someter y atacar en un régimen de facto no constitucional, rompiendo su corset legal, su “jaula de hierro” que obliga a tomar en cuenta y dar su cuota de poder a los otros poderes e incluso a los ciudadanos y habitantes no representados por ellos.

4.2. Orden político-jurídico

Los Estados modernos nacen, entonces, como repúblicas, una vez que se establece que la norma superior que lo justifica y explica no está establecida por un rey, o por Dios, o por su ascendencia divina, sino que su fuente de legitimidad es el hombre y el valor intrínseco a él que preexiste al Estado, hombre que delega ciertas libertades en un contrato mutuo (el contrato social). Esta delegación ficticia en los Estados federales, es el correlato de un historial por el que Estados que se afirmaban soberanos pactan su unión delegando la soberanía en una estructura que los engloba a todos ellos. Este contrato sí está corporizado en un documento, que es esa constitución o Carta Magna.

En la lógica del contrato social, en los Estados federales, el contrato original ha sido firmado simbólicamente por los hombres libres en cada provincia, y luego las provincias, como sujetos soberanos constituidos, han firmado un segundo pacto por el que se crea el Estado nacional o Estado federal, y a sus normas superiores deberán someterse en las áreas en que le han delegado su soberanía.

Cabe entonces preguntarse ahora por el lugar de las otras normas. Las de la “vida cotidiana”, las que, a partir de esa constitución, regulan la vida práctica de las personas y de las instituciones.

4.2.1. La pirámide jurídica

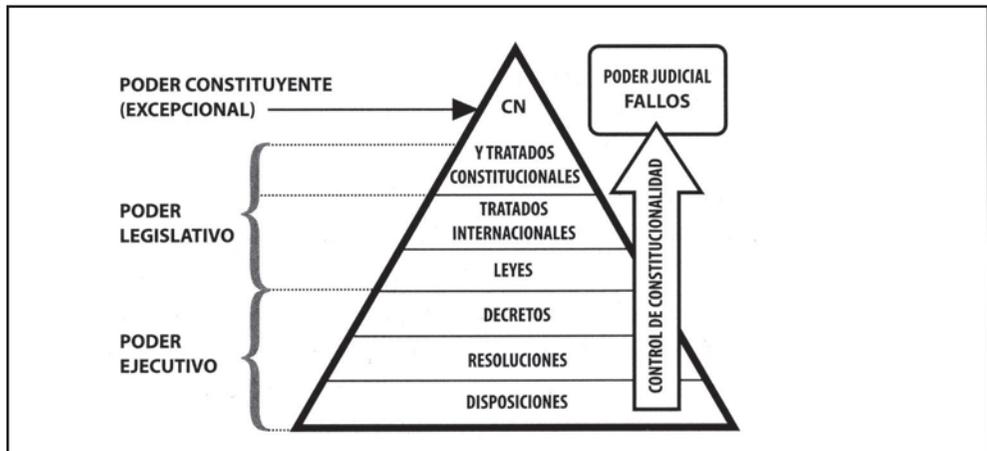
Los Estados modernos y las sociedades modernas son estructuras muy complejas. Hay infinidad de niveles de funcionamiento, desde la persona individual hasta esa gran

persona colectiva imaginaria que es el “Estado”. Todos estos actores de todos estos niveles interactúan entre sí y con otros de otros niveles. Lo cual genera necesariamente y entre otras cosas, mucho conflicto. Para que esa estructura se sostenga a lo largo del tiempo con cierta estabilidad se requiere un grado de coordinación y regulación tan complejo que ningún jurista ni abogado podría conocerlo en todas sus instancias.

Es decir que junto con la estructura burocrática-estatal moderna y la aún más compleja estructura social, hay toda una estructura regulatoria formal (es decir de normas jurídicas), que se supone, debe sostener, regular, dar estabilidad y a la vez dinamismo a las múltiples interacciones que en ella se producen. A nivel legislativo, bajo la Constitución están los *Tratados* con Estados soberanos extranjeros y luego las *Leyes* (Nacionales) del Congreso. Estas leyes requieren de una reglamentación para hacerse aplicables; he aquí la función de los *decretos* del Poder Ejecutivo. Estos decretos se ponen en marcha en el área ministerial que corresponda mediante *resoluciones*, que se ejecutan en disposiciones. Todos los conflictos entre estos órdenes normativos, entre una persona y ellos, y entre una persona y el Estado o agentes de él, se resuelven en el Poder Judicial, quien se pronuncia mediante sus fallos.

Una estructura jurídica tan compleja depende para ser efectiva y entendible de ciertos principios de ordenamiento. El más importante de ellos es la cadena de **legitimidad vertical** de las normas jurídicas.

La validez de cualquier norma jurídica depende de que sea dictada conforme los mandatos políticos generales de fondo y de forma que fija la norma superior del país. En nuestro caso, esta norma superior y condición de legitimidad es la Constitución Nacional, incluyendo en ella a los Tratados con rango constitucional.



En este texto fundador de la organización política del país se fija la estructura de las instituciones del Estado, su división, sus funciones, los objetivos mismos de su existencia, etc. Toda norma dictada fuera de ella es de inferior jerarquía, y debe respetar estos principios fijados en ella. Es decir, debe responder a los objetivos que la Constitución Nacional fija como legítimos, ser dictada por el órgano que ella indica competente, de la forma que allí se indica como válida. En el artículo 31 se observa su carácter de norma fundacional y fundamental de toda la estructura política del país: “esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley Suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales [...]”. Del juego de esta norma, capital para la cuestión de la supremacía normativa, con los artículos 5, 27, 28 y 99 inciso 2° del mismo ordenamiento, se deduce la jerarquía normativa vigente.

En la introducción al pensamiento jurídico esto se suele graficar como una pirámide, en la que en la punta, a la cabeza, está la norma constitucional, luego los Tratados en general, a nivel medio las leyes nacionales (del Poder Legislativo), y luego los decretos del Poder Ejecutivo (y resoluciones y disposiciones) y la normativa reglamentaria. Pero esto vale para todos los actos públicos. Todo acto público tiene su fuente de validez en una norma, que a su vez puede tenerla en otra y así, hay una “cadena de legitimidad” de la norma, cuyo fin último y principio es la Constitución Nacional. Es decir, un fallo judicial, por ejemplo, también debe ser tomado fundado en una ley, que a su vez debe ser coherente y surgir a partir de la Constitución. Como veremos, el Poder Judicial será quien tenga la función de corregir esta incoherencia cuando ocurra.

4.2.2. Legislación de fondo y de forma

A los efectos de la unidad federal, nuestro régimen constitucional se basa en que las provincias, originariamente Estados soberanos, delegan su soberanía sobre cuestiones de fondo al Estado nacional. Es decir, que es condición originaria y fundamental de nuestro sistema legislativo que la legislación sustantiva sea materia de ese Estado. Las leyes de forma o “adjetivas” son potestad de las provincias porque en nuestra organización política federal, las provincias sólo delegan algunos aspectos de su soberanía en el Estado federal, conservando todas las facultades no explícitamente delegadas. La legislación de fondo es la legislación que resuelve la pregunta del “qué”. Es decir, define sobre el fondo

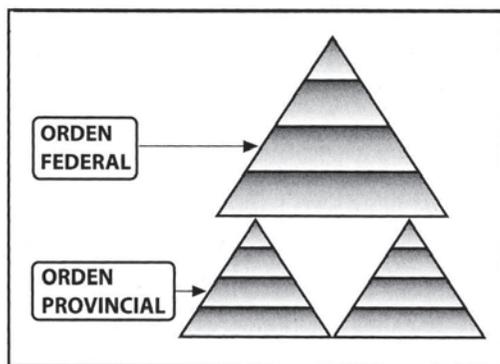
de las cuestiones. Las leyes de derecho sustantivo o de fondo, que establecen las reglas generales sobre el fondo de los conflictos, son el *Código Civil* (regula los derechos básicos de la persona, las relaciones de familia, de la propiedad individual, las deudas, la herencia, etc.), el *Código de Comercio* (regula los actores y las reglas de toda relación comercial), el *Código Penal* (establece qué conductas son delitos y qué pena debe aplicarse y cuándo no debe aplicarse), las leyes nacionales laborales, de la organización administrativas del Estado, de la educación, de los derechos de los niños y jóvenes, etc. Por ello, hay un sólo Código Penal, o Civil o de Comercio para todo el país. Luego estas leyes suelen requerir decretos del Poder Ejecutivo para ser ejecutadas. Por supuesto, como ya lo vimos, un decreto nacional, debe respetar la ley, que a su vez debe respetar la Constitución Nacional (y los tratados) para ser válido.

La forma en que esos conflictos son resueltos o procesados por los tribunales está regulada en leyes procesales, adjetivas o de forma, que varían en cada provincia (así, por ejemplo, en cada provincia hay un Código Procesal Penal, un Código Procesal Civil, etc.). Los códigos procesales que se corresponden con las materias de los de fondo son la legislación “de forma” y en nuestro orden constitucional son facultades originarias y no delegadas de las provincias. Resuelven las preguntas del “cómo”. Es decir: ¿Cómo se implementa la ley de fondo en cada provincia? ¿Quién lo hace? ¿Con qué criterio lo debe hacer?³

Cada provincia conserva autonomía y por ello conserva su propia Constitución, que es fruto de una asamblea constituyente provincial. Su normativa interna sigue la misma estructura que la nacional. La ley la dicta un parlamento, los decretos un Poder Ejecutivo, y las funciones jurisdiccionales de interpretación de la ley las tiene un Poder Judicial. A la vez todos los actos públicos deben seguir la misma cadena de legitimidad respecto de la Constitución de la Provincia (el decreto debe ser consistente con la ley, la ley –o el fallo judicial– debe ser consistente con la Constitución, etc.)

Sin embargo, los principios y garantías de la Constitución Nacional (y los tratados de rango constitucional) rigen en todo el territorio nacional y es por eso que deben ser respetados por las leyes provinciales. Es decir que aunque las provincias organicen su “cómo”, esto no puede afectar al “bloque constitucional” federal de garantías (y muchas de estas

³ En las materias que estamos analizando en este capítulo, todas las leyes provinciales son de forma. Existen sin embargo otras leyes sustantivas que no hacen al régimen nacional sino al provincial porque la materia que regulan es propiamente provincial (por ejemplo, los códigos contravencionales, que señalan las infracciones de conducta más leves que los delitos –las que, se supone, afectan a la convivencia– y que pueden establecer penas de multa o de hasta tres meses de prisión).



garantías se refieren a la cuestión del “cómo”). De otra forma, la norma o práctica que lo haga será inconstitucional. Así, una norma provincial para ser válida debe ser constitucionalmente válida a nivel provincial y a nivel nacional. O lo que es lo mismo, pueden ser inconstitucionales por violar la Constitución de su Provincia o de la Nación. Y a la vez, si la Constitución Provincial entra en conflicto con la Nacional, prevalece la Nacional.

El conflicto normativo ocurre cotidianamente y con bastante frecuencia. Ocurrió, por ejemplo, en el sistema penal, masivamente, en la provincia de Buenos Aires entre los años 2000 y 2001. El entonces gobernador Ruckauf había hecho campaña electoral los años anteriores bajo la promesa de endurecer las leyes penales, pero como hemos visto, las leyes penales son “de fondo” y por lo tanto son dictadas por el Poder Legislativo nacional, no provincial. Entonces al asumir impulsó una reforma del Código Procesal Penal (que sí es materia de legislación provincial) para que se aplique la “prisión preventiva” generalizadamente para los imputados de algunos delitos, e incluso en algunos casos que se aplique como si la imputación del delito fuera distinta a la hecha por el fiscal. Por ejemplo: si el fiscal acusaba por tentativa de robo, el juez debía considerar que era un robo consumado, es decir no un intento de robo sino un robo realizado. Como veremos luego con más detalle, la prisión preventiva es una medida cautelar que se aplica a alguien que no es considerado legalmente culpable, y sólo se debe aplicar cuando es necesaria para poder continuar con el proceso. Esto está explícito en varios tratados internacionales, en la Constitución Nacional y en la Constitución Provincial. Con lo cual era absolutamente carente de sentido que el juez estuviera obligado a aplicarla en todos los casos, tal como decía la ley. Por otro lado, resultaba absolutamente arbitrario disponer una medida así sobre un imputado por un delito, como si estuviera imputado por otro más grave. Y hay un principio constitucional general que es que los actos públicos no pueden ser irracionales ni arbitrarios.

Esas promesas electorales se transformaron en las Leyes 12.278 de abril de 1999 y 12.405 de marzo del 2000 de la Provincia de Buenos Aires. Pero a los pocos meses de que algunos jueces comenzaran a aplicar esas leyes y a dejar detenidos y presos preventiva-

mente a muchos imputados que no correspondía, los abogados comenzaron a plantear la inconstitucionalidad de los artículos de esta reforma en los casos concretos en que perjudicaba la situación de sus defendidos. Apelaron hasta que los tribunales superiores comenzaron a afirmar que efectivamente la medida era inconstitucional, sea por arbitraria, sea por vulnerar el principio de que un inocente no debe sufrir privación de libertad salvo en casos excepcionales. La inconstitucionalidad podía ser solicitada y declarada sea por contravenir a la Constitución Provincial, a la Constitución Nacional o a ambas al mismo tiempo. Actualmente, la mayoría de los artículos de estas leyes se encuentran reformados.

Este ejemplo no es un caso aislado o excepcional. **En la práctica es común observar que un empleado o funcionario público cumpla con un reglamento aprobado por un decreto, o una ley aunque estos estén en contra de algún principio constitucional.** Ocurre que estas normas de carácter inferior suelen ser más específicas y permiten resolver los problemas cotidianos, funcionando como una guía de pautas para los funcionarios y empleados públicos, que se naturaliza. En cambio pocos operadores conocen el texto a nivel constitucional o le encuentran practicidad. Por eso muchas decisiones de operadores del Estado (empleados y funcionarios) en cualquiera de sus ramas, pueden parecer caprichosas, resultar llamativas o —lo que no es raro— ir en contra del mandato superior, demasiado “abstracto” y lejano para que se internalice en la práctica cotidiana. Muchas veces no conoce la ley constitucional, muchas otras no las tiene en cuenta, ni encuentra relación con su trabajo concreto. Por eso, como ya adelantamos, alguna de estas prácticas de un funcionario público, basada en alguna de estas normas menores, puede estar en colisión con algún principio constitucional. **Es decir que, en cuanto a su vigencia efectiva, a su peso en la realidad concreta de las prácticas, el orden de prioridad es exactamente inverso al orden jerárquico formal: mientras más específica y cotidiana más poder regulador tiene sobre la conducta de la persona a la que se dirige. Mientras más general y abstracta, menor es su eficacia reguladora.**

4.2.3 Control de constitucionalidad

Para compensar este defecto, toda incoherencia entre las normas superiores e inferiores ha de ser superada a través del “control de constitucionalidad”. En nuestro país esto es una potestad de todos los jueces, que se resuelve frente a una afectación concreta de un interés o derecho de un particular. Por eso se dice que este control es “difuso”. El objetivo del mecanismo es reducir las discrepancias entre la Constitución Nacional y el resto del

ordenamiento jurídico, ordenando que la norma no sea aplicada en el caso específico en que su aplicación contradiga el mandato constitucional.

Aún así, como vimos en el ejemplo, también puede ocurrir que un juez dicte una resolución inconstitucional (por ejemplo, basado en un artículo de un código procesal que en ese caso produce una situación inconstitucional para una persona). En ese caso los jueces superiores pueden declarar la inconstitucionalidad de la interpretación de la norma que hace ese juez o de la norma misma en la que se basa.

Un ejemplo reciente de control de constitucionalidad por parte de la Corte Suprema hacia una resolución del propio Poder Judicial lo hemos tenido en el año 2009 con el Caso Arriola: un juez (como tantos otros, como tantas veces durante muchos años), procesó a varios jóvenes por el delito de “tenencia de drogas para consumo personal” previsto en la Ley de Estupefacientes 23.737 por tener en sus bolsillos, entre sus ropas, unos “porros” de marihuana (uno de los jóvenes se apellidaba Arriola y con ese nombre se conoció el caso). Pero en esta ocasión quedaba claro que la tenencia no se ostentaba en público, ni se estaba consumiendo la droga en público. Los jóvenes admitieron ser fumadores de marihuana.

Los abogados de los procesados apelaron y presentaron recursos hasta llegar a la Corte Suprema de la Nación. Y ésta, en función del principio constitucional “de reserva”, que dice que **las acciones privadas que no afecten a terceros no pueden perseguirse penalmente** (y que, entre otras fuentes, se lo encuentra en el ya citado artículo 19 de la Constitución Nacional), declaró que el procesamiento era inconstitucional y lo dejó sin efecto.

La Corte no dijo que el tipo penal de “tenencia de droga para consumo personal” era inconstitucional *per se*, sino que es inconstitucional el fallo del juez que aplica esa figura para aquel que consume en privado o tiene la droga en privado, sin afectar a nadie.⁴

⁴ Estrictamente el fallo sólo vale para ese caso en particular, no fija una ley general, ni obliga a los jueces inferiores a decir lo mismo. Pero se supone que los tribunales inferiores se irán adaptando al criterio de la Corte, pues de otras maneras los casos similares sobre los que juzguen, en caso de fijar un criterio distinto, serán apelados hasta la Corte, y eventualmente revocados. En este sentido es importante remarcar que en el caso se valoró que el tenerlo entre los bolsillos no es lo mismo que consumirlo en público. En el caso no se exhibía ni la droga ni su consumo. Y por eso era claramente una acción privada. El fallo no resolvió sobre los casos en que alguien consume o tiene estupefacientes, por ejemplo, en una fiesta o en la calle. Ese caso no es similar en el dato –muy relevante– que no se hace en privado sino en público.

5. Proteger los derechos

5.1. Vías constitucionales para hacer operativo un derecho

Si bien cómo se hace un planteo judicial, y cómo se acude a los superiores, está regulado en la legislación “de forma” por cada provincia, la misma Constitución Nacional prevé mecanismos especiales para corregir una violación inconstitucional al derecho de una persona mediante vías especiales (llamadas también “garantías”, en sentido estricto, pues son las vías por las cuales se puede cuidar el resto de los derechos). Estos mecanismos son:

- Hábeas corpus
- Acción de amparo
- Hábeas data

El más reconocido universalmente y de antiguo origen es el hábeas corpus. Básicamente podríamos decir que es una acción judicial que cualquier persona puede interponer (en una presentación) ante un juez, a favor de cualquier otra, para evitar que pierda su libertad por parte de funcionarios del Estado (“hábeas corpus preventivo”), para recuperar la libertad cuando ha sido ilegítimamente privado de ella por agentes del Estado, o para corregir privaciones de derechos que se le aplican ilegítimamente como parte de la privación de libertad (“hábeas corpus correctivo”), es decir, por un “agravamiento ilegítimo de sus condiciones de detención”. Si su privación de libertad no está en competencia de un juez específico, o la dilación impide llegar a ese juez, se puede interponer ante cualquier juez, en cualquier momento, y es de trámite urgente. Surge de la tradición jurídica, de la interpretación del artículo 18 de la Constitución Nacional (ningún habitante de la Nación puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente), y como garantía explícita se la encuentra en el artículo 43 de la Constitución Nacional: “Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio”. Se encontraba, además, antes, legislado en la Ley 23.098 (1984): “corresponde hábeas corpus cuando se denuncie un acto u omisión de autoridad pública, que implique la limitación o la amenaza de la libertad ambulatoria, sin orden escrita de autoridad competente; siendo igualmente, el caso de accionar por hábeas cor-

pus, cuando se diera la circunstancia de que se agravara ilegítimamente, la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad”.

La acción de amparo es también una vía sumarísima (urgente) por la cual una persona puede pedir que se lo proteja frente a una lesión ilegítima de un derecho por parte del Estado (aunque en algunos casos se admiten también amparos contra particulares). Resulta similar al hábeas corpus, pero no se dirige a proteger la libertad sino cualquier otro derecho particular, y por ello tiene algunas formalidades más, y sólo procede si no hay otra vía posible y si no es una resolución judicial.⁵ Aunque en la Argentina es una creación de la jurisprudencia, tuvo recepción en la Constitución de 1994. Así, el artículo 43 establece que “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva”.

Además, se encontraba legislada en similares términos en la ley 16.986 (1966) que establece que “será admisible contra todo acto u omisión de autoridad pública que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional, con excepción de la libertad individual tutelada por el hábeas corpus”.

Una novedad en estas vías constitucionales para garantizar derechos, en el mismo artículo, es la que hace referencia a los **derechos colectivos**: podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

Finalmente, en similar sentido, la acción de **hábeas data** prevista en el mismo artículo constitucional como un caso especial de Amparo, protege la información sobre uno mismo y su uso aún de parte de los privados: “Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o

⁵ El amparo, en principio, no procede contra resoluciones judiciales. Contra ellas hay que usar las vías recursivas comunes (apelación, por ejemplo).

actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística” (artículo 43).

Es decir que, por cualquiera de estas vías, mediante una presentación judicial pueden defenderse los derechos de libertad individual, de la información y todo otro derecho constitucional que afecte colectivamente a un grupo concreto o difuso. Ya veremos más adelante dos casos de hábeas corpus colectivos como ejemplo de esto.

5.2. Recurrir a la Corte Suprema y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El Poder Judicial también está construido con la imagen de una pirámide. A la cabeza de esa pirámide la Corte Suprema, en el medio las Cámaras –de diferente denominación según el fuero y la provincia– y en la base los tribunales inferiores. Este esquema es tanto federal como propio de cada provincia, teniendo todas ellas una Suprema Corte o Tribunal Superior.

Como dijimos antes, el control de constitucionalidad de un acto jurídico en nuestro país es difuso. Se da caso por caso, activado por el particular que sienta que es víctima de una afectación de un derecho constitucional, frente al juez competente. Cuando esta afectación se da en el transcurso de un proceso judicial, hay vías para reclamar contra la decisión judicial (apelar), frente a jueces superiores, hasta llegar a la Corte Suprema o Tribunal Superior de cada provincia. Y si la afectación es a un derecho garantizado a nivel de la Constitución Nacional, el último tribunal será la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Es decir que cuando se afecta este tipo de derechos la Corte Suprema de la Nación actúa como superior del Tribunal Superior de cada provincia.

Cuando esa afectación de ese derecho constitucional (nacional o provincial) no se da en un procedimiento jurídico, sino, supongamos, en un acto administrativo, también hay procedimientos propios de reclamo (procedimientos administrativos), pero como todo acto público es revisable por los jueces, de no haber otra medida administrativa de protección efectiva, se podrá proteger acudiendo a los jueces. De no haber otras vías previstas para ello, al menos se lo podrá hacer con las acciones de hábeas corpus, amparo o hábeas data, según sea el caso (conforme lo vimos en el punto anterior).

Uno de los casos más usuales y fáciles de constatar son los juicios al Estado por el pago de jubilaciones. Supongamos que la ANSES decide no pagar una jubilación o pagar menos de lo que el jubilado reclama. El jubilado presenta un escrito ante la Justicia

quejándose de la decisión. Por lo general se hace a través de una Acción de Amparo, al cuestionar que la decisión afecta un derecho constitucional y que la restitución de ese derecho debe ser urgente. Esto es, en la práctica, simplemente que él y su abogado escriben en un papel lo que ha pasado, y lo que pretenden, si tienen prueba la agregan, averiguan dónde se encuentra la mesa de entradas para presentar el papel, y lo entregan. Se sortea un juez interviniente, y este dispone medidas. Si en razón de ellas, el juez niega el pedido, se puede llegar con recursos de apelación y de queja hasta la Corte Suprema de la Nación. La Corte, si decide que la resolución de la ANSES es inconstitucional, la anulará y ordenará que se le pague la suma correcta. Este tipo de reclamos llega hasta la Corte en miles de casos.

Tradicionalmente, siendo los Estados soberanos, es decir no reconociendo ninguna entidad política jerárquicamente superior, el acceder a la Corte de la Nación era el punto final de la medida de protección. Pero durante el siglo XX hemos vivido también un proceso político por el cual los Estados reconocen que deben articular instancias supranacionales de protección de derechos. Y así se comprometen frente a otros Estados y organismos internacionales a cumplir con ciertos principios de derechos humanos, asumen compromisos específicos al respecto, y crean instancias internacionales de revisión y control de esos compromisos referidos a los derechos humanos. Al inicio de este capítulo, hemos visto el contexto de surgimiento de los tratados internacionales de derechos humanos.

Por medio de la Ley 23.054, el 22 de noviembre de 1969, se aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos (llamada Pacto de San José de Costa Rica por la ciudad en la que se adoptó). Por medio de la Reforma Constitucional del año 1994 se le otorga rango constitucional.

La **Convención Americana sobre Derechos Humanos** establece dos órganos de protección por ella contemplados: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La **Comisión Interamericana de Derechos Humanos** (CIDH) promueve la observancia y defensa de los derechos humanos consagrados en el Pacto de San José de Costa Rica y, además, está facultada para recibir denuncias individuales de los ciudadanos de los Estados signatarios de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos. Es algo así como el fiscal que recibe la denuncia del particular y que está legitimado para a nivel nacional para exigir el reconocimiento o restablecimiento de su derecho. Pero cuando la demora de resolución en el derecho interno afecta la posibilidad de efectivo cumplimiento del derecho o la garantía, se admite igualmente la competencia.

La **Corte Interamericana de Derechos Humanos** (Corte IDH) está facultada para dictar medidas cautelares (en casos de extrema gravedad y urgencia), y resuelve sobre la presentación de la Comisión, luego de escuchar a las partes interesadas. Sus fallos son obligatorios para los países signatarios, que aceptan y reconocen su jurisdicción. La Corte puede así condenar al Estado y ordenarle que proceda de otra manera a favor del derecho afectado. La condena no es penal contra individuos representantes del Estado o la autoridad, sino que es contra el Estado como tal, de naturaleza simbólica y política (y puede tener efectos pecuniarios, claro): su principal costo se paga a nivel de la consideración en la política internacional. Y por ello las condenas suelen ser cumplidas, aunque en algunos casos con mora (y en otros, directamente, se las evade).

Un caso concreto de intervención de la CIDH y la Corte Interamericana: las penitenciarías de la provincia de Mendoza

Debido al hacinamiento y a prácticas brutales de los operadores penitenciarios, se vivió un incremento de incidentes violentos en el interior de los establecimientos de detención en la provincia de Mendoza los primeros años del siglo XXI.

Las acciones de los propios presos y sus defensores a través de presentaciones individuales y colectivas tuvieron poco efecto.

Con el objetivo de evitar que siga corriendo riesgo la vida de los internos, el 21 de julio de 2004 abogados defensores de los derechos humanos presentaron una solicitud de “Medidas Cautelares” urgentes ante la Comisión Interamericana “para revertir las condiciones que ponían en grave riesgo la vida e integridad física de la población penitenciaria en general”. Medidas que fueron concedidas por la Comisión Interamericana, quien requirió al Estado “que adopte en forma inmediata las acciones necesarias para proteger la vida e integridad personal de los internos y el personal penitenciario” y la emplazó a “esclarecer los hechos denunciados y sancionar a los responsables” (Procedimiento número 1231/04 ante la CIDH).

Sin embargo, el Estado argentino (quien debía garantizar el cumplimiento de la medida por parte de la provincia de Mendoza) incumplió la medida cautelar y el 4 de diciembre de 2004 fue asesinado otro interno (su cuerpo fue descuartizado en ocho pedazos que aparecieron dispersos por distintos sectores del pabellón).

A raíz de ello la Comisión se hizo presente para inspeccionar las distintas unidades carcelarias de Mendoza. El informe sobre esta visita fue presentado ante la Corte por la Comisión el 6 de abril de 2005, “expresando su preocupación por las deplorables condiciones de seguridad e higiene de la Penitenciaría, las cuales habrían determinado los nuevos hechos de violencia así como la muerte de varios internos en incidentes no esclarecidos, durante la vigencia de las Medidas Provisionales”.

Como resultado, el 11 de mayo de 2005 se celebró una audiencia ante la Corte Interamericana en la que la Argentina se comprometió a mantener la Medidas Provisionales, y a reducir el hacinamiento ampliando medidas alternativas a la prisión.

Pero los hechos de violencia continuaron los años siguientes y lejos de reducirse el hacinamiento, el gobernador de Mendoza en campaña prometió un plan de seguridad que aumentaba el número de encarcelados (ampliando la aplicación de la prisión preventiva).

Ello motivó a que nuevamente abogados defensores de los derechos humanos acudieran ante la Comisión Interamericana a fin de pedir que se pronuncie explícitamente por la continuidad de las medidas cautelares a las que el Estado se había comprometido. En octubre de 2007 las partes (los abogados y organizaciones representantes de los derechos de los presos y el Estado argentino) acordaron una "Solución Amistosa" (tal el nombre del acto jurídico), en la que el Estado se comprometió a establecer la figura del Defensor del Pueblo de Mendoza y una Procuración a favor de las personas privadas de libertad, y a elaborar un Plan de Acción en Política Penitenciaria acompañado de un presupuesto que posibilitase su implementación. Su cumplimiento está, por el momento, incompleto.

La inobservancia del compromiso por parte del Estado argentino podrá traer consecuencias como la condena internacional (una fuerte pérdida en la consideración pública internacional que puede traer efectos políticos) y la responsabilidad del Estado por los hechos que surjan del incumplimiento (por ejemplo, el deber de indemnizar a las víctimas del incumplimiento de la medida).

Puede consultarse un relevamiento completo del caso en el Informe 70/05 de la CIDH: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2005sp/Argentina1231.04sp.htm>.

Para consultar la situación actual del caso, pueden consultarse los sitios de la CIDH (www.cidh.org) y de Amnistía Internacional Argentina (<http://www.amnesty.org.ar/noticias-y-documentos/archivo-de-noticias/argentina-1>).

Este segundo capítulo se organizó a partir de una revisión de la Constitución Argentina: el sistema político que establece, sus principios y garantías, la reforma de 1994 y la inclusión de los tratados de derechos humanos. Analizamos el sistema político federal y el orden político-jurídico que se derivan de los principios asumidos en la Constitución. A partir de allí se hizo hincapié en los vínculos, tensiones y contradicciones entre la normativa constitucional y las legislaciones nacionales y provinciales.

Por último señalamos cuáles son los mecanismos constitucionales y administrativos para la protección de derechos en nuestro país.

En el capítulo siguiente se retomará el análisis de las garantías constitucionales para realizar una lectura crítica de la legislación penal nacional vigente.

Referencias bibliográficas

- Beccaria, Marqués de (2004 [1764]): *Tratado de los delitos y las penas*, Buenos Aires, Valetta.
- Comisión de Educación APDH (2008): *¿Qué es esto de los derechos humanos? Apuntes para una reflexión crítica: historias, documentos, conceptos y actividades*, Buenos Aires. Disponible en <http://www.apdh-argentina.org.ar/biblioteca/2008/ddhh/index.asp>
- Fonseca, C. y A. Cardarello (2005): “Derechos de los más y menos humanos”, en S. Tiscornia y M. V. Pita (eds.), *Derechos humanos, tribunales y policía en Argentina y Brasil. Estudios de antropología jurídica*, Buenos Aires, Antropofagia.
- Foucault, M. (2003 [1975]): *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa.
- (2007): *El nacimiento de la biopolítica*, Buenos Aires, FCE.
- Pinto, M. (1997): *Temas de derechos humanos*, Buenos Aires, Ediciones del Puerto.
- Rousseau, J.J. (1967 [1762]): *El contrato social*, Buenos Aires, Aguilar.

Bibliografía complementaria recomendada

- Zaffaroni, E. R.; A. Alagia y A. Slokar (2002): *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar.
- Kelsen, H. (2003): *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba.



CAPÍTULO 3. Derecho penal y sistema penal

1. Fundamentos de derecho penal

Como ya se habrá comprendido, el derecho penal es un terreno muy especial y único respecto a las otras ramas del derecho.

Así como está planteado desde la modernidad, de la cual nuestra propia organización política es fruto, las partes en el derecho penal son dos. Por un lado, el Estado que se desdobra en un órgano acusador (en general el fiscal), y un órgano con poder de jurisdicción (el juez); y por otro lado, frente a esta doble aparición del Estado, el individuo. La palabra no es casual. No se trata de un sujeto, sino de una persona individual, real, que debe responder por sus actos. No es ni un sujeto colectivo, ni una “persona” jurídica (como una empresa). Es el hombre de carne y hueso frente a la persecución estatal. Por ello, desde el diseño de los pensadores clásicos, es importante que para que el Estado no se manifieste de forma arbitraria en esta forma de ejercicio del poder, cumpla con ese cúmulo de principios políticos que antes señalamos (medura, necesidad, utilidad, objetividad) que se traducen en principios jurídicos. La violencia que ejerce el Estado, tanto en la persecución como en la condena, no puede ser similar a la que ejercería un particular, sino que debe ser más racional, debe estar justificada en la necesidad legal, y no puede librarse a la lógica de la venganza. Los límites infranqueables que deben estar garantizados en la aplicación de violencia por parte del Estado son llamados “garantías”. Son los principios de derecho, de orden superior a las leyes mismas, que establecen límites de racionalidad al poder de persecución estatal. Son de un orden superior tan indiscutible que aún a aquellos que no están expresamente enunciados en la Constitución, se los

considera tácitos en el espíritu de la norma suprema y se les reconoce rango constitucional. Y como son de orden constitucional, son de cumplimiento obligatorio en todo el territorio nacional aún cuando las leyes provinciales y la práctica de los jueces ignoren en muchos casos esta condición. Por eso se dice que el derecho penal es un derecho de garantías. No establece cómo debe perseguir el Estado al infractor (eso será materia que podrán establecer los poderes del Estado, cada uno con distinta competencia), sino **cómo no puede hacerlo**.

1.1. Garantías y elementos mínimos

A nivel penal –sustantivo, de fondo– y haciendo un esfuerzo de sintetizar los más importantes, podemos señalar los siguientes “principios constitucionales de derecho penal”:

- **Principio de culpabilidad:** nadie puede ser culpado por algo que no hizo o no pudo manejar o prever.
- **Principio de legalidad:** nadie puede ser penado por una conducta que previamente la ley no estableciera como delito.
- **Principio de reserva o de lesividad:** nadie debe ser perseguido penalmente por una conducta que no ocasionó un daño a otro.

Las garantías procesales penales –adjetivas, de forma– son las que regulan el proceso penal. Algunas de las más importantes son:

- **Principio de inocencia:** nadie puede ser considerado culpable hasta que se demuestre lo contrario mediante un juicio y así lo declare una sentencia.
- **Principio de defensa y derivados:** si alguien es perseguido penalmente debe tener derecho pleno a defenderse, lo que supone tener un abogado apto, ser escuchado, presentar prueba, etc.
- **Principio de imparcialidad:** el imputado debe ser juzgado por un juez imparcial, es decir, que no sea juez y parte.
- **Principio de paridad de armas:** el imputado debe tener las mismas posibilidades de defenderse que las que tiene su acusador de acusarlo.

A su vez, de estos principios se derivan muchos otros que no serán desarrollados aquí porque suponen una problemática procesal muy específica. Por ejemplo, que si uno es considerado inocente durante el proceso (principio de inocencia), no tiene por qué soportar que se lo prive de su libertad, como si ya estuviera condenado (principio

de libertad durante el proceso). A esto se contraponen la voluntad del juez de controlar el fin del proceso, y allí entramos en la problemática compleja de las “medidas cautelares” (que veremos más adelante).

Todos estos principios tienen rango constitucional. Algunos explícitamente, como el principio de legalidad que lo encontramos en el artículo 18 de la Constitución nacional y en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; otros implícitamente, como el principio de culpabilidad. Esto quiere decir que aunque no esté explícito en el texto legal, el sistema penal que admite la Constitución es el de derecho penal “de acto” (no “de autor”, como proponían los criminólogos positivistas), y que del principio general de racionalidad surge que no se puede hacer responsable penalmente a alguien por resultados imprevisibles de sus actos ni por los hechos de otro. Esto lleva a que todos los penalistas y constitucionalistas sostengan que aunque no se lo encuentre explícitamente, el principio de culpabilidad es indiscutiblemente de rango constitucional.

1.2. Teorías de la pena y del delito

Una vez atacadas las bases teológicas del poder en el Antiguo Régimen, la filosofía jurídica de la modernidad ha intentado, desde las más diversas posturas ideológicas, dar una razón y fundamento a la aplicación de castigo penal por parte del Estado contra quien comete un delito. Estos distintos intentos de justificación de la aplicación del castigo penal estatal se llaman dentro de esta disciplina “teorías de la pena”. Sin embargo, es fácil notar que no se trata de verdaderas teorías, en el sentido científico de la palabra, sino de “discursos justificantes” del castigo penal legal (Zaffaroni *et al.*, 2002: cap. II).

Estas teorías de la pena suelen englobarse en dos grandes bloques: **teorías retributivas o absolutas y teorías utilitaristas o relativas**. La diferencia entre ellas reside en las razones que esgrimen como justificación del castigo, que, se supone, resultan en distintas formas y medidas del castigo.

Por un lado, se llama retributivas o absolutas a aquellas posturas que sostienen la necesidad del castigo porque es justo per se. La necesidad de la aplicación de castigo radica, principalmente, en que es bueno o justo que se aplique. Se entiende, por lo general, que las posturas de Kant y Hegel son también retributivas. Tal como se lo interpreta en las discusiones jurídico-penales, Kant entiende la pena como la reafirmación de la vigencia del imperativo categórico, que se cristaliza en la ley común. Para Hegel la pena es la negación (antítesis) del delito (que a su vez es la negación del derecho). Como se ve, a pesar

de que se los clasifique como retribucionistas, encuentran una cierta función en la pena, al menos simbólica. No es tan cierto que la pena sea buena per se, sino por lo que significa en cuanto a la vigencia de la norma (sea éste el imperativo categórico o el derecho).

Por otro lado, se llama utilitaristas o relativas a aquellas posturas que encuentran positivo al castigo en función de los efectos que produce su aplicación. Al interior de esta postura existen distintas vertientes:

- Algunas teorías encuentran efectos en relación con el “infractor”:
 - al transformarlo positivamente, como las teorías de la resocialización, de la rehabilitación o de la reinserción, llamadas de la prevención especial positiva;
 - o por neutralizar, aislar e impedir que la persona condenada repita su conducta, como las teorías de la prevención especial negativa;
- Otras teorías se centran en los efectos del castigo con respecto al resto de la sociedad:
 - al disuadir posibles intentos de otros eventuales delinquentes, en tanto “ejemplo” o “amenaza”, como las teorías de la prevención general negativa;
 - al reafirmar en el sistema social la vigencia de la norma por el hecho de reaccionar contra las transgresiones, como las teorías de la prevención general positiva.

Para ampliar este tema véase, entre muchos otros, Zaffaroni *et al.* (2002: especialmente 56-74).

En la filosofía jurídica continúa abierta la discusión entre estas diversas perspectivas desde hace varios siglos, en tanto, como parece esperable, ninguna de las distintas posturas resulta adecuada en todos los casos. La que no resulta inútilmente cruel, resulta desproporcionada, o ambas cosas. Tal vez la imposibilidad de acertar con una medida justa del “fin” de la pena se debe a que sus funciones manifiestas no dan cuenta, o sólo lo hacen parcialmente, de las funciones latentes de la pena. Estas funciones ocultas resultan mucho más urgentes y necesarias, y son las que darán, en el fondo, la medida de “lo justo” en un contexto histórico social particular.

La discusión sobre la pena adecuada y justa nos retrotrae a la dimensión jurídica de las luchas políticas y de paradigmas ético-políticos o científico-políticos que hemos venido reseñando insistentemente.

El sentido que se quiere dar a la aplicación estatal de una medida coactiva o violenta contra una persona (llámese pena o medida de seguridad), junto con las discusiones penales constitucionales sobre cómo interpretar en el caso concreto la aplicación de los principios y garantías al juicio y castigo de una persona, dan como resultado una “teoría del delito”.

En el derecho penal se llama “teoría del delito” al método interpretativo usado para establecer conceptualmente en qué casos y bajo qué presupuestos nos encontramos ante la presencia de una acción que puede ser caracterizada como delictiva, y por lo tanto, punible.

Siguiendo a la Escuela Clásica de la modernidad, que es aquella que habilita la aplicación del castigo a un sujeto en razón de su responsabilidad como sujeto racional, desde mediados del siglo XIX se han venido enunciando sucesivas teorías del delito que proponían diversas interpretaciones sistemáticas para seleccionar, del catálogo de conductas del hombre, cuáles eran pasibles de ser castigadas con una pena y qué requisitos debían cumplir. A todas estas interpretaciones se las puede englobar bajo la conceptualización genérica de “dogmática del delito”, pues justamente, lo que intentan hacer es una interpretación dogmática de la ley penal. Sin embargo, toda mirada interpretativa tiene un punto de partida y una dirección (manifiesta o latente, explícita o no, reflexiva o inconsciente), es decir, está sostenida por una ideología y una cosmovisión. Así, los momentos históricos en particular, las luchas políticas y ético-filosóficas en general, y las necesidades prácticas sobre la dirección que debe asumir el poder punitivo también tienen efectos y se reproducen dentro de la discusión “dogmática”.

Todas las “teorías del delito” parten de una misma base genérica para construir el concepto de delito: la acción. Y ello porque en el pensamiento clásico es un principio de innegable razón que no se puede penar aquello que no es conducta (esto es lo que llamamos “derecho penal de acto”).

Este concepto de acción en términos penales, entendida como un hecho humano voluntario, ha sido clave para elaborar aquellos que serán los caracteres específicos de una “acción” que pueda ser considerada “delito”. Una buena teoría del delito es la que define el delito de forma coherente con la aplicación de las garantías constitucionales que ya hemos mencionado. No es unívoco el pensamiento dogmático-jurídico acerca de cuál es el contenido de estos conceptos, es decir, los caracteres específicos para que una acción sea considerada delito, pero sí hay ciertos conceptos generales dominantes, como que:

1. Debe tratarse de una acción o conducta humana.
2. Esta acción debe ser lesiva o dañosa de derechos o intereses legítimos de terceros (lesividad).
3. No basta con que la acción sea lesiva, sino que, además, debe haber sido captada por una ley previa a la comisión del acto para su prohibición (tipicidad).
4. Debe descartarse la existencia de cualquier permiso legal que la vuelva legítima (antijuridicidad).
5. Debe estar subjetivamente vinculada a la voluntad del autor, sea por intención o por negligencia (culpabilidad).

Cada uno de estos conceptos puede ser interpretado, reinterpretado, cosido, descosido, puesto patas para arriba y dado vuelta, buscando fallas y proponiendo mejoras, y, en gran parte, esa es la tarea de los estudiosos del derecho penal. Todo esto (y muchas otras cuestiones que por pertinencia y brevedad dejamos de lado) debe ser analizado por el juez a la hora de determinar si el autor de una conducta que tiene por probada, es punible.

Zaffaroni, reforzando la idea liberal ilustrada de que el derecho penal cumple la función de contener la potestad del Estado para aplicar penas a los ciudadanos, y la habilita sólo en ciertos casos, ha definido a la “teoría del delito” como el sistema que permite establecer en qué casos y bajo qué presupuestos se habilita el ejercicio del poder punitivo a la imposición de penas.¹

2. El proceso penal

2.1. Dos modelos históricos

Se llama **proceso penal** a la serie de actos, ordenados por la ley, que tiene que seguir un juez cuando a alguien se le inicia una investigación penal, y desde allí hasta que lo sobresee, lo absuelve o lo condena. Toda la cuestión de qué tipo de proceso ordene el sistema penal de un país está íntimamente ligada a la pregunta de qué tan efectivas son las garantías.

Podríamos decir que históricamente se pueden identificar dos modelos o tipos ideales de administración de la violencia: el **modelo acusatorio** y el **modelo inquisitivo**. Su genealogía en el mundo occidental ha sido reconstruida críticamente por Foucault (2003).

El proceso inquisitivo tiene una forma de averiguar la verdad en el acusado, que permite intentar extraer la verdad de él por medio de su sometimiento, y así pone en marcha estos mecanismos de duelo simbólico, pero ahora entre una autoridad real infinitamente superior en poder, y el súbdito imputado. Era el que usaba la Iglesia para los herejes, las brujas y los que pactaban con el demonio (de allí la Santa Inquisición), y el que pretendían poner en marcha los sucesivos intentos de imperios para las infracciones a la ley del soberano, en el que el poder de castigo —representado por el juez y el verdugo en nombre del soberano— se aplicaba de una manera especial: la tortura era el proceso y

¹ Véase sobre todo Zaffaroni (2002: 373).

el proceso era la tortura. La tortura (o el “tormento”) era la forma de averiguar la verdad histórica del hecho por medio de la confesión, contra su voluntad (más allá de su inocencia o culpabilidad), a la vez era la representación de un duelo entre el poder real y el poder del infractor o hereje. Duelo en el que se medía hasta cuándo podía soportar el acusado sin quebrarse y por ello quebrarlo tenía el sentido de un triunfo (algo de esto subsiste en la extendida práctica de la tortura policial). Los tormentos

Para profundizar sobre estas cuestiones y sobre todas las relativas al derecho procesal penal recomendamos Binder (1993).

eran también la forma de hacer sentir y dejar marcas visibles de ostentación de la autoridad real, tanto durante el proceso como durante la condena y aún después de muerto: se lo ejecutaba en público, con un ritual cargado de simbolismos de afirmación de autoridad real y de degradación del infractor/pecador. Y aún luego de muerto, el cuerpo seguía siendo el sostén de un mensaje degradante del pecador (se lo descuartizaba, se exhibían las partes en la picota, se escribían cosas sobre ellas, o se le colgaban carteles). Y a la vez, todo esto tenía el sentido algo místico de una expiación.

En el **modelo inquisitivo**, el juez debe averiguar la verdad histórica de un hecho y luego aplicar la pena si corresponde. Tiene el poder absoluto sobre la prueba y la persona sometida a proceso es sólo eso, un medio de prueba. Todo el proceso queda registrado en documentos escritos. Y sobre esos documentos el juez basa su sentencia. Él mismo juzga, condena o absuelve, y aplica la pena. Las partes (fiscal y defensa) sólo cumplen funciones auxiliares que sirven para darle legalidad a su procedimiento. Este modelo de proceso es el que heredamos de la tradición judicial colonial, pero choca permanentemente con las garantías y los derechos humanos que están en el orden constitucional (y que por ello son superiores a cualquier ley), como la presunción de inocencia (todos se presumen inocentes hasta que se demuestre y declare lo contrario), la posibilidad de presentar prueba y ser oído, y el mismo hecho de ser un “sujeto de derechos” aún durante el proceso, y no una mera fuente de pruebas para el juez.

En el **modelo acusatorio**, en cambio, el juez resuelve un conflicto entre partes. En este caso, una parte es la acusación (que señala a alguien como autor de un hecho y pide pena), y la otra parte es el acusado y su defensa. En principio el procedimiento es oral y en una audiencia pública. Y el juez (o en el caso más puro el jurado de pares, que representa a la comunidad) resuelve sobre las pruebas que ha visto y oído en esa audiencia. Lo que las partes no dicen ni pretenden, queda fuera del interés y de la competencia del juez. De este modelo surgen los derechos de presunción de inocencia, el derecho a ser oído y la

“paridad de armas” (que tanto la acusación como la defensa tengan la misma posibilidad de producir y presentar pruebas), así como muchos otros que tienen rango constitucional.

Sin embargo, la tradición judicial argentina se resiste a aplicar el modelo acusatorio aún en los casos en que ha habido reformas legales con un fuerte acento acusatorio (como fue el caso de la reforma del sistema penal de 1998 en la Provincia de Buenos Aires que dio origen a un nuevo Código Procesal Penal). De allí que la cruz entre tradición (inquisitiva) y necesidad de respeto a los principios constitucionales (la mayoría de ellos de raigambre acusatoria) haya dado lugar a los modelos mixtos.

Como advertimos antes, el procedimiento penal es materia de legislación provincial en nuestro país. Sin embargo, prácticamente todas las provincias tienen modelos mixtos —algunos con mayor tendencia inquisitiva, otros con mayor tendencia acusatoria—. Y el esquema general de proceso penal se repite en todas ellas: hay una primera parte típicamente inquisitiva (la instrucción) y una segunda parte copiada de los sistemas acusatorios (el juicio o plenario, en general juicio oral). Al mismo tiempo, hay una tradición inquisitiva en la forma de actuar y pensar de los jueces, y un cúmulo de garantías acusatorias en los códigos, cuyo respeto está impulsado con mayor énfasis por las academias.

El proceso penal en términos estrictos comienza con la investigación, que señala a un imputado como sospechoso, y si continúa contra este imputado debe concluir en un juicio (en los sistemas más acusatorios siempre es oral, en los más inquisitivos, escrito). Es luego del juicio cuando se evalúan en un mismo acto a todas las partes y pruebas, que se dicta **sentencia**.

La sentencia es el único acto que determina el estado de inocencia o culpabilidad del imputado. Es decir que hasta que ésta se produzca no se puede considerar al imputado culpable. Pero la sentencia también puede ser apelada. Hasta que venza el plazo para apelarla y nadie lo haya hecho, o hasta que el tribunal encargado de la revisión determine que la sentencia es correcta, la sentencia no **“queda firme”**. Es decir el acto de la declaración definitiva de culpabilidad o inocencia adquiere firmeza y efectos definitivos cuando ya no puede ser apelado. Es ahí que se dice que la sentencia **“queda firme”**.

Esquema general de los procesos mixtos



2.2. Estado procesal del imputado

Como los sistemas procesales son provinciales, hay una amplia variedad entre ellos. Pero hay ciertas categorías que permiten ubicar procesalmente al individuo sometido a persecución penal.

- **Imputado:** cuando se habla de imputado se hace referencia a una persona que está siendo investigada en un proceso penal. Es decir “sometida a proceso”. Pero de la que aún no ha habido declaración de culpabilidad. La declaración de culpabilidad sólo puede hacerse mediante una sentencia de un juez. Pero esta puede ser apelada por el imputado. Por lo cual, para que esa sentencia valga, tiene que pasar el tiempo en que puede ser apelada, o, si fue apelada, haber sido ratificada por el tribunal que revisó la sentencia. En ese momento, la sentencia “queda firme”. Es ahí cuando el imputado pasa a ser condenado. Si el imputado está privado de su libertad como medida cautelar se encuentra “detenido”.
- **Procesado:** el “auto de procesamiento” es un acto dentro del proceso penal en el que se evalúa si vale la pena seguir con la investigación contra una persona. Para ello el juez evalúa si a su juicio hay elementos para creer que efectivamente ese delito ocurrió y que esa persona es probablemente el autor. Si el juez “procesa” a alguien, quiere decir que sí, que a su juicio hay “méritos suficientes” para seguir la investigación en su contra. Es decir que el procesado es un imputado sobre el cual el juez ha dicho que hay apariencia de autoría de un delito. Este acto, el auto de procesamiento, está siendo eliminado de los procedimientos más modernos porque tiene como efecto “invertir la carga de la prueba”, es decir, que el imputado parezca de ahora en más culpable, y que sea él el que vaya a tener que probar su inocencia (esto, obviamente, es inconstitucional: es el acusador el que tiene que probar que una persona es culpable, la inocencia se presume; sin embargo, la tradición hace que se mantenga y sea aceptado). Si el juez dispone que el procesado continúe cautelarmente privado de libertad, se encontrará en “prisión preventiva”.
- **Condenado:** se está condenado cuando ya hay una sentencia que declara a esa persona culpable y se le impone una pena. Y esa sentencia es válida (“quedó firme”). Si la pena implica privación de libertad, y la persona condenada ya estaba presa preventivamente (detenido o bajo prisión preventiva), el tiempo privado de libertad se computa como tiempo de condena cumplido. A veces ocurre por los tiempos de los procesos que el imputado permanece preso cau-

telarmente varios años, de tal forma que cuando es condenado ya está en condiciones de salir en libertad.

- **Sobreseído:** cuando se declara que alguien queda “libre de culpa y cargo” (así rezaba la vieja fórmula), es decir, que es inocente o que no se lo puede perseguir penalmente antes de que el proceso llegue a la etapa de juicio (anticipadamente), se dicta su sobreseimiento.
- **Absuelto:** cuando se declara que el imputado queda libre de culpa y cargo luego de celebrado el juicio, y como consecuencia de este se lo declara “absuelto”. En la realidad, no es habitual que luego de estar privado de libertad durante el proceso judicial, el cual suele durar varios años, el acusado termine absuelto en el juicio. El conflicto que esto implicaría lleva a muchos tribunales a escapar de él condenando al acusado pero por la pena justa para que no tenga que cumplir más tiempo privado de libertad. De esa forma lo pone en libertad al acusado pero se evita el escándalo de haberlo tenido preso injustamente. Aunque esta perversión es aberrante e inconstitucional, no es en absoluto inusual.

En los dos últimos casos, tanto en el de sobreseimiento como en el de absolución, termina el proceso a favor de imputado, y deben cesar todos los efectos contrarios a sus derechos que se veían afectados por su calidad de imputado.

2.3. Medidas cautelares de privación de libertad

Las medidas cautelares son aquellas que se toman como resguardo del proceso. En el derecho civil, por ejemplo, se prohíbe al demandado vender la cosa que es objeto del litigio. Es una medida precautoria, que no dice nada sobre el fondo de la cuestión. **En el derecho penal, la más usual de las medidas precautorias es también la más grave: privar de libertad al imputado durante la duración del proceso para evitar que se escape.** Como vimos, esto tiene mucha influencia del modelo inquisitivo que ya reseñamos antes. Pero hay otras medidas que son coercitivas (por ejemplo, hacer traer al imputado o al testigo por la fuerza, cuando no se presentan a un llamado del juez). Y en el sistema penal juvenil, también la ejecución de la pena suele admitir gran variedad medidas que podemos llamar de coerción y que no son estrictamente cautelares. Por ejemplo, el joven puede estar internado a disposición del juez o sometido a medidas educativas que implican su privación de libertad, aunque no se haya dictado su responsabilidad penal.

Entonces, en derecho procesal penal **se llama medidas cautelares a las medidas forzosas que puede tomar un juez para evitar que no se pueda llegar a juicio adecuadamente, es decir, que la prueba se destruya o que el imputado se fugue.** En general estas medidas son especialmente problemáticas porque se dirigen al imputado, a aquel que está sospechado, investigado o procesado. Sobre él recaen permanentemente sospechas de que puede hacer algo para evitar llegar a juicio, por el miedo a ser condenado. Aunque el juez puede hacer lo que crea que sea necesario, pero siempre provocando el menor perjuicio, **la realidad es que de manera generalizada se suele utilizar la privación de libertad del imputado como medida cautelar principal** ante la presunción automática de que la pena con la que está amenazado le impulsará a evadir la acción de la justicia.

La privación de libertad del imputado (aún no condenado, simplemente señalado como probable autor) como medida cautelar asume dos formas graduales:

1. La **detención**, que requiere poca prueba, apenas una sospecha, y debe durar poco tiempo (entre 10 días y un mes según el código procesal penal de cada provincia). Luego de ese plazo, o se confirma la necesidad de la privación de libertad (y así se dicta la prisión preventiva) o se libera al detenido.
2. La **prisión preventiva**, es lo que sigue a la detención, pero requiere una mayor apariencia de autoría y puede durar mucho tiempo. En principio, dura hasta que se celebre el juicio y como resultado de él se dicte sentencia. Aunque las normas constitucionales dicen que no se puede prolongar más allá de un “plazo razonable” (que en general se entiende en dos años), en nuestra realidad esto no se cumple y se suelen prolongar mucho más. Todas las medidas cautelares privativas de la libertad pueden ser dejadas sin efecto cuando deja de haber peligro procesal. En general a este recurso del imputado se lo llama “excarcelación” y puede estar acompañado de una fianza o caución monetaria, que es un dinero que se deposita como garantía de que el imputado no evadirá a la acción de la justicia. Si cumple su compromiso y se presenta a juicio, la fianza le es devuelta (salvo si es condenado y se aplican “costas”, en ese caso se la usa para pagarlas).

Como en la realidad la prisión preventiva no es utilizada tanto como medida cautelar sino como pena anticipada (suele razonar el juez, con un vocabulario muy velado: “sospecho que es él, y que será condenado, con lo cual ya lo dejo preso desde ahora”), los códigos más modernos y garantistas insisten en dar una mayor variedad de medidas cautelares y recordar que sólo hay que aplicar la menos gravosa y en la medida de lo ne-

cesario. Un ejemplo de otras posibilidades son: obligación de presentarse al tribunal o a un organismo de control diariamente, semanalmente, etc.; arresto domiciliario; arresto domiciliario con monitoreo electrónico (pulsera o tobillera), etc.

Finalmente, si el imputado es **condenado**, estamos aquí en materia de **ejecución de la pena**. La condena puede ser a varios tipos de pena (artículo 5 del Código Penal). Para los delitos medios y graves, esta siempre incluye la prisión. Cada delito tiene una escala penal, un mínimo y un máximo de años de prisión. Si es la primera vez que es condenado y la pena es leve (hasta tres años), puede quedar “en suspenso” (artículo 26 del Código Penal), siempre y cuando se cumpla con ciertas condiciones de conducta (artículo 27 bis del Código Penal) durante todo este plazo. Esto es porque se reconocen los efectos contraproducentes de la pena de prisión.

Si es condenado a más de tres años se puede solicitar su “libertad condicional” a los dos tercios de cumplido el tiempo de la condena, siempre y cuando “haya cumplido con regularidad los reglamentos carcelarios”. Lo mismo para el condenado a prisión perpetua cumplidos los 20 años. La libertad está condicionada al cumplimiento de condiciones. Si las condiciones no se cumplen, el condenado vuelve a prisión para cumplir el tiempo de privación de libertad restante (artículo 13 del Código Penal). La libertad condicional tiene sentido en función del ideal resocializador y correccional que supone la pena de prisión. Para que el proceso de resocialización sea efectivo se sugiere que tiene que haber un margen de discrecionalidad que sirva como premio o castigo según el comportamiento del condenado.

Aunque la ley aplicable, esto es, el Código Penal, sólo requiere cumplir los reglamentos carcelarios, la tradición práctica de los jueces y la legislación procesal suele agregar como requisito un informe criminológico a efectos de dar a un preso condenado la libertad condicional. Esto resulta cuestionable en cuanto a su constitucionalidad y de hecho es actualmente materia de disputa frente a los jueces de Ejecución.

3. La situación de los presos y el control de constitucionalidad

Aunque se supone que a un procesado le cabe la presunción de inocencia, y que la medida cautelar de privación de libertad debe ser excepcional, en nuestro sistema penal se utiliza tan generalizadamente y los procesos son tan largos que entre el 59% y el 80%

de los presos en las cárceles (variando según la provincia) están detenidos o con prisión preventiva, y sólo el resto están efectivamente condenados (SNEEP- Sistema Nacional de Establecimientos Penitenciarios).

Es decir que la gran mayoría están presos cautelarmente a pesar de que la ley les asegura formalmente la calidad de “inocentes”, porque aún no han tenido un juicio o una sentencia que determine lo contrario con firmeza.

Varios casos han llegado ante la Corte Suprema de la Nación por situaciones derivadas de este funcionamiento aberrante. Entre ellos, un hábeas corpus correctivo y colectivo interpuesto en el año 2001 contra la Provincia de Buenos Aires por dejar miles de detenidos alojados en las comisarías (funcionando así como complementos de las cárceles, pero sin su estructura edilicia ni sus condiciones de funcionamiento).

Para ampliar la información sobre este caso, puede consultarse <http://www.apdhlaplata.org.ar/juridica/juridicac20.htm>

En el fallo sobre este caso, de mayo de 2005 (caso “Verbitsky, Horacio s/habeas corpus”), la Corte Suprema:

- Fijó los estándares de protección de los derechos de los presos que los distintos poderes provinciales deben respetar para cumplir con el mandato de la Constitución Nacional y con los pactos internacionales de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional.
- Ordenó a la justicia provincial verificar y remediar las condiciones inhumanas de detención de los presos a su disposición.
- Ordenó a la justicia provincial disponer la inmediata libertad de los adolescentes y enfermos detenidos en comisarías.
- Exhortó a los poderes ejecutivo y legislativo provinciales a revisar la legislación que regula la excarcelación y la ejecución penitenciaria y a tomar como parámetro la legislación nacional en la materia.
- Recomendó que se conformara una mesa de diálogo en la que intervinieran las autoridades provinciales y las organizaciones de la sociedad civil.

Por supuesto que el fallo no trajo efectos inmediatos. No hizo que se redujeran la cantidad de presos de la noche a la mañana. Pero sí ejerció una presión importante sobre el número de presos en comisarías, lo que llevó a disminuir el hacinamiento en ellas, y fijó un importante precedente sobre los alcances del control de constitucionalidad por parte de los tribunales sobre actos tan complejos como una política criminal provincial.

Por otro lado, también es cierto que en lugar de disminuir el número de presos, se puso en marcha la construcción de nuevas cárceles. Por un lado esto es positivo, porque puede significar que muchos presos alojados en condiciones infrahumanas en las comisarías sean trasladados a un lugar levemente mejor a los efectos de protección de sus derechos. Por otro lado, esto amplía la capacidad máxima del sistema penitenciario, que siempre trabaja al límite e incluso superando sus límites (con un amplio margen de superpoblación), con lo cual abre la oportunidad para seguir expandiendo la cantidad de presos.

4. La cárcel como ejecución de la pena

4.1. Breve noticia histórica de la cárcel y su relación con el derecho penal

Retomaremos aquí solo algunos aspectos centrales de la historia de esta institución para comprender las tensiones vigentes en la actualidad y en nuestro contexto.

4.1.1. Los orígenes europeos

Como se analizó en el *Módulo 1. Pensar la educación en contextos de encierro. Primeras aproximaciones a un campo en tensión*, a medida que comienza a gestarse ese largo proceso que se conoce como capitalismo, se crean grandes instituciones de encierro para sacar de las ciudades y los caminos a los mendigos, los rateros, los enfermos, las prostitutas, los huérfanos, los viejos, los locos, los bandidos (todos personajes normales en el paisaje de la Edad Media, que crecen en cantidad debido a los artesanos y campesinos que quedan fuera del sistema productivo). Estas instituciones, que en principio sólo funcionan para la exclusión (y por ello alojan indistintamente a toda esta clase de sujetos no útiles e incómodos), intentarán solventar sus costos con el trabajo de los encerrados. Poco a poco, la mirada utilitaria y productivista comenzará a ver en estos ámbitos de pura exclusión lugares de donde también es posible extraer utilidad.

Se desarrollaron varias técnicas organizativas que someten a sus internos (obreros, alumnos, enfermos, soldados) al examen permanente de la mirada jerárquica (del capataz, del profesor, del médico, del oficial), mirada que vigila, toma nota de cada pequeña respuesta y reacción, y así clasifica, sube o baja en rangos. Y esta mirada examinadora articula a estos internos en un sistema progresivo, que supone que actúa a través del tiempo.

Como cada pequeño acierto tiene su pequeño premio, y cada pequeño error su pequeño castigo, se supone que a la larga, el sentido general de un proceso, de un avance, ingresa en la subjetividad del interno, transformándolo en cada vez mejor, cada vez más productivo, más obediente, más apto, más eficiente, más sano, etc. Es decir que esta técnica es la aplicación de un proceso que actúa en el tiempo. Y transforma.

Esa tecnología de control y transformación de los hombres es lo que siguiendo a Foucault podemos llamar “disciplina”. Y como vimos, es posible gracias a la intensificación y la llegada de la mirada productivista, utilitarista y economicista a todos los ámbitos de la vida social.

Pero si, por un lado, el pensamiento ilustrado, economicista y contractualista representó una crítica a los excesos en las manifestaciones de crueldad del viejo régimen, por otro lado significó un cambio de rumbo y una expansión del sistema punitivo. Un nuevo uso.

Una de las nuevas instituciones que se reorganizan bajo esta lógica disciplinaria es la cárcel, también derivada de ese gran depósito de todos los excedentes sociales. Si otras instituciones se organizan en torno a los inútiles inocentes: los locos, los mendigos, los huérfanos, que no son mano de obra aprovechable como tal; la cárcel se reorganiza bajo la especialización de someter a este proceso de observación y clasificación a los inútiles culpables, que podrían ser aprovechados como mano de obra (Pavarini, 1983). La prisión moderna nace de todas las otras disciplinas. Toma técnicas de organización militares, de educación, clínicas, de talleres, etc. Hacia comienzos de siglo XIX, en Europa los castigos públicos y ostentosos, y las otras formas alternativas de aprovechar al condenado, comienzan a desaparecer y la pena por excelencia, sino la única, es la de prisión (Foucault, 1983).

Aquí hay un divorcio importante entre las nuevas ideas de los juristas y filósofos de la ilustración, su forma de pensar el derecho penal y su propuesta de sistema penal, y lo que estaba ocurriendo con esta prisión “disciplinaria” dominando casi con exclusividad la verdadera manifestación del sistema penal a nivel de las condenas (e incluso de las formas de detención durante el proceso) y pareciendo crecer ilimitadamente hacia una utópica ciudad punitiva-disciplinaria. Con lo cual se desarrolla una doble vía que organiza el ritual penal y el derecho penal de fondo conforme las nuevas ideas ilustradas, y la ejecución de la condena en un organismo administrativo que se había creado desde las técnicas disciplinarias. Como dijimos antes, el discurso de la criminología positivista terminará por dar estatus científico a las técnicas penitenciarias de observación y tratamiento y, a la vez, las técnicas policiales de vigilancia y control de las clases bajas. El espíritu de todas las leyes y prácticas policiales desde fines del siglo XIX estará basado

en los conceptos y la forma de pensar que había terminado de articular el positivismo criminológico. Así no es raro que la normativa policial hable de sujetos “peligrosos”, o de “grado de temibilidad”, que permita a la policía facultades de control y detención al margen de los requisitos judiciales (por ejemplo, los edictos y las ordenanzas policiales), que hacen foco en el control de las clases peligrosas y en los jóvenes, fuera de la lógica de la culpa-castigo. Dará sostén a la vigilancia policial y persecución de la “mala vida”, los “lunfardos”, los inmigrantes y en general los sectores marginales como clase de individuos incivilizable, inferior, y naturalmente más peligrosa. Es decir que su función excede lo estrictamente penal y se convierte en una función retórica de justificación de toda una actividad política destinada a imponer el orden, reprimir los movimientos de protesta, justificar el dominio de una clase “superior” por sobre otra “inferior”.

Siguiendo siempre los principales hallazgos de *Vigilar y castigar*, podemos decir que lo penitenciario desarrolla así un saber técnico que va por separado de la discusión jurídica sobre a quién y cuándo castigar. Es como si frente al saber de los jueces dijera: “sus discusiones filosóficas terminan en la sentencia. Una vez que el condenado ingresa a la prisión, somos nosotros los que sabemos cómo tratarlo. Somos nosotros los expertos en control y disciplina que pueden poner en marcha el proceso de rehabilitación. En este mundo no se deben meter. Su entendimiento termina en las puertas de la prisión”. Esta relación tensa y contradictoria entre los jueces y su filosofía sobre la pena por un lado y los penitenciarios y su saber técnico por otro se mantuvo durante todo el siglo XX y se mantiene aún hoy.

4.1.2. El contexto latinoamericano

A pesar de este divorcio entre discurso (legal) y práctica (institucional), parece haber una afinidad muy fuerte entre la aparición y generalización de este tipo de condena y técnica penal y la organización de los Estados modernos capitalistas. De hecho, como dijimos, en los contextos latinoamericanos, las ideas de la ilustración llegaron hacia fines del siglo XVIII, triunfaron con la independencia, pero no se vieron acompañadas por el surgimiento de la cárcel disciplinaria. Es recién a fines del siglo XIX y a principios del siglo XX –cuando los Estados latinoamericanos se han organizado luego de sus guerras civiles y en general han estabilizado las bases para un capitalismo agroexportador– que la prisión moderna, con sus técnicas disciplinarias, comienza a aparecer (y con mucha lentitud).

Por otra parte, la “modernidad” real sólo había llegado a fines del siglo XIX a las grandes urbes. Las grandes ciudades latinoamericanas funcionaban como una suerte de frontera de la “civilización”, eran el paso y la mixtura del interior feudal con los saberes y prácticas de la modernidad europea. El interior de los países permanecía bajo un tipo de organización feudal heredada de la colonia, donde la lógica de la autoridad y del ejercicio de la fuerza era otro. En un sistema político feudal, que por afinidad electiva suele ser el predominante en el mundo agrario, el poder no se oculta en tecnicismos y mecanismos complejos, sino que al contrario, se demuestra, y la mayor y más efectiva demostración es el castigo visible, y el castigo es justamente, para reafirmar la autoridad del patrón. En gran parte, y en muchos de nuestros países que tienen zonas que todavía están organizadas con una lógica “feudal”, la racionalidad tradicional-carismática de dominio, y el tipo de ejercicio simbólico y cruel del castigo, sigue ocurriendo.

La cárcel moderna en su significado de máquina disciplinaria y transformadora del hombre (resocializadora, se dirá) sólo tiene sentido en un mundo industrial en el que se requiera crear y educar una mano de obra obediente y disciplinada, un trabajador mecanizado. No tiene mucho sentido en un mundo de patrones, de peones de campo y artesanos. En ese mundo la cárcel será un castigo algo marginal, el calabozo tendrá otro significado y otras funciones.

Entonces, en América Latina, la modernidad penal no sólo se toma un siglo o más en llegar desde los contextos centrales a las burocracias estatales y sus instituciones, sino que siempre será un proyecto incompleto. Una técnica de gobierno que opera en función de una sociedad urbana e industrial, que nunca ha terminado de existir (pues, aunque haya grandes urbes y aunque haya industria, en general difícilmente podemos clasificar a los países latinoamericanos como industriales; más bien, esos circuitos urbanos e industriales funcionan sobre una base agraria, rural y semifeudal, acaso en el mejor de los casos como complemento de ella). En muchos casos, el discurso técnico disciplinario de la cárcel ha actuado como una cáscara vacía que encubre un uso de la fuerza hacia el interior de los muros mucho menos productivo y utilitario y mucho más brutal y represivo.

Así, esta cárcel-técnica, puramente disciplinaria, cuando llega como idea y proyecto a nuestros contextos se va a montar sobre la subsistencia de los castigos corporales y de la cárcel más antigua y tradicional, como mero encierro y como demostración de autoridad.² Por supuesto que a nivel de los discursos científicos y jurídicos, la única justificación será técnica, será la de la rehabilitación, la de la disciplina, la de la educación transformadora, porque esa es la única razón aceptable para una república moderna, y más en el naciente saber “positivo”. Pero en la práctica, mucho más fuertemente que en los contextos centrales, esta razón técnica será permanentemente puesta en duda, y funcionará conjuntamente con una racionalidad del poder crudo, verticalista y autoritaria, donde la violencia se ejerce simplemente para establecer la autoridad del guardia sobre el preso, del patrón sobre el siervo, para vencer en la lucha simbólica permanente entre el verdugo y la víctima, entre el policía y el delincuente. La lógica del duelo, del caudillo y de la demostración de la fuerza exacerbada permanece, subsiste y hasta se intensifica en el mundo entre muros que construye el discurso disciplinario.

En Argentina, durante principios del siglo XX el discurso positivista organizará el “tratamiento” penitenciario en fases. El mejor ejemplo es el de José Ingenieros en su obra teórico-práctica *Criminología*, que dividía la tarea de los gabinetes criminológicos en “Etiología Criminal”, “Clínica” y “Terapéutica”. Se dará así base científica a durísimas medidas de control de clases y represión social como la Ley de Residencia (ley 4.144) del año 1902 que permitía la vigilancia y expulsión de los inmigrantes, o las medidas de reclusión indeterminada una vez probada la peligrosidad innata o insuperable de un sujeto a quien se le imponía una medida más severa que la prisión, la reclusión, que incluía alojamiento en lugares inhóspitos y trabajos forzados.

Además de esta distancia práctica, hay, en definitiva, una tensión entre dos polos que aquí debemos identificar en las discusiones legales y normativas. Por un lado, la **lógica correccionalista** que hace del preso un objeto técnico, de modelación y transformación. Por otro, la **lógica penal de las garantías**, cuyo objetivo es la sanción de un hombre que se presume libre, racional, y fuente originaria de valor y de derechos que deben quedar fuera del alcance de la sanción. Veremos cómo esta tensión y disputa entre dos polos se manifiesta en el análisis de la ley.

² Además, cada contexto tiene sus particularidades. En la constante “guerra al indio” (y también en las guerras intestinas) durante el siglo XIX en nuestro país era muy frecuente aplicar como castigo penal la conscripción forzosa, lo que sin dudas no obedece a una mentalidad disciplinaria, sino a necesidades políticas específicas de ese contexto sociohistórico.

4.2. Constitución, leyes y reglamentos penitenciarios

Como vimos en el capítulo anterior, la validez de una ley nacional depende de su adecuación al orden constitucional. Y se pone en funcionamiento mediante decretos que la reglamentan. Pero también vimos que la lógica constitucional parte del sistema republicano moderno e imparte garantías, con las que muchas veces chocan las leyes penitenciarias, que durante el siglo XX seguían el esquema disciplinario-correccionalista y no siempre era coherente con el esquema constitucional de garantías. La lógica constitucional fue reforzada por incorporar los tratados de derechos humanos a la Constitución en la reforma de 1994 y ello creó un “bloque constitucional de garantías”, ahora sí con mucha más claridad opuesto a ciertas prácticas y normativas penitenciarias, que debieron modificarse.

A nivel del texto constitucional original, la expresión sobre las cárceles era más bien escueta y un poco oscura. En un artículo regado de garantías penales y procesales, sólo impide la crueldad (pensando en las viejas prácticas coloniales premodernas) y afirma que su función es utilitaria para “seguridad”:

Artículo 18.- [...] Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.

Pero he aquí que hay varias formas de concebir la función utilitaria de “seguridad” de las cárceles. Esa seguridad se puede lograr por efecto de la amenaza, como necesidad de sostener al orden legal simbólicamente, por la vía de la resocialización, o simplemente aislando al preso. En ese sentido el texto constitucional no opta explícitamente por ninguna vía. Los textos de los pactos internacionales de orden constitucional y de otros tratados firmados y ratificados por nuestro país sí son más específicos, y en ese sentido incorporan al lenguaje de las garantías el objetivo resocializador y de tratamiento.

Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de rango constitucional, redactado en 1966 (entrada en vigor: 23 de marzo de 1976), es decir, en pleno auge del deal resocializador,³ establece en su artículo 49:

³ En los años cincuenta y sesenta, el positivismo criminológico en su faz más humanitaria y el discurso

1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. [...]
3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.

Y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), (1969) también de rango constitucional, en similar sentido, establece que “Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano” (Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal, inciso 2). Y que “Las personas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados” (Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal, inciso 6).

En otro orden, también funcionan como principios orientativos de la leyes una serie de “reglas mínimas” o recomendaciones de las Naciones Unidas (a las que nuestro país pertenece), como las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (elaboradas por el Primer Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente en Ginebra, 1955 y aprobadas por Resoluciones del Consejo Económico y Social de la ONU números 663/57 y 2076/97).

En estas Reglas hay una diferencia con el resto de los tratados, en tanto no aparece el tratamiento como objetivo único de la pena, aunque aún sigue siendo el predominante. Establece que:

58. El fin y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad son, en definitiva, proteger a la sociedad contra el crimen. Sólo se alcanzará este fin si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo.
59. Para lograr este propósito, el régimen penitenciario debe emplear, tratando de aplicarlos conforme a las necesidades del tratamiento individual de los delincuentes, todos los medios curativos, educativos, morales, espirituales y de otra naturaleza, y todas las formas de asistencia de que puede disponer. [...]

correcionalista vivieron en el interior de las instituciones penales su apogeo, mientras afuera nacía y crecía la crítica, que terminaría por impactar en ellos cuestionando su validez, como vimos en el capítulo 1.

65. El tratamiento de los condenados a una pena o medida privativa de libertad debe tener por objeto, en tanto que la duración de la condena lo permita, inculcarles la voluntad de vivir conforme a la ley, mantenerse con el producto de su trabajo, y crear en ellos la aptitud para hacerlo. Dicho tratamiento estará encaminado a fomentar en ellos el respeto de sí mismos y desarrollar el sentido de responsabilidad.

En este instrumento normativo el discurso correccionalista disciplinario asume una presentación positiva y humanista,⁴ y subsidiaria a la pena misma: la utilidad que provee el tratamiento es sólo un fin útil accesorio que es positivo y deseable facilitarse una vez que se realice la ejecución de la pena. La pena no está establecida en función del tratamiento sino que el tiempo de la pena “debe aprovecharse” para ello.

La lógica de someter el tratamiento al cumplimiento de las garantías mínimas y fundamentales se encuentra mucho más acentuada en el documento de la CIDH que sirve como referencia para la interpretación y la aplicación de las normas, llamado Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de Personas Privadas de Libertad en las Américas (Washington DC, marzo del 2008) que establece que:

Toda persona privada de libertad que esté sujeta a la jurisdicción de cualquiera de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos será tratada humanamente, con irrestricto respeto a su dignidad inherente, a sus derechos y garantías fundamentales, y con estricto apego a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

En particular, y tomando en cuenta la posición especial de garante de los Estados frente a las personas privadas de libertad, se les respetará y garantizará su vida e integridad personal, y se asegurarán condiciones mínimas que sean compatibles con su dignidad. [...]

Toda persona privada de libertad será igual ante la ley, y tendrá derecho a igual protección de la ley y de los tribunales de justicia. Tendrá derecho, además, a conservar sus garantías fundamentales y ejercer sus derechos, a excepción de aquéllos cuyo ejercicio esté limitado o restringido temporalmente, por disposición de la ley, y por razones inherentes a su condición de personas privadas de libertad. [...]

Las personas privadas de libertad gozarán de los mismos derechos reconocidos a toda persona en los instrumentos nacionales e internacionales sobre derechos humanos, a excepción de aquéllos cuyo ejercicio esté limitado o restringido temporalmente, por disposición de la ley y por razones inherentes a su condición de personas privadas de libertad.

⁴ De alguna manera acompaña a otras utilidades: “proteger a la sociedad contra el crimen”, como vimos, puede tener múltiples vías y la pena supone una pluralidad de métodos que supuestamente tienden a eso.

Como se ve, aquí lo principal no es el tratamiento. Prácticamente no se habla de él. Lo importante es que cualquiera que sea la utilidad que se le quiera dar a la ejecución de la pena, ésta debe estar centrada en el respeto a la dignidad y a las garantías propias de las personas.

4.2.1. Legislación nacional

Pero a nivel de la legislación nacional, la situación cambia. Ya hemos dicho que la práctica de los actores concretos está más guiada por la ley y el decreto que por la Constitución. Es decir, por la norma específica que le permite actuar y resolver problemas cotidianos, más que por la norma abstracta y general. Aunque formalmente la jerarquía es inversa, y la práctica debería respetar esa jerarquía, lo cierto es que el funcionario muchas veces no toma en cuenta a la Constitución, o sólo tiene una lejana referencia de ella. En cambio, su mundo son las costumbres, las resoluciones y los decretos. Aunque éstos en muchos casos puedan resultar inconstitucionales.

Durante el siglo XX priman en todos los órdenes provinciales y nacional leyes penitenciarias de impronta disciplinaria-rehabilitadora sostenidas en una criminología positivista-correccionalista, que coloca la ejecución de la pena en poder de las administraciones penitenciarias (es decir, una cuestión administrativa y no judicial).

Pero la crítica jurídica contra las prácticas arbitrarias de la burocracia penitenciaria y su tendencia hacia el peligrosismo y el derecho penal de autor, logra a nivel legal perforar esta lógica y someter al régimen penitenciario al respeto de las garantías y a la revisión judicial, como cualquier otro acto público (como insistimos antes, no necesariamente un cambio en el régimen y en la existencia de la norma implica su verificación en la materialidad de las prácticas cotidianas). Así, sin perder la impronta correccionalista, la Ley Nacional de Ejecución de la Pena, 24.660, de 1999, intenta someterla al cumplimiento de algunas de las garantías constitucionales y el respeto a los derechos humanos, sobre todo colocando en cabeza de un juez la potestad de tomar decisiones clave como el egreso del preso. Es decir, limita el expansionismo correccionalista, colocando funciones de revisión en el Poder Judicial sobre materias que antes parecían exclusivas del servicio penitenciario.

En sus artículos más relevantes la Ley Nacional de Ejecución de la Pena (24.660) establece lo siguiente:

Artículo 3. La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, estará sometida al permanente control judicial. El juez de ejecución o juez competente garantizará el cumplimiento de las normas constitucionales, los tratados internacionales ratificados por la República Argentina y los derechos de los condenados no afectados por la condena o por la ley.

Artículo 4. Será de competencia judicial durante la ejecución de la pena:

a) Resolver las cuestiones que se susciten cuando se considere vulnerado alguno de los derechos del condenado;

b) Autorizar todo egreso del condenado del ámbito de la administración penitenciaria [...]

Artículo 208. El juez de ejecución o juez competente verificará, por lo menos semestralmente, si el tratamiento de los condenados y la organización de los establecimientos de ejecución se ajusta a las prescripciones de esta ley y de los reglamentos que en su consecuencia dicte el Poder Ejecutivo. Las observaciones y recomendaciones que resulten de esas inspecciones serán comunicadas al ministerio competente.

Artículo 209. El Poder Ejecutivo dispondrá que inspectores calificados por su formación y experiencia, designados por una autoridad superior a la administración penitenciaria efectúen verificaciones, por lo menos, semestrales con los mismos propósitos que los establecidos en el Artículo 208.

La ley no abandona el correccionalismo. Sostendrá el sistema de clasificación, la ejecución de la pena como un “tratamiento” progresivo, organizado en fases y etapas en las que se administra la libertad, la existencia de un gabinete criminológico que tiene funciones de hacer pronósticos delictivos, etc. Este tema lo trataremos con más detalle cuando veamos el decreto reglamentario de la ley. Pero el espíritu de la ley apunta a dar garantías judiciales contra la arbitrariedad y los posibles abusos del sistema correccionalista-disciplinario y, en general, controlar la conducta y decisiones de los operadores penitenciarios en el enorme ámbito de discrecionalidad con que se suelen manejar las administraciones penitenciarias.

Esta ley es aplicable a todo el régimen de condenados por la Justicia Nacional y la Justicia Federal.⁵ Pero, como vimos antes, si en las materias de fondo la ley nacional es

⁵ Básicamente podríamos decir que la Justicia Nacional son los jueces comunes de la Capital Federal, y en cambio la Justicia Federal son los jueces del Fuero Federal, que intervienen en todas las causas federales a lo largo de todo el país. Son dos circuitos judiciales paralelos. Los presos de ambos circuitos son destinados al Servicio Penitenciario Federal. Luego los presos por delitos comunes en cada provincia van al sistema

aplicable a todo el país, en las cuestiones de forma, cada provincia se rige por su propia legislación. Es decir que cada provincia tendrá también una ley que regule el cómo de la administración penitenciaria y de los jueces de ejecución. Claro que en ejecución, no siempre queda del todo claro hasta cuándo la ley es de fondo o de forma, y hasta qué punto la ley provincial debe seguir los dictados de la federal. Lo que es indiscutible es que **los principios y garantías constitucionales que recoge esta ley sí rigen a todo nivel.**

Como vimos anteriormente, “lo penitenciario” se desarrolla como una técnica con saberes propios, no necesariamente afín al espíritu de la lógica jurídica de las garantías y derechos humanos, y dentro del mundo propio de la “administración” penitenciaria, de los presos, sus comportamientos, evitando conflictos y ordenando sus actividades. Es así que el decreto reglamentario tiene una inspiración más correccionalista que la misma ley (decreto 396/99), espíritu que también podríamos verificar en casi todos los reglamentos provinciales.

El decreto establece la progresividad del Régimen Penitenciario, afirmando que es “un proceso gradual y flexible que posibilite al interno, por su propio esfuerzo, avanzar paulatinamente hacia la recuperación de su libertad, sin otros condicionamientos predefinidos que los legal y reglamentariamente establecidos. Su base imprescindible es un programa de tratamiento interdisciplinario individualizado”. Así, reivindicando el espíritu correccionalista, la pena es un tratamiento para el cual se requiere estar internado (nótese el vocabulario terapéutico medicinal): “El tratamiento interdisciplinario individualizado deberá atender a las condiciones personales y a los intereses y necesidades del condenado durante su internación y muy especialmente para el momento de su egreso.”

El paso de una fase a otra del tratamiento se hace en base a una Historia Criminológica, de ella se ocupa un Servicio Criminológico (formado, “por lo menos”, por un psiquiatra, un psicólogo y un asistente social, “a los que se incorporará, en lo posible, entre otros, un educador y un abogado”) encargado de evaluar al interno en el Período de Observación, “clasificarlo” y planificar su tratamiento.

De acuerdo con la normativa, el tratamiento se divide en tres fases o períodos:

1. **El Período de Observación**, consiste en el estudio médico-psicológico-social del interno y en la formulación del diagnóstico y pronóstico criminológicos.
2. Luego, el **Período de Tratamiento** —en sentido estricto, consistente en la aplicación de las determinaciones del Consejo Correccional al que se refiere el artículo 17 de la ley— será fraccionado en tres fases sucesivas:

penitenciario de cada provincia (que también funciona en paralelo al sistema federal) y se le aplican las leyes de ejecución de la pena de cada provincia en sus aspectos procesales.

- a) Socialización (consiste, primordialmente, en la aplicación intensiva de técnicas individuales y grupales tendientes a consolidar y promover los factores positivos de la personalidad del interno y a modificar o disminuir sus aspectos disvaliosos);
 - b) Consolidación (supervisión atenuada que permita verificar la cotidiana aceptación de pautas y normas sociales y en la posibilidad de asignarle labores o actividades con menores medidas de contralor);
 - c) Confianza (otorgar al interno una creciente autodeterminación a fin de evaluar la medida en que internaliza los valores esenciales para una adecuada convivencia social, conforme la ejecución del programa de tratamiento).
3. Finalmente, existirá un **Período de Prueba** que “consistirá básicamente en el empleo sistemático de métodos de autogobierno, tanto durante la permanencia del interno en la institución como en sus egresos transitorios como preparación inmediata para su egreso”, por el que se llega a la posibilidad de obtener salidas transitorias y la incorporación al régimen de semilibertad. Así, habrá distintas variantes, también progresivas, de “salidas transitorias”, “semilibertad”, “prelibertad”, libertad condicional”, etc.

A la vez, “el Consejo Correccional calificará trimestralmente, la conducta y el concepto de cada interno”, lo que será tomado en cuenta para determinar la frecuencia de las visitas, la participación en actividades recreativas y otras que los reglamentos establezcan. Así como para disponer su libertad condicional (posibilidad dispuesta en el Código Penal, que se puede otorgar a los 2/3 de cumplida la condena). Este Consejo Correccional está integrado por el Director y por los responsables de las áreas Seguridad Interna, Trabajo, Servicio Criminológico, Asistencia Social, Asistencia Médica y Educación. Y consecuentemente se maneja sobre la base de:

- un **Informe Criminológico** (motivación de la conducta punible, perfil psicológico, tratamientos psiquiátricos o psicológicos aplicados y su resultado, resumen actualizado de la Historia Criminológica precisando la trayectoria del interno en la progresividad del régimen y pronóstico de reinserción social);
- un **Informe Educativo** (nivel educativo formal alcanzado, otros estudios realizados, posibilidad de continuarlos, aprendizaje profesional y participación en actividades culturales, recreativas y deportivas);
- un **Informe Laboral** (vida laboral anterior y especialidad si la tuviere, oficio, arte, industria o profesión, su aplicación en la vida libre, posibilidad de solventarse a sí mismo y al grupo familiar dependiente, actividades realizadas en el establecimiento);

- un **Informe Médico** (estado general psicofísico actual, antecedentes clínicos, mención de patologías de especial significación, atención médica en curso y necesidad y posibilidad de su continuación);
- un **Informe de la División Seguridad Interna** (situación legal, especificando si tiene declaración de reincidencia, fecha de ingreso, lugar de procedencia, información de los establecimientos en que haya estado alojado, conducta y concepto, sanciones disciplinarias, si las registrare, señalando fecha y motivo, acciones meritorias y recompensas);
- un **Informe Social** (lugar y fecha de nacimiento, estado civil, núcleo familiar o de convivencia al que se reintegraría y perfil socioeconómico, vinculación con su familia, ayuda que puedan prestarle familiares, allegados u otras personas o instituciones, y cómo se estima que asumirían el egreso del interno. En los casos de libertad condicional o libertad asistida, el informe deberá evaluar la eficacia del programa).

Todos estos informes deben ser evaluados por el Consejo Correccional para producir un pronóstico de reinserción social.

Por otro lado, consecuente con la lógica disciplinaria-correccionalista, a la vez que el sistema de clasificación y calificación opera paralelo al régimen de sanciones disciplinarias, se establece toda una serie de “recompensas”, o “beneficios extraordinarios” (dec. 1139/2000) por buena conducta, voluntad de aprendizaje, espíritu de trabajo, sentido de responsabilidad.

Sin dudas que estos dos “lenguajes” jurídicos distintos (y objetivos políticos distintos), el correccionalista y el del sujeto de derechos, entran en colisión permanentemente, y es allí donde la figura del juez de Ejecución debe intervenir a fin de hacer cumplir la jerarquía de las normas (sobre la que tanto insistimos antes).

4.2.2. Recursos administrativos y recursos judiciales del preso

Para comenzar, a **nivel administrativo** (es decir, dentro del sistema penitenciario, o en todo caso dentro del mismo Poder Ejecutivo que lo administra), el preso puede defenderse ante la aplicación de las sanciones establecidas en los reglamentos de las cárceles por mala conducta. En tales circunstancias, podrá presentar su descargo, pruebas de su inocencia y **solicitar audiencia ante el director del penal**. Es ante esta autoridad frente

a la cual podrá presentar las quejas que oportunamente tuviere, estando facultado también para dirigirse a una autoridad administrativa superior. Pero también puede recurrir directamente a la vía judicial, es decir, hacer una presentación directamente al juez de Ejecución o equivalente.

Además, tal como lo señalan los artículos 3° y 4° de la Ley Nacional de Ejecución (N° 24.660), el preso, **ante una violación de sus derechos reconocidos por la ley ha de dirigirse al juez de Ejecución competente**, funcionario designado por la misma ley para garantizar el cumplimiento de las normas constitucionales, los tratados de derechos internacionales de derechos humanos, así como la protección de todos los derechos del preso no afectados por la condena.

Otro tanto ocurre en la mayoría de los órdenes provinciales. Por ejemplo, en la provincia de Buenos Aires, la Ley de Ejecución Penal Bonaerense (N° 12.256) designa a los jueces de Ejecución como los funcionarios que han de garantizar el cumplimiento del plexo de derechos que resguardan al preso, y ante los cuales deberá dirigirse este último cuando aquellos se vean vulnerados.

Esta función de garante otorgada al juez de Ejecución en la ley encuentra su correlato en el Código Procesal Penal de la Nación (artículo 70, inciso 1°). Y a nivel provincial en los Códigos provinciales, por ejemplo, en el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires (artículo 23, inciso 3°).

Las presentaciones hechas por los presos ante los jueces de ejecución serán revisables, si acaso fueran denegadas, ante una Cámara de Apelaciones (y hasta el Tribunal de Casación en el caso de la justicia federal). Y siempre podrá someterse el preso, en última instancia, a la decisión de la Suprema Corte de la Nación.

La Constitución Nacional contempla, por otro lado, en su artículo 43, párrafo último, la acción del hábeas corpus (que vimos antes), aplicable entre otros ante acciones u omisiones de autoridades públicas que con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta impliquen un agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención y siempre que no exista otro medio judicial más idóneo para preservar los derechos del preso.

El hábeas corpus puede ser presentado por el mismo preso o por cualquier otra persona en su favor, no podrá ser rechazado por defectos formales, siendo resuelto el recurso en el menor tiempo posible (por su carácter de acción expedita y rápida).

Agotados los recursos internos (o cuando la dilación en resolver esté afectando el mismo derecho que busca proteger), y dado que la Argentina ha adscrito al Pacto de San José de Costa Rica, el preso podrá dirigirse a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, facultada para recibir denuncias de los particulares de los Estados miembro

y, si fuera pertinente, hacer una presentación ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyos fallos son obligatorios para los países signatarios del Pacto. El caso de las “Penitenciarias de Mendoza” sirve para ilustrar esto y, a la vez, cuestionar la verdadera medida de efectividad de estos mecanismos de protección.

Luego veremos también cómo un grupo de presos que acudían a la Universidad, al ver impedido repentinamente ese derecho por una circular de la administración penitenciaria, interponen un hábeas corpus ante el juez de Ejecución, y este declara inaplicable la circular a su respecto.

En este capítulo intentamos proveer de los elementos mínimos para entender el derecho penal argentino, en lo que hace a su estructura de principios y garantías, sus discursos justificantes, su estructura procesal e incluso la manifestación casi exclusiva de su ejecución: la prisión. Pero intentamos hacerlo contextualizadamente, marcando las fuerzas e ideas políticas que se apropian de él y lo reforman o lo sostienen, que lo impulsan para un lado u otro, que luchan por los conceptos, por las etiquetas jurídicas, por imponer el “espíritu de la ley”.

Así, en los principios constitucionales del derecho penal, hay una cierta forma *liberal iluminista* de concebir al hombre en relación al orden político, que se ha formalizado en el derecho penal de los juristas. Concepción distinta de la que está presente en los discursos que emergieron de las instituciones de control penal y a partir de sus prácticas, *disciplinaria-correccionalista*. Ésta última está presente con mucha más fuerza en los instrumentos normativos que hacen a la ejecución de la pena.

De la misma manera en los sistemas procesales hay siempre dos modelos en pugna que se mezclan y generan híbridos, el sistema acusatorio de la resolución de conflictos entre partes iguales y el sistema *inquisitivo* en el que un magistrado detentador del poder debe conocer la verdad histórica e impartir justicia.

Los contextos históricos e intereses políticos con los que guardan relación estas corrientes marcan también un cierto devenir en esta lucha. Las posiciones dominantes se cristalizan en declaraciones, pactos, leyes, decretos que entran en conflicto o en tensión entre sí, haciéndose visibles en los distintos niveles normativos.

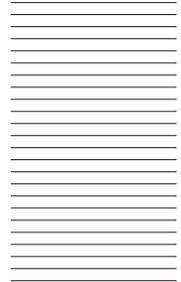
Finalmente, también trabajamos el orden normativo a nivel práctico a fines de entender el valor concreto de estas construcciones legales en la situación de alguien enfrentado al sistema penal, en sus distintas etapas, y en su relación con la normativa de todo nivel.

Referencias bibliográficas

- Binder, A. (1993): *Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc.
- Foucault, M. (1999 [1976]): *Vigilar y castigar*, Buenos Aires, Siglo XXI.
- (2003 [1975]): *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa.
- Pavarini, M. (1983): *Control y dominación*, Buenos Aires, Siglo XXI.
- Rusche, G. y O. Kirchheimer (1984): *Pena y estructura social*, Bogotá, Temis.
- Zaffaroni, E. R.; A. Alagia, A. Slokar (2002): *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar.

Bibliografía complementaria recomendada

- Del Olmo, Rosa (1984): *América Latina y su criminología*, México, Siglo XXI.
- Ingenieros, J. (1957): *Criminología*, Buenos Aires, Elmer.
- Terán, O. (1987): *Positivismo y nación en la Argentina*, Buenos Aires, Punto Sur.
- Foucault, M. (2007) *El nacimiento de la biopolítica*, Buenos Aires, FCE.



CAPÍTULO 4. Niños y adolescentes en el sistema penal

1. Tensiones y definiciones político-jurídicas

1.1. La criminología y el joven delincuente

Como dijimos, el espacio penitenciario originó su propio saber sobre el preso, orientado al tratamiento y la transformación, nutrido de otras ciencias del hombre de la época. Al mismo tiempo que la cárcel, nacían también las técnicas policiales de vigilancia y control social que se desplegaban por todo el campo social. Una misma forma de concebir el sujeto a vigilar y castigar las unía, pues se trataba de encontrar a ciertos sujetos considerados peligrosos, y someterlos a tratamiento para transformarlos en sujetos productivos. A la vez, los separaba del saber jurídico que requería de otra concepción del autor de delitos. Es en este efecto cruzado del saber policial que vigila e identifica a los sujetos que considera peligrosos, y del saber penitenciario que clasifica y transforma (también mediante la vigilancia) a aquellos que el sistema policial les ha entregado, que surge la figura del “delincuente”. Esta figura (a diferencia de otras formas de pensar al autor de una trasgresión como el “criminal”, el “desviado”, el “autor del hecho”) está construida alrededor del estereotipo que el saber policial consideraba peligroso: el hombre pobre, preferentemente desocupado, y joven. Es decir, aquel que justamente podía representar una amenaza y un costo para el sistema productivo. La “delincuencia” será entonces, de ahí en más, una palabra irremediabilmente atada al delito de los pobres. Si bien toda ciencia tiene un origen no inocente y ninguna puede reclamar la objetividad absoluta, el extremo compromiso de esta “criminología” con la figura del “hombre delincuente”, el

pobre “antisocial”, y su intento por hacerlo una cuestión científica, negando cualquier problema político, dejará siempre en estado crítico esa presunción de cientificidad.

Sintetizando algunas nociones del capítulo 1 podríamos decir que esta primera criminología, que nace buscando su legitimidad en la medicina y en la biología, medicalizando el problema del delito, remitiéndolo a problemas genéticos o raciales, no merece ya mayores críticas, pues la misma sociología de su época se encargó de desmentirla. Sin embargo, al despolitizar el problema del delito mediante las categorías de patología (es decir, suplantando la realidad política económica que hace posible su explicación por una afirmación biológica-médica), esta “criminología” logra darle legitimidad a todas las prácticas penitenciarias y policiales que el discurso del estado de derecho reputa ilegítimas o coloca en crisis. Y por ello, persiste aún en nuestros organismos policiales y penitenciarios, tal como si fuera una disciplina científica válida.

Hay, sin embargo, una segunda aproximación “científica” al delito —o más bien a la “delincuencia” y al “delincuente”— que proviene de la sociología positivista que proponía el abordaje del joven-delincuente como un problema de patología social, suponiendo que entre el niño abandonado y el niño delincuente existe una continuidad. Que el niño en peligro moral o material puede ser peligroso sin culpa (como el loco), y que por lo tanto cuidarlo es también cuidarse de él. No sólo supone entonces, que puede dársele un “tratamiento” para transformarlo y educarlo (en esto comparte el espíritu del régimen penitenciario de los adultos), sino que además esto era estrictamente en su beneficio, pues se lo hacía como forma de protegerlo. Tras este discurso, sin embargo se ocultan formas de criminalización de la infancia pobre y la aplicación de castigos carcelarios tan duros como los de los adultos, que además terminan por sacar del problema cualquier pátina de sujeto de derecho y conformar a este “menor” (niño pobre, víctima y victimario a la vez) puramente como un objeto de intervención. Sobre esta concepción profundizaremos más adelante.

Existió en los Estados Unidos desde fines del siglo XIX una tradición sociológica que nació directamente ligada al problema de proveer soluciones al Estado para la integración de la inmigración. Pero, a diferencia del pensamiento criminológico que dominaba en Europa y en Latinoamérica en aquella época, el objetivo de estos intelectuales no era tanto lograr el progreso y el orden social mediante la opción de excluir o disciplinar, sino más bien mediante la integración (de lo que surgiría, casi automáticamente el autodisciplinamiento). Es así que abordaron la cuestión del desorden urbano y la violencia con un poco más de rigor científico y un poco menos de arrogancia moral. Luego, esta tradición conocida como la Escuela de Chicago (que no debe ser confundida con la más

reciente Escuela de Chicago en Economía) se desarrollaría durante el período del Estado de bienestar y sus descendientes y críticos generarían interesantes aportes para desmitificar y entender la relación entre delito y juventud. O, deberíamos aclarar, el delito callejero y visible y la juventud, la marginalidad, la desigualdad.

Sin embargo, como la criminología argentina siempre fue un discurso producido principalmente por las instituciones policiales y penitenciarias, su insistencia en conocer condiciones sociobiopsicológicas que determinan al pobre a cometer delitos, impidió que se reprodujera aquí este discurso orientado a diseñar políticas públicas progresistas para abordar el problema del delito y la violencia por fuera del tándem policial-penitenciario. Será luego del embate de la crítica a la criminología que producen los juristas desde los años setenta en adelante que comienza a prestarse atención a las corrientes sociológicas que se desarrollaron buscando un tratamiento no punitivo del delito e integrador de las diferencias sociales.

Los análisis y las soluciones no represivos que se proponen desde la tradición sociológica son varios por lo que aquí sólo daremos un breve pantallazo. En un primer momento se entiende que el delito se produce en las zonas urbanas donde la falta de integración con el resto de la sociedad ha producido un desorden normativo. Y los jóvenes son quienes más sufren esta falta de normas a causa de sus problemas de integración. La solución, entonces, consistiría en reconstruir los lazos comunitarios que permiten socializar y estar en la comunidad. Con estas ideas surge la Escuela de Chicago en sociología en las primeras décadas del siglo XX.¹ Una segunda versión de este abordaje afirma que lejos de haber un vacío normativo, estas zonas que no están integradas con el resto de la ciudad producen una normativa propia. Y que lejos de no socializar, en estas zonas se producen formas de asociación diferencial. Es decir, procesos que llevan a aprender ciertas normas y formas de conducta que, consideradas delictivas o desviadas por la ley, son sin embargo normales en un lugar y para un grupo, y la vía y las condiciones de aprendizaje de estas conductas son las mismas que las de cualquier otra. Estas ideas que ganan fuerza entre los cuarenta y los cincuenta se sostienen, por ejemplo, en la teoría de la asociación diferencial de Edwin Sutherland (Taylor, Walton y Young, 1997: cap. 4).

Estas aproximaciones sociológicas llevan paulatinamente a la conclusión de que “el delito” en sí mismo no es un problema de clase, de género ni de edad. Sino que los discursos y saberes que hablan de él y lo persiguen están orientados selectivamente conforme estas pautas. Sin embargo, por el tema que aquí nos convoca señalaremos sólo lo relevante al delito de los jóvenes-pobres.

¹ Véase una breve exposición y su crítica en Taylor, Walton y Young (1997: cap. 4).

Desde la década de 1940 y hasta los años setenta el funcionalismo va ganando fuerza, y desde allí se hacen aportes en distintos sentidos. Para el funcionalismo sistémico clásico, la desviación se da por un problema en el ajuste de expectativas y las respuestas a ellas en el proceso de socialización. Así lo ve, por ejemplo, Talcott Parsons, el principal

Para profundizar, recordamos que en el *Módulo 1. Pensar la educación en contextos de encierro. Primeras aproximaciones a un campo en tensión* se ha dedicado un capítulo específico a las contribuciones y críticas de diversas teorías sociológicas sobre el delito.

exponente de esta corriente. El aporte más interesante y perdurable de esta escuela proviene de Robert. K. Merton, quien afirma que este tipo de conductas “desviadas” son resultado de una discordancia entre una fuerte presión para obtener una meta cultural deseable (por ejemplo, dinero), y pocas vías legítimas para conseguirla, en función de esa presión. Esta contradicción a veces genera conductas autodestructivas, de retraimiento (al no poder resolver el choque, se renuncia a la meta y a los medios), pero muchas otras lo que genera

son conductas que inventan nuevas vías para acceder a esa metas (vías no legítimas según el orden normativo) (Merton, 1995: cap IV).

Se ha dicho que estos análisis resultan estigmatizantes. Y de alguna manera esto es cierto en tanto simplifican y esencializan la psicología de estos jóvenes en estos grupos. La crítica observa que, en lugar de producir normas y valores opuestos a los de la sociedad general, los individuos de estos grupos tienen los mismos valores, pero los elaboran de forma distinta en un caso concreto, de acuerdo con las oportunidades y estímulos de su entorno (Matza, 1981).

Hay numerosos estudios que se han dedicado a demostrar cómo la aplicación social o institucional de una etiqueta de “desviado” a quien ha cometido una conducta desviada, lo constituye como desviado en sí mismo, en tanto le imprime una identidad que influye de manera decisiva en su conducta posterior, pues asumirá su conducta como la propia de lo que es él, y por lo tanto, la normalizará y hasta se profesionalizará. Pasará de la deriva que le ha hecho probar una “carrera delincuente” y se convertirá en un “delincuente de carrera” (Becker, 1971; Matza, 1981).

1.2. El “menor” como objeto peligroso

Así como a fines del siglo XIX y comienzos del XX el saber policial-penitenciario generó un discurso sobre el “delincuente”, recortando la problemática conforme los

intereses que lo guiaban, el saber de los criminólogos positivistas más “humanistas” y las instituciones de caridad y de “patronato” generaron el discurso, de pretensión médico-sociológica, de los “menores” como objeto de intervención preventiva, que significó la aparición de grandes institutos de encierro con presunta lógica disciplinaria, que siempre operaba a favor del “menor”, para protegerlo de su situación social.

Esta forma de pensar en la criminalidad como manifestación de la dimensión problemática de la infancia es parte del mismo paradigma de la criminología positivista que nace en Argentina con Ramos Mejía, Agote y José Ingenieros.

Todos ellos se inspiraron en los intelectuales y en los modelos de políticas públicas europeas. Todas ellas se fundaban en la idea de que es posible clasificar a los delincuentes y menores en grado de “temibilidad” y así tomar medidas preventivas (incluso “a su favor”) que en la práctica se traducían en su encierro. Toda intervención coactiva se justificaba en beneficio del interesado-castigado y permitía un nuevo ámbito de discrecionalidad más fuerte, el surgimiento de un nuevo espacio en la cuestión de los “menores” que escapaba aún más a las pretensiones de los discursos jurídicos liberales que afirmaban al sujeto de derechos. A nivel jurídico, el “menor” era una persona (un sujeto de derechos) “incompleta”, por lo que no podía oponerse a las necesidades disciplinarias. Si la delincuencia en general era una cuestión científica que se contraponía a la idea jurídica del hombre libre y voluntario (para lo cual era requisito, por supuesto, la adultez), la miseria-delincuencia de los niños era directamente una cuestión científica y humanitaria, frente a la cual ni siquiera caben los frenos del discurso jurídico que suponen al hombre libre y voluntario, sino que necesitaba de la paternidad sustituta del Estado, encarnada en la figura del juez. Así el “menor” (el niño peligroso y problemático), se convierte en objeto de políticas públicas de control que escapan a los límites del discurso jurídico sobre el delito a pesar de que se administran desde lo judicial.

De esta manera, ambos abordajes, el correccionalista, que marcaba todo el sentido de las instituciones penitenciarias (que en nuestro país nacían hacia fines del siglo XIX), y el tutelar, que observaba al niño como objeto a proteger, construyeron un paradigma para tratar la infancia de los pobres como un problema relacionado con la violencia y el delito.

El vocabulario “menor” hace referencia, entonces, a una forma de entender al niño como persona incompleta, y, como ya vimos antes, eso significa potencial delincuente. En general se corresponde con lo que se llama modelo tutelar (o paradigma tutelar) o de la “situación irregular”: ante cualquier problema que toque al niño, sea un problema que él mismo ha provocado, del que es víctima, o un problema potencial, para su futuro, se considera que el juez debe “tutelar”lo. Es decir, actúa como un padre sustituto (que

puede llegar a suplantar a los verdaderos padres) y que lo debe cuidar. Pero este cuidado se hizo muchas veces en contra de los derechos del niño. La forma más dura (y no tan rara) de esta tutela fue (y sigue siendo, pues el sistema no ha sido derogado en muchos circuitos judiciales), la internación del niño en un instituto de régimen cerrado, es decir, la privación de su libertad. Allí, tanto aquellos que son cuidados por ser víctimas reales o potenciales como aquellos que generan los problemas (por ejemplo, por conductas violentas), comparten un espacio y un régimen similar. El peligro que sufre y el peligro que representa el “menor” están mezclados en este discurso y se entiende que es parte de la misma cosa. Así, con el razonamiento de que debe ser objeto de tutela, el “menor” tiene menos derechos que los mayores y debe someterse a la paternidad sustituta del juez supuestamente en su propio beneficio.

Subsisten muchas provincias que aún lo aplican, y el mismo sistema judicial nacional (de Capital) y el federal (en todo el país, por delitos federales) no lo ha derogado por completo, permitiendo todavía muchas de sus prácticas. Pero frente a él, en los últimos años vuelve a surgir con fuerza un tipo de razonamiento que rescata el humanismo y el progresismo del pensamiento clásico y el esquema de derecho penal que en esa época se generó. Esto es, salir del problema de considerar al niño como objeto de intervención tutelar y volver a rescatarlo como sujeto de derechos. La lógica jurídica del sujeto de derechos se opone a la imagen del “sujeto incompleto”, en favor de la de un sujeto de derecho pleno, incluso con más derechos (no con menos) que el adulto. Así, toda medida debe tender a su “interés superior” y no a su “tutela”. Más adelante veremos en qué se traduce esta disputa a nivel legal.

2. El paradigma tutelar y el paradigma de protección integral de derechos en la ley

En la ley argentina, la edad de punibilidad por hechos penales comienza a los 16 años.² Pero, de acuerdo a los tratados internacionales, que luego analizaremos (por ejemplo, el artículo 1 de la Convención de los Derechos del Niño), se considera niño (o joven) en términos generales, a una persona hasta los 18 años. Con lo cual, el régimen de los 16

² Esto está regulado en el Código Penal, ley de fondo, por lo tanto vale para todo el país y no puede ser modificado por una ley provincial.

y 17 años es mixto. Por un lado el sujeto es punible, pero por otro lado es menor de edad y queda dentro de la órbita de protección de los tratados internacionales, que establecen otros principios no penales de protección. Por ello, hay un fuero especializado para esta franja etaria que implica que la persecución penal está atenuada respecto del adulto y que a la vez, el “menor” o el joven debe ser protegido. Muchas veces el resultado de las medidas tanto de protección como de castigo es el mismo, la privación de libertad para el sometimiento a un régimen disciplinario. Luego, los niños de hasta 15 años, no son punibles, pero sí pueden ser objeto de protección.

Como dijimos antes, el paradigma positivista que intentaba enfocar “científicamente” el problema de la “peligrosidad” de los “delincuentes” se traducía en el modelo tutelar de los menores. Ante cualquier situación considerada irregular, el juez podía “disponer” del menor. La Ley 10.903 conocida como Ley Agote, claro ejemplo de este paradigma positivista-tutelar, rigió desde 1919 hasta 2005 y creó el Patronato Nacional de Menores Abandonados y Delincuentes. Desde el mismo título de esta institución queda clara la analogía que se hace entre miseria, abandono, malas costumbres y delincuencia, y el trato “científico” que se le da al problema del menor que comete delitos y el menor que es víctima de ellos o de una situación social de exclusión. Se trata, entonces, de un derecho penal de autor y no de acto, que riñe con la lógica constitucional.

Legislaciones inspiradas en este mismo espíritu o con disposiciones similares siguen vigentes en muchas provincias aún hoy en día. El concepto clave que permitiría la intervención del juez es la situación de “peligro moral o material” en la que se encontraría un “menor”, y la medida judicial por antonomasia en casi todos los casos es la suplantación por parte del juez de la patria potestad de los padres, lo que se traducía en la “disposición” del menor, es decir, el envío del “menor” a cargo del juez a un instituto de internación.

Artículos clave de la Ley Agote

Artículo 14. Los jueces de la jurisdicción criminal y correccional en la Capital de la República y en las provincias o territorios nacionales, ante quienes comparezca un menor de 18 años, acusado de un delito o como víctima de un delito, deberán disponer preventivamente de ese menor si se encuentra material o moralmente abandonado o en peligro moral, entregándolo al Consejo Nacional del Menor o adoptando los otros recaudos legales en vigor. A ese efecto no registrarán, en los tribunales federales, ordinarios de la Capital y de los territorios

nacionales, las disposiciones legales sobre prisión preventiva, la que sólo será decretada cuando el juez lo considere necesario y se cumplirá en un establecimiento del Consejo Nacional del Menor.

Podrán también dejarlos a sus padres, tutores o guardadores, bajo la vigilancia del Consejo Nacional del Menor.

Artículo 15. Los mismos jueces, cuando sobreesan provisoria o definitivamente respecto a un menor de 18 años, o cuando lo absuelvan, o cuando resuelvan definitivamente en un proceso en que un menor de 18 años haya sido víctima de un delito, podrán disponer del menor por tiempo indeterminado y hasta los 21 años si se hallare material o moralmente abandonado o en peligro moral y en la misma forma establecida en el Artículo anterior.

Artículo 17. Todo menor del que hayan dispuesto los jueces indicados en los tres artículos anteriores, quedará sometido a su vigilancia, con la concurrencia del Consejo Nacional del Menor.

Artículo 21. A los efectos de los artículos anteriores, se entenderá por abandono material o moral o peligro moral, la incitación por los padres, tutores o guardadores a la ejecución por el menor de actos perjudiciales a su salud física o moral; la mendicidad o la vagancia por parte del menor, su frecuentación a sitios inmorales o de juego o con ladrones o gente viciosa o de mal vivir, o que no habiendo cumplido 18 años de edad, vendan periódicos, publicaciones u objetos de cualquier naturaleza que fueren, en las calles o lugares públicos, o cuando en estos sitios ejerzan oficios lejos de la vigilancia de sus padres o guardadores o cuando sean ocupados en oficios o empleos perjudiciales a la moral o a la salud.

Tal como dijimos sobre el sistema penal en general y sus instituciones, este abordaje ha sido cuestionado tanto por el pensamiento crítico (como sustento de políticas clasistas y racistas sobre la infancia) como por el pensamiento liberal (como violatorio de los derechos humanos fundamentales). Así, se ha dado lugar al lenguaje de “niños y adolescentes”, y al surgimiento de una propuesta de un paradigma de la “protección integral”. Parte de una forma de entender a los niños que intenta evitar que sean internados en instituciones por problemáticas de las que no son responsables, o de las que son o pueden ser víctimas. En lugar de ser objetos de tutela de un juez, se entiende que son sujetos de derecho, con más derechos (y no con menos) que los adultos. Y que se los debe cuidar pero nunca de una forma que esto implique su perjuicio, menos aún su pérdida de libertad.

Así, se suelen bifurcar las soluciones que en el sistema tutelar estaban mezcladas. Para los jóvenes no infractores de la ley, que necesitan cuidados porque son víctimas o pueden serlo (víctimas, incluso, de una situación social desesperante, de la pobreza, de la violencia simbólica, etc.), se toman medidas de protección que ya no dependerán tanto de un juez sino que será una responsabilidad del Estado a nivel administrativo o ejecutivo. Cuando

un juez interviene en este sentido, este será un juez de asuntos de familia sin intervención penal sobre el niño. Y estas medidas no deben ser la “internación” (el encierro coactivo), sino que deben apuntar a resolver la problemática social o familiar. Se privilegia la permanencia en el ámbito familiar –o un ámbito familiar sustituto–, se deriva el caso a organismos gubernamentales de protección de derechos, puede existir asistencia o supervisión psicológica o de trabajadores sociales, y el respeto y cumplimiento de los derechos del niño es supervisado por la instancia judicial, que debe velar porque se respete su “interés superior” (es decir que deben privilegiarse los derechos del niño por sobre otros derechos o intereses).

Por otro lado, para los jóvenes que han infringido una ley penal, se establece un sistema de enjuiciamiento con carácter sancionatorio (se pretende que asuma su responsabilidad), es decir, penal, aunque atenuado en las conductas perseguibles y en las condenas con respecto a los adultos. Las condenas de este tipo de sistema admiten, en su mejor versión, muchas variables, siendo la privación absoluta de libertad sólo la más extrema, y cuando se la aplica se supone que debe tener un carácter reintegrador y educativo. Por ello, este modelo propone sustituir en las cuestiones al viejo modelo tutelar creando un sistema penal juvenil.

Este cambio de paradigma se apoya en la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Respecto de la privación de libertad de los niños, la misma Convención fija las siguientes garantías:

Artículo 37. [...] b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente.

La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;

- c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;
- d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

Artículo 40. [...] 4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

A nivel nacional ya existe una ley que declara explícitamente a los niños como sujetos privilegiados de derecho suplantando la vieja concepción de los “menores” como objeto de intervención. Es llamativo que esta condición de sujetos haya debido hacerse explícita para combatir la fuerte rémora que subsiste en la propia práctica judicial de considerar “menores”-objeto a los niños y adolescentes. A este cambio de concepción se suman una serie de garantías que sostienen y refuerzan esta categoría de subjetividad. Y que incluso intentan que toda persecución sancionatoria de un joven lo sea bajo el respeto a las mismas garantías (y algunas más) que la persecución a los adultos. Nos referimos a la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (Ley 26.061), del año 2005, que deroga a la anterior del Patronato, con muy loables intenciones y una buena técnica jurídica (pero, ya veremos, no exenta de peligros).

Algunos de los principales artículos de la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes

Artículo 3° INTERÉS SUPERIOR. A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.

Debiéndose respetar:

- a) Su condición de sujeto de derecho;
- b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta;
- c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;
- d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;
- e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;

f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse.

Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

Artículo 19. DERECHO A LA LIBERTAD. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la libertad.

Este derecho comprende:

a) Tener sus propias ideas, creencias o culto religioso según el desarrollo de sus facultades y con las limitaciones y garantías consagradas por el ordenamiento jurídico y ejercerlo bajo la orientación de sus padres, tutores, representantes legales o encargados de los mismos;

b) Expresar su opinión en los ámbitos de su vida cotidiana, especialmente en la familia, la comunidad y la escuela;

c) Expresar su opinión como usuarios de todos los servicios públicos y, con las limitaciones de la ley, en todos los procesos judiciales y administrativos que puedan afectar sus derechos.

Las personas sujetos de esta ley tienen derecho a su libertad personal, sin más límites que los establecidos en el ordenamiento jurídico vigente. No pueden ser privados de ella ilegal o arbitrariamente.

La privación de libertad personal, entendida como ubicación de la niña, niño o adolescente en un lugar de donde no pueda salir por su propia voluntad, debe realizarse de conformidad con la normativa vigente.

Artículo 27. GARANTÍAS MÍNIMAS DE PROCEDIMIENTO. GARANTÍAS EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES O ADMINISTRATIVOS. Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías:

a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente;

b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte;

c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine;

- d) A participar activamente en todo el procedimiento;
- e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

Artículo 28. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN. Las disposiciones de esta ley se aplicarán por igual a todos las niñas, niños y adolescentes, sin discriminación alguna fundada en motivos raciales, de sexo, color, edad, idioma, religión, creencias, opinión política, cultura, posición económica, origen social o étnico, capacidades especiales, salud, apariencia física o impedimento físico, de salud, el nacimiento o cualquier otra condición del niño o de sus padres o de sus representantes legales.

Artículo 33. MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE DERECHOS. Son aquéllas emanadas del órgano administrativo competente local ante la amenaza o violación de los derechos o garantías de uno o varias niñas, niños o adolescentes individualmente considerados, con el objeto de preservarlos, restituirlos o reparar sus consecuencias.

La falta de recursos materiales de los padres, de la familia, de los representantes legales o responsables de las niñas, niños y adolescentes, sea circunstancial, transitoria o permanente, no autoriza la separación de su familia nuclear, ampliada o con quienes mantenga lazos afectivos, ni su institucionalización.

Artículo 35. APLICACIÓN. Se aplicarán prioritariamente aquellas medidas de protección de derechos que tengan por finalidad la preservación y el fortalecimiento de los vínculos familiares con relación a las niñas, niños y adolescentes. Cuando la amenaza o violación de derechos sea consecuencia de necesidades básicas insatisfechas, carencias o dificultades materiales, económicas, laborales o de vivienda, las medidas de protección son los programas dirigidos a brindar ayuda y apoyo incluso económico, con miras al mantenimiento y fortalecimiento de los vínculos familiares.

Esta nueva concepción implica una doble vía que separa a las situaciones de pura protección de los niños y jóvenes de las medidas de “disposición” o “internación”, promoviendo, en el primer caso, fortalecer los lazos comunitarios y familiares. Del otro lado, se responderá con medidas de carácter sancionatorio en aquellas situaciones en las que haya una conducta delictiva de parte del joven.

Aunque sin dudas es loable que la ley establezca garantías para reducir el ámbito de arbitrariedad en el ejercicio del poder penal, es decir, que esas medidas sancionatorias estén garantizadas por el cumplimiento de principios de racionalidad, lo cierto es que una ley penal juvenil también implicará la vía libre para la criminalización abierta de una franja etaria que antes sufría la arbitrariedad de la internación pero que no era considerada responsable (en rigor, la franja de 14 a 15 años). Es decir, se habilita a la persecución penal de un grupo que antes no era perseguible (aunque, de todos modos se lo sometía a vías coactivas encubiertas en el lenguaje tutelar). Y ya vimos que el sistema penal acarrea terribles consecuencias destructivas en todo lo que toca. Por ello, la contracara aún ausente de esta Ley de Protección Integral, que será una Ley de Responsabilidad Penal

Juvenil de alcance nacional (que desde hace varios años está por sancionarse), es todavía un elemento de valor muy ambiguo y se debate si realmente servirá para dar garantías a la persecución penal de los jóvenes o para perseguir la miseria, la pobreza (tal como efectivamente hace en el caso de los adultos). Continuando con la lógica paradójica que venimos siguiendo desde el principio, podrá incluso tener ambos efectos: establecer más garantías para el joven imputado y condenado, así como multiplicar la extensión de la persecución.

Por otro lado, aunque la Ley de Protección Integral es nacional, y sus principios son obligatorios en todas las provincias, en tanto muchas de ellas todavía tienen leyes procesales propias del paradigma tutelar, funciona de manera irregular y el panorama en el país, en esta cuestión, es extremadamente heterogéneo. Algunas provincias han adaptado sus sistemas procesales a la nueva concepción de la Protección Integral y van estableciendo procedimientos de protección de las garantías derogando las viejas instituciones.

En este capítulo nos centramos en la situación de niños y jóvenes, cuyos particulares “sistemas de protección” se cruzan muchas veces con el sistema penal. Hemos retomado algunas cuestiones analizadas sobre la criminología para dar cuenta de su tratamiento específico hacia los “jóvenes delincuentes”.

Vimos la construcción del “menor” como objeto peligroso, en lugar de ser interpelado como sujeto de derechos.

Por último, nos referimos a las diferencias entre el paradigma tutelar y el paradigma de protección integral de derechos, marcando las tensiones y las continuidades que se dan en la práctica.

Referencias bibliográficas

- Becker, H. (1971): *Los extraños*, Buenos Aires, Tiempo Contemporáneo.
- Matza, D. (1981): *El proceso de la desviación*, Madrid, Taurus.
- Merton, R. K. (1985): *Teoría y estructura sociales*, Buenos Aires, FCE.
- Pavarini, M. (1983): *Control y dominación*, Buenos Aires, Siglo XXI.
- Platt, Antony (1983): *Los salvadores del niño o la invención de la delincuencia*, México, Siglo XXI.
- Taylor, I.; P. Walton y J. Young (1997): *La nueva criminología*, Buenos Aires, Amorrortu.

Bibliografía complementaria recomendada

- Anitua, G. I. (2007): *Historias de los pensamientos criminológicos*, Buenos Aires, Editores Del Puerto.
- Baratta, Alessandro (2004): *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, Buenos Aires, Siglo XXI.
- Rusche, G. y O. Kirchheimer (1984): *Pena y estructura social*, Bogotá, Temis.



CAPÍTULO 5. El derecho a la educación en contextos de encierro

1. Disciplina y libertad: tensiones en el campo de la educación

1.1. La educación como disciplina

Hemos desarrollado en varias oportunidades la emergencia de las “disciplinas” modernas, alrededor del examen, la vigilancia y la clasificación con un objetivo transformador. La educación, en ese mismo contexto histórico y con esta mirada también es una disciplina normalizadora y transformadora. Y de hecho asistimos por esa misma época a una gran reorganización de la educación como parte del proyecto disciplinario, lo cual le confiere técnicas propiamente disciplinarias (Foucault, 1999).

Pero, a diferencia de otras disciplinas que funcionarán “negativamente”, no podemos ver a estas disciplinas modernas exclusivamente como una forma de producir homogeneidad y sometimiento, sino que también tienen objetivos “positivos” de transformación. Y dentro del ejercicio “constructivo” del poder disciplinario, la disciplina que más potencia este carácter positivo es precisamente la educación.

En un mundo pensado a partir del hombre libre y racional, la educación es también la condición de esa racionalidad, y de esa concepción de libertad. No es cierto que existiera históricamente ese “hombre libre” sujeto del pacto social, o en todo caso, sólo la burguesía obedecía a esa característica. Sin duda no las clases excluidas, ni los campesinos, otrora siervos, ni los proletarios, que no tenían con qué ejercer esa libertad. El hombre libre que se supone requisito de este orden social debía fabricarse, debía

pensarse, inventarse y hubo que poner en marcha mecanismos para crearlo. Pues sólo una sociedad con este modelo generalizado sería incapaz de volver a las viejas formas del absolutismo. Es decir que aunque la educación moderna nazca como una disciplina, es una disciplina que además de “normalizar”, y previo a ello, amplía horizontes. La educación (y en este caso la escolarización) es entonces el presupuesto para este nuevo estatus del ser humano en la sociedad: el del ciudadano, sujeto de derechos, aquel que puede pensar en su futuro, aquel que puede comprometerse.¹

A la vez que el hombre moderno internaliza la disciplina y la usa para su propia autodeterminación, amplía su horizonte de libertad y conocimiento. Eso es exactamente el presupuesto de la libertad: conocer todo lo que se puede hacer y gozar, y tener las herramientas para distinguir opciones, para elegir y saber cómo guiarse a sí mismo hacia la opción elegida. La libertad sin educación, la amplitud de conocimiento sin algún grado de autodisciplina, de reflexión sobre posibilidades, medios, metas, disposición de herramientas para ejecutar el plan de vida; no habilita la autodeterminación, y por lo tanto mal podría ser pensada como libertad. La educación siempre conlleva un movimiento doble: mientras transmite pautas y en cierta manera enseña a controlar, también amplía el horizonte, y en este sentido lleva implícita la posibilidad de un recorrido singular del sujeto. Es decir, que aún señalando que la educación es también una disciplina, es una disciplina necesariamente doble: así como normaliza, también amplía: impone controles al mismo tiempo que abre nuevas libertades. Foucault (1999) advierte que el siglo que inventó las libertades también inventó las disciplinas. A la inversa, también podríamos decir que la educación se inventa al mismo tiempo como disciplina y como libertad. En el sueño de los iluministas de una sociedad con la máxima libertad posible y el máximo de beneficio público, el hombre libre y racional sobre el que se puede fundar esa sociedad ideal es necesariamente un hombre ilustrado. Un hombre que amplía sus horizontes al mismo tiempo que aprende a conducir y conducirse.

¹ Conforme lo que venimos diciendo podría pensarse que “sujeto de derechos” es una categoría más amplia que la de “ciudadano”, por aquello de que ciudadano fue pensado como el hombre, nacional, adulto y propietario. Pero hoy por hoy la categoría de “ciudadano” ha perdido ese recorte tan selectivo. Ambas categorías incluyen cosas que la otra no. En las repúblicas democráticas actuales, toda persona-sujeto es ciudadano en términos legales, sólo quedan afuera los “ciudadanos” extranjeros, pero estos gozan de los mismos derechos fundamentales, garantizados por la Constitución a todos los “habitantes” del suelo argentino. El vocablo “ciudadano” hoy hace referencia a todo sujeto de derechos en su faz jurídica-política, es decir, haciendo el corte en la dimensión de los derechos políticos. No son sinónimos, ni palabras que se excluyen, sino que hablar de “sujetos de derechos” es hacer hincapié en una dimensión ético-jurídica de la persona, y la otra implica hacer foco en la dimensión jurídico-política de individuo que funciona como fuente y fin de la república.

En este sentido el hombre racional y libre de los pensadores del ciudadano en las repúblicas modernas siempre fue también un ideal, un proyecto incompleto. Pero el único camino para poder transitar esa dirección colectivamente es precisamente la generalización de un hombre que tenga **capacidad de discernimiento y libertad de autodeterminación** (no casualmente este es el presupuesto fundamental de la culpabilidad penal en la escuela clásica). O en palabras sencillas, conocimiento y libertad para decidir sobre sí mismo. Estos son los presupuestos de un sujeto “libre” y racional. Y justamente los presupuestos incompletos de ese orden moderno y libre que soñaron los ilustrados y que nunca terminó de cuajar.

Por ello, apelar a la educación como un derecho no niega su carácter como disciplina, sino que lo potencia pero como una disciplina constructiva y positiva. Y aunque pueda decirse en algunos casos que choca con el ideal de las libertades humanas (como sí lo hicieron abiertamente las disciplinas carcelarias), es también un correlato necesario y hasta un presupuesto de ellas. No es sólo una disciplina, ni sólo un derecho social; sino también, como disciplina, un presupuesto de la vigencia efectiva de la libertad individual; y como derecho social, un presupuesto de la vigencia efectiva de los otros derechos humanos.

1.2. La educación como derecho humano y social

Entender a qué nos referimos cuando hablamos del derecho a la educación implica el necesario reconocimiento de su estatus como derecho humano, confiriéndole las características de universal e inalienable, y su ineludible carácter de bien básico para el desarrollo pleno del hombre, situándonos, por lo tanto, en esa corriente humanista y “axiológica-revolucionaria” del iluminismo que reseñábamos al comienzo. En este sentido, el Estado tiene la responsabilidad indelegable de garantizar la distribución de los bienes culturales con criterio de justicia a toda la población.

Varios instrumentos internacionales de Derechos Humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), consagran la protección del derecho humano a la educación y establecen algunas de sus características y ciertas pautas necesarias para su realización. Además, otros instrumentos internacionales accesorios a ellos pero que deben ser aplicados por los jueces a la hora de interpretar los alcances del derecho a la educación son los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (Resolución 1/08 de la Comisión

Interamericana de Derechos Humanos) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador, del 17 de noviembre de 1988).

Analizando todos ellos en su conjunto podemos establecer que el régimen internacional establece que se debe:

1. Garantizar la obligatoriedad y gratuidad de la educación, al menos en un nivel básico.
2. Promover la universalización de la educación secundaria.²
3. Emplear los medios necesarios para asegurar el efectivo ejercicio de este derecho, en tanto obligación de los Estados.
4. Garantizar la adecuada formación de docentes y su capacitación constante.
5. Propiciar la participación activa de los alumnos y sus familias en los procesos educativos.
6. Asegurar la integración e inclusión de todos, a partir de reconocer y respetar la diversidad de los grupos sociales.

La educación concebida como derecho humano es el presupuesto para la creación de políticas estatales que apunten a llevarla y hacerla accesible para todos los sujetos sociales.

La educación es, por último, el mecanismo a través del cual la persona se forma como ciudadano, es decir, adquiere las cualidades necesarias para que esa forma de pensar la ciudadanía anclada en el “sujeto de derechos” opere y sea efectiva mediante su ingreso consciente (e incluso crítico) en una red social de derechos y obligaciones mutuas. Esto no significa que el niño, joven o adulto sin educación formal no sea “persona” o “sujeto de derechos”, pero alcanza su completa dimensión política en el plano jurídico y en el social cuando es capaz de pensarse a sí mismo, autodeterminarse, posicionarse, evaluar su presente y su futuro potencial, y tomar conciencia de sus derechos. Por otro lado, en la faz puramente jurídica, es imperativo a la persona conocer el ámbito de legalidad en el cual puede desarrollar su conducta y, también, saber qué es aquello a lo que tiene derecho y cuáles son los mecanismos legales para exigirlo. Por ello decíamos, construye al sujeto capaz de asumir compromisos, de pensar en sus derechos y asumir sus deberes. La educación es el derecho humano a través del cual las personas conocen todos los derechos humanos.

² Estas características provienen de instrumentos internacionales de mitad del siglo XX. En nuestro país, la obligatoriedad se extiende ya hasta el nivel secundario, que debe garantizarse a toda la población según la Ley Nacional de Educación vigente.

Educación y empleo

Graciela Riquelme, investigadora independiente del CONICET, aborda en su artículo “La relación entre trabajo y educación: continuidad, rupturas y desafíos” (2006), la problemática de los trabajadores expulsados de sus ámbitos laborales como consecuencia de la apertura económica en la Argentina, poniendo de manifiesto cuán importante es la educación no sólo para acceder a un puesto sino también para conservarlo. Al trabajador de hoy se le impone la necesidad de capacitarse continuamente, para seguir a la par de los crecientes avances tecnológicos aplicados a los diferentes sectores laborales y adecuarse a la cada vez más pronunciada especialización profesional. En similar sentido, en la conferencia dictada en el I Seminario de Derechos Humanos de la Región Nordeste y Litoral, Daniel Filmus expresó que “Los datos muestran que en momentos en que la demanda laboral desciende, la educación se transforma en el elemento más importante para acceder a puestos en el mercado de trabajo [...] entre los desocupados, los que tienen empleos precarios, los que no tienen ningún tipo de protección social, son amplia mayoría aquellos que poseen más bajos niveles educativos” (Filmus, 1996).

¿Cuál es la finalidad última de la educación? ¿Debe la educación adecuarse a las necesidades de empleabilidad del mercado laboral? ¿Qué formas puede asumir el vínculo entre la educación y el trabajo?

La educación, queda claro, impacta en la vida cotidiana y está íntimamente ligada con la posibilidad de alcanzar un desarrollo pleno de cada uno de los individuos.

Defender el derecho a la educación excede el marco del derecho a acceder a la escolaridad. Por supuesto que darle a los niños y adolescentes la posibilidad de estudiar en una escuela es de vital importancia, y el Estado ha de asegurar a todos los habitantes del territorio la gratuidad del sistema educativo, su calidad, la adecuada formación pedagógica de los docentes y un abordaje de la educación con miras a la integración social y al acceso a los conocimientos, procedimientos, actitudes y herramientas que contribuyan a maximizar su calidad de vida. Pero también, ha de destacarse la estrecha vinculación de la educación con el acceso al trabajo, la salud, la formación de la ciudadanía en las responsabilidades cívicas y su importancia para el desarrollo de las instituciones democráticas.

Esta temática y los interrogantes planteados en el recuadro anterior se retomarán y profundizarán en el módulo que aborda específicamente temas vinculados a la educación y el trabajo.

La educación ha sido caracterizada como un derecho social. Esto implica que su defensa encuentra sus orígenes en el constitucionalismo social, surgido a principios del siglo XX. Junto con el derecho al trabajo, a la organización sindical, a la cultura, el derecho a la educación se vislumbró como el mecanismo para materializar aquella igualdad jurídica consagrada en las constituciones del siglo XIX, que no gozaba de una vigencia de hecho. La educación es un facilitador clave para abrir caminos de ascenso social e integración y corregir las desigualdades referidas a las condiciones de índole socioeconómicas, cuando se articula con favorables condiciones del mercado laboral, de acceso a la salud, la promoción social, etc.

— | Educación y salud

La articulación entre salud y educación se relaciona principalmente con la prevención, entendida esta de acuerdo con la definición provista por la ONU: la adopción de medidas encaminadas a impedir que se produzcan deficiencias físicas, mentales y sensoriales (prevención primaria) o a impedir que las deficiencias, cuando se han producido, tengan consecuencias físicas, psicológicas y sociales negativas.

La escuela es uno de los ámbitos en los que la educación para la salud tiene aplicación, dado que se ha puesto de manifiesto la actuación del alumno como “agente propagador”, al llevar a su hogar la información obtenida en la materia.

Lo mismo ocurre con las campañas publicitarias informativas, dirigidas a todos los estratos de la población. Educar en la prevención contra las enfermedades implica reducción de las posibilidades de contraerlas, disminuyendo en consecuencia el gasto médico para su tratamiento y la posibilidad de colapso del sistema de salud en caso de epidemias de enfermedades contagiosas. Todo esto implica un elevamiento generalizado de la calidad de vida de la población.

Especial atención se dedica actualmente al tema de la educación sexual, prevención de enfermedades de transmisión sexual, anticoncepción y salud reproductiva.

Se podrá retomar y profundizar esta temática en el módulo que aborda de manera específica cuestiones vinculadas a la educación para la salud.

Contenido, alcance y vigencia real del derecho a la educación

Gentili (2009) realiza un recorrido por la situación en la que se encuentra el acceso al derecho humano a la educación en el contexto de América Latina, a sesenta años de su proclamación en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).³ Señala que ha habido marchas y contramarchas en este recorrido: por un lado, se observa una expansión progresiva y cuantitativa del sistema escolar a la vez que un reconocimiento de la educación como derecho en las constituciones y legislaciones educativas de la región. Pero, por otro lado, este proceso de escolarización se ha visto marcado por una “dinámica de exclusión-incluyente”, donde los mecanismos de exclusión educativa se recrean y reconfiguran y los mecanismos de inclusión resultan insuficientes o nulos.

El autor sitúa el derecho a la educación en una relación de interdependencia con los restantes derechos: “los que están excluidos del derecho a la educación, no lo están solo por permanecer fuera de la escuela, sino también por ser parte de un conjunto de relaciones y circunstancias que los alejan de este derecho, negándoselo o atribuyéndoselo de forma restricta, condicionada o subalternizada. Históricamente, a los pobres se les ha negado el derecho a la educación impidiéndoles el acceso a la escuela. Hoy se les niega este derecho al no ofrecerles otra alternativa sino la de permanecer en un sistema educativo que no garantiza ni crea condiciones para el acceso efectivo a una educación de calidad” (Gentili, 2009: 34-35).

K. Tomasevsky, relatora especial de Naciones Unidas para la educación entre 1998 y 2004, señaló que la noción de educación como derecho afirma la integralidad de los derechos humanos, a la que nos referimos capítulos atrás: “El derecho a la educación pasa por encima de la división de los derechos humanos en derechos civiles y políticos, por una parte,

te, y derechos económicos, sociales y culturales por otra. Los abarca a todos” (Tomasevsky, 2002: 3).

En el marco de la persistencia y aumento de niveles de pobreza y, especialmente, de una desigualdad inédita en la región, la expansión del sistema educativo se limita a una “universalización del

¿Qué sentidos asume o puede asumir la educación en los contextos de encierro?

¿Qué aspectos políticos, institucionales y pedagógicos deben construirse para transformar a los espacios de educación en contextos de encierro en un ámbito de ejercicio del derecho a la educación?
¿Sobre qué aspectos podemos incidir en tanto educadores?

³ En el apartado siguiente se citan extractos de diferentes declaraciones y tratados internacionales que proclaman el derecho a la educación.

acceso a la escuela sin derecho a la educación”, convalidando circuitos escolares segmentados y diferenciados (Gentili, 2009: 41).

Asumir la complejidad de esta situación de desigualdad y pobreza educativa, en el marco más amplio del contexto sociohistórico actual, no puede sino invitar a redoblar la lucha por la efectivización del derecho a la educación y en particular, la lucha por “el sentido” de ese derecho, en disputa con las concepciones mercantilizadoras y privatizadoras de la educación que interpelan a los destinatarios de la educación como capital humano y no como sujetos de derecho.

Gentili propone entonces recuperar y ampliar el sentido democratizador presente en la Declaración Universal de Derechos Humanos, donde la educación se entiende como puerta de acceso a los restantes derechos, tiene un carácter igualitario y esencialmente universal: “no hay derechos por la mitad”, no hay “principio de mayoría” que se aplique al derecho a la educación (ni a ningún otro derecho humano): “o pertenece a todos, o no pertenece a nadie” (Gentili, 2009: 50).

¿Cómo conformar ambientes pedagógicos que reconozcan y validen los aprendizajes de los estudiantes y permitan construir herramientas para promover el ejercicio del derecho a la educación más allá de la escuela?

En una clara propuesta de ampliar el contenido y alcance del derecho a la educación como derecho de todos y todas, Rosa María Torres (2005) evidencia que en términos concretos el derecho a la educación se ha visto reducido al derecho a la escolarización de niños y niñas. La autora desafía incluso el contenido del derecho: “se trata no sólo del derecho a la educación sino a otra educación: una educación acorde con los tiempos, con las realidades y las necesidades de aprendizaje de las personas en cada contexto y momento; una educación a la vez alternativa y alterativa, capaz de ponerse al servicio del desarrollo humano y de la transformación social que reclama el mundo de hoy, un mundo que acrecienta la desigualdad social, desprecia la dignidad humana y depreda el medioambiente” (Torres, 2005: 2).

Esta concepción amplia del derecho a la educación, implica reconocer que la escuela es solo uno de los ámbitos donde se producen aprendizajes: “El aprendizaje no se inicia el primer día de clases sino el primer día de vida [...]. Tampoco termina el último día de clases, con la culminación o aprobación de un determinado nivel o la obtención de un certificado de estudios. El derecho a la educación implica hoy derecho a seguir aprendiendo a lo largo de la vida” (Torres, 2005: 21).

La noción amplia del derecho a la educación, por último, al reivindicar la integralidad y la universalidad de los derechos humanos, contiene no solo el “derecho de aprender” sino también el derecho de enseñar: los derechos de los educadores (como trabajadores y también como educandos) son parte indivisible del derecho a la educación de toda la población (APDH, 2008).

En contextos de encierro, la lucha actual no es solo por la ampliación de la oferta, el acceso y el ejercicio del derecho a la educación, sino por la construcción del sentido de educar en estos espacios específicos, más acá y más allá de la lógica del tratamiento regida por un sistema de premios y castigos que caracteriza a las instituciones de seguridad. En estos contextos, a los límites en el ejercicio efectivo del derecho a la educación, se suman tensiones y disputas propias del ámbito jurídico y penitenciario. Sin embargo, la visión amplia del derecho a la educación marca un horizonte a conquistar.

2. Tensiones y disputas ético-políticas en las normas y en las prácticas

Hemos visto que las luchas político-jurídicas se dan en distintos niveles de una pirámide normativa. Y que la validez de una norma inferior depende de su coherencia con la norma superior, estando al tope de la escala la Constitución nacional y los tratados internacionales de rango constitucional. Ahora intentaremos sintetizar el cruce concreto de estas tres líneas problemáticas y normativas en la cuestión de la educación en contextos de encierro: la cuestión penal, la de protección/control de los niños niñas y adolescentes y la de la educación.

2.1. Nivel constitucional e internacional

Primero, a nivel constitucional, varios de los tratados ya mencionados entran en juego.

Para comenzar, la Declaración Universal de Derechos Humanos garantiza la educación gratuita como derecho universal y establece su obligatoriedad, en su artículo 26: “Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos”.

De la misma forma, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) en su artículo 13 establece que:

- a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;
- b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
- c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
- d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria [...].

También la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) se refiere a la educación como derecho en su artículo 12:

Toda persona tiene derecho a la educación, la que debe estar inspirada en los principios de libertad, moralidad y solidaridad humanas.

Asimismo tiene el derecho de que, mediante esa educación, se le capacite para lograr una digna subsistencia, en mejoramiento del nivel de vida y para ser útil a la sociedad.

El derecho de educación comprende el de igualdad de oportunidades en todos los casos, de acuerdo con las dotes naturales, los méritos y el deseo de aprovechar los recursos que puedan proporcionar la comunidad y el Estado.

Toda persona tiene derecho a recibir gratuitamente la educación primaria, por lo menos.

Respecto de los jóvenes menores de 18 años, sobre la cuestión de la educación, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990), en su artículo 3 establece que “En todas las medidas concernientes a los niños [...] una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Y entre estos derechos privilegiados, se establece en el artículo 28 que:

Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular:

- a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos;
 - b) Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad;
 - c) Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados [...]
2. Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención.

Respecto de los privados de libertad en general, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) establece en su artículo 2 que “Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”. Y en su artículo 6 que “Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”.

A su vez, otros instrumentos internacionales no sancionados como de rango constitucional pero de valor orientativo indiscutible respecto de la interpretación y condiciones de validez de la normativa nacional ratifican principios relacionados con la materia. Por ejemplo, los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos de las Naciones Unidas (1990), que es muy claro al afirmar que las medidas de privación de libertad (por condena o detención) **no pueden afectar otros derechos fundamentales** reconocidos (más allá de la libertad), en su principio 5: “Con excepción de las limitaciones que sean evidentemente necesarias por el hecho del encarcelamiento, todos los reclusos seguirán gozando de los derechos humanos y las libertades fundamentales”. Y por si quedaran dudas de la educación a este respecto, el principio 6 establece que “Todos los reclusos tendrán derecho a participar en actividades culturales y educativas encaminadas a desarrollar plenamente la personalidad humana.”

También hace esta aclaración específica la Declaración de Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de Personas Privadas de Libertad en las Américas, de la OEA (2008) en su Principio XIII:

Las personas privadas de libertad tendrán derecho a la educación, la cual será accesible para todas las personas, sin discriminación alguna, y tomará en cuenta la diversidad cultural y sus necesidades especiales.

La enseñanza primaria o básica será gratuita para las personas privadas de libertad, en

particular, para los niños y niñas, y para los adultos que no hubieren recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria.

Los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos promoverán en los lugares de privación de libertad, de manera progresiva y según la máxima disponibilidad de sus recursos, la enseñanza secundaria, técnica, profesional y superior, igualmente accesible para todos, según sus capacidades y aptitudes.

Los Estados Miembros deberán garantizar que los servicios de educación proporcionados en los lugares de privación de libertad funcionen en estrecha coordinación e integración con el sistema de educación pública; y fomentarán la cooperación de la sociedad a través de la participación de las asociaciones civiles, organizaciones no gubernamentales e instituciones privadas de educación.

Y respecto de los menores de edad, un documento fundamental lo constituye las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (conocidas como “Reglas de Beijing”) de 1985, que establece en su artículo 26 sobre “Objetivos del tratamiento en establecimientos penitenciarios” que se debe garantizar:

- 26.1. La capacitación y el tratamiento de **menores confinados en establecimientos** penitenciarios tienen por objeto garantizar su cuidado y protección, así como su educación y formación profesional para permitirles que desempeñen un papel constructivo y productivo en la sociedad.
- 26.2. Los **menores confinados en establecimientos penitenciarios** recibirán los cuidados, la protección y toda la asistencia necesaria –social, **educacional**, profesional, psicológica, médica y física– que puedan requerir debido a su edad, sexo y personalidad y en interés de su desarrollo sano. [...]
- 26.6. Se fomentará la cooperación entre los ministerios y los departamentos para dar formación académica o, según proceda, profesional adecuada al menor que se encuentre confinado en un establecimiento penitenciario a fin de garantizar que al salir no se encuentre en desventaja en el plano de la educación.

Todas estas reglas son importantes a la hora de la interpretación de la Constitución y los Tratados, es decir, de los significados de los derechos y principios que en ellos se establecen (muchas veces con términos amplios, ambiguos y hasta en apariencia contradictorios). Los jueces deben guiarse por ellas para comprender el significado concreto de un derecho y su necesidad de protección.

2.2. Normativa nacional

Aunque hemos focalizado en la cuestión de los jóvenes por ser un área que se encuentra en el centro de los debates y disputas actuales, el cruce problemático sistema penal / educación se da en todas las franjas etarias. El sistema penal puede operar durante toda la vida adulta de la persona (desde los 16 años) y el derecho a la educación rige durante toda la vida (desde la niñez hasta la adultez), con lo cual la cuestión es, por supuesto, mucho más amplia que la problemática de los niños y adolescentes. Ellos se encuentran en un cruce de tensiones muy particular dentro de este mismo problema, una problemática especial respecto del caso de los adultos.

De acuerdo con la normativa internacional ya reseñada, la Ley Nacional de Educación (ley N° 26.206 de 2006) es clara en establecer la educación como derecho universal y en ponerla en la órbita del sistema educativo. Para comenzar, la universalidad de este derecho queda incuestionable en el texto del artículo 4, que establece que “El Estado nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tienen la responsabilidad principal e indelegable de proveer una educación integral, permanente y de calidad para todos/as los/as habitantes de la Nación, garantizando la igualdad, gratuidad y equidad en el ejercicio de este derecho, con la participación de las organizaciones sociales y las familias”.

Por otra parte, la Ley crea la modalidad de “Educación Permanente de Jóvenes y Adultos” que se encuentra “destinada a garantizar la alfabetización y el cumplimiento de la obligatoriedad escolar prevista por la presente ley, a quienes no la hayan completado en la edad establecida reglamentariamente, y a brindar posibilidades de educación a lo largo de toda la vida” (artículo 46). En su artículo 48 enumera los ambiciosos objetivos y criterios que guían la organización curricular e institucional de la modalidad, entre los que se encuentran:

- a) Brindar una formación básica que permita adquirir conocimientos, desarrollar las capacidades de expresión, comunicación, relación interpersonal y de construcción del conocimiento, atendiendo las particularidades socioculturales, laborales, contextuales y personales de la población destinataria.
- b) Desarrollar la capacidad de participación en la vida social, cultural, política y económica y hacer efectivo su derecho a la ciudadanía democrática.
- c) Mejorar su formación profesional y/o adquirir una preparación que facilite su inserción laboral. [...]

- g) Otorgar certificaciones parciales y acreditar los saberes adquiridos a través de la experiencia laboral.
- h) Implementar sistemas de créditos y equivalencias que permitan y acompañen la movilidad de los/as participantes. [...]
- j) Promover la participación de los/as docentes y estudiantes en el desarrollo del proyecto educativo, así como la vinculación con la comunidad local y con los sectores laborales o sociales de pertenencia de los/as estudiantes.
- k) Promover el acceso al conocimiento y manejo de nuevas tecnologías.

En cierta medida, en concordancia con la Ley de Educación Nacional –que crea la modalidad de educación en contextos de encierro como veremos más adelante– y con los tratados internacionales, pero en gran parte también en tensión, la Ley de Ejecución Penal (ley N° 24.660) establece claramente en su artículo 2 que “el **condenado** podrá ejercer todos los derechos no afectados por la condena o por la ley y las reglamentaciones que en su consecuencia se dicten y cumplirá con todos los deberes que su situación le permita y con todas las obligaciones que su condición legalmente le impone”. Como vimos, la educación es uno de esos derechos no afectados normativamente por la pena (en principio sólo la libertad ambulatoria debería verse afectada por la pena). Aunque obstaculizado por la práctica penitenciaria, **en términos jurídicos el derecho a la educación debe quedar protegido por esta reserva de derechos “no afectados por la condena”** de la que habla la Ley de Ejecución.

Que la educación es, entonces, también un derecho en el mundo carcelario surge de la misma Ley de Ejecución, pues “El tratamiento del condenado deberá ser programado e individualizado y obligatorio respecto de las normas que regulan la convivencia, la disciplina y el trabajo. Toda otra actividad que lo integre tendrá carácter voluntario” (artículo 5). Como la educación es parte de esos derechos que no deben ser afectados por la pena (y por tanto por el “tratamiento”, que es la forma de ejecutar la pena) la forma jurídicamente correcta de entender este artículo es que la actividad educativa debe tener carácter voluntario. Y si tiene carácter voluntario, no debería tener consecuencias sobre el “éxito” o no del “tratamiento” en el particular vocabulario criminológico. Por supuesto en la lectura penitenciarista (disciplinaria-correccionalista), la educación, o al menos la predisposición del “interno” hacia ella, sí debe ser evaluada como parte del tratamiento.

En la ley también se establece que “Desde su ingreso se asegurará al interno el ejercicio de su derecho de aprender, adoptándose las medidas necesarias para mantener,

fomentar y mejorar su educación e instrucción” (artículo 133). Que “Se impartirá enseñanza obligatoria a los internos analfabetos y a quienes no hubieren alcanzado el nivel mínimo fijado por la ley. El director del establecimiento podrá eximir de esta obligación a quienes carecieren de suficientes aptitudes intelectuales. En estos casos, los internos recibirán instrucción adecuada, utilizando métodos especiales de enseñanza.” Y que “Los planes de enseñanza corresponderán al sistema de educación pública para que el interno pueda, a su egreso, tener la posibilidad de continuar sus estudios sin inconvenientes”.

A su vez, la disposición complementaria prevista en el artículo 137 de la ley establece que “Los servicios educativos de la modalidad de Educación en Contextos de Privación de Libertad son las propias del nivel que corresponda a la población destinataria y podrán ser implementadas a través de estrategias pedagógicas flexibles, que garanticen la igualdad en la calidad de los resultados. Las certificaciones corresponderán a los modelos de la educación común”.

Como vimos, a pesar de la impronta correccionalista de la ley, en cuyo espíritu es posible ver la función educativa (no “el derecho”) dentro de la función correctiva-disciplinaria-tratamental, la misma norma también afirma que se respetan los derechos no afectados por la pena, es decir que deben quedar al margen de las necesidades del tratamiento y su sistema de clasificación e individualización. Sin embargo, la ambigüedad entre una y otra visión de la educación en encierro queda irresuelta, y aquí es posible rastrear varios puntos de tensión que generarán numerosos conflictos en la vida cotidiana de las instituciones penales y, particularmente, del privado de libertad.

Por otro lado, y en lo que respecta específicamente a los jóvenes privados de libertad, la Ley de Protección Integral (ley N° 26.061) coloca claramente la protección de los derechos de los niños y adolescentes por sobre cualquier otro interés (artículo 3). Y entre esos derechos, en el artículo 15 se establece que “tienen derecho al acceso y permanencia en un establecimiento educativo cercano a su residencia [...] Por ninguna causa se podrá restringir el acceso a la educación debiendo entregar la certificación o diploma correspondiente”.

El corolario lógico de considerar a la educación un derecho universal y no una función del mecanismo del tratamiento correccional es que la particular situación de los presos e internados, en lo que a su educación se refiere, esté regulada por leyes de educación y dependa funcionalmente del área ministerial que se encarga de la educación, y consecuentemente que no sea materia regulada por una Ley de Ejecución de la pena (más allá de garantizar los derechos a la educación, como efectivamente hace) ni una función del Servicio Penitenciario o su equivalente en términos de organismo responsable de la seguridad.

Así el capítulo 12 de la Ley Nacional de Educación regula expresamente esta modalidad y está completamente dedicado a esta cuestión:

Artículo 55. La Educación en Contextos de Privación de Libertad es la modalidad del sistema educativo destinada a garantizar el derecho a la educación de todas las personas privadas de libertad, para promover su formación integral y desarrollo pleno. El ejercicio de este derecho no admite limitación ni discriminación alguna vinculada a la situación de encierro, y será puesto en conocimiento de todas las personas privadas de libertad, en forma fehaciente, desde el momento de su ingreso a la institución.

Artículo 56. Son objetivos de esta modalidad:

- a) Garantizar el cumplimiento de la escolaridad obligatoria a todas las personas privadas de libertad dentro de las instituciones de encierro o fuera de ellas cuando las condiciones de detención lo permitieran.
- b) Ofrecer formación técnico profesional, en todos los niveles y modalidades, a las personas privadas de libertad.
- c) Favorecer el acceso y permanencia en la Educación Superior y un sistema gratuito de educación a distancia.
- d) Asegurar alternativas de educación no formal y apoyar las iniciativas educativas que formulen las personas privadas de libertad.
- e) Desarrollar propuestas destinadas a estimular la creación artística y la participación en diferentes manifestaciones culturales, así como en actividades de educación física y deportiva.
- f) Brindar información permanente sobre las ofertas educativas y culturales existentes.
- g) Contribuir a la inclusión social de las personas privadas de libertad a través del acceso al sistema educativo y a la vida cultural.

Artículo 57. Para asegurar la educación de todas las personas privadas de libertad el Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología acordará y coordinará acciones, estrategias y mecanismos necesarios con las autoridades nacionales y provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con institutos de educación superior y con universidades. Corresponde al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y sus equivalentes provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, así como a los organismos responsables de las instituciones en que se encuentran niños/as y adolescentes privados de libertad, adoptar las disposiciones necesarias para el cumplimiento de lo establecido en el presente capítulo.

Artículo 58. Los sistemas educativos jurisdiccionales ofrecerán atención educativa de nivel inicial destinada a los/as niños/as de CUARENTA Y CINCO (45) días a CUATRO (4) años de edad, nacidos/as y/o criados/as en estos contextos, a través de jardines maternos o de infantes, así como otras actividades educativas y recreativas dentro y fuera de las unidades penitenciarias.

Artículo 59. Todos/as los/as niños/as y adolescentes que se encuentren privados de libertad en instituciones de régimen cerrado según lo establecido por el artículo 19 de la Ley N° 26.061, tendrán derecho al acceso, permanencia y tránsito en todos los niveles y modalidades del sistema educativo. Las formas de implementación de este derecho responderán a criterios de flexibilidad y calidad que aseguren resultados equivalentes a los de la educación común.

Un aspecto a resaltar, que diferencia a la normativa que regula el sistema penitenciario de la que regula el derecho a la educación, consiste en que la Ley Nacional de Educación no permite ninguna restricción ni especifica la situación procesal de la persona privada de libertad. El derecho a la educación debe garantizarse a todas las personas en situación de encierro, sin discriminación y desde el momento del ingreso a la institución.

No podemos adentrarnos en profundidad en la normativa específica de cada provincia. Nuestro orden normativo es complejo y, por lo general, muy heterogéneo. Nos contentamos con recordar que como estos principios constitucionales y los derechos establecidos por estas leyes constituyen la normativa “de fondo”, deben ser respetados por la normativa provincial. Así hemos establecido con el orden normativo constitucional y nacional el “qué” (qué derechos deben respetarse y hacerse cumplir). Es facultad de cada provincia establecer el “cómo” hacerlos cumplir.

— **¿Ley de ejecución de la pena privativa de la libertad o Ley de Educación Nacional?** por Darío Kusinsky (Colaborador del Área de Educación en Contextos de Encierro, Ministerio de Educación)

En el orden federal, la Ley de Educación Nacional coexiste en el sistema normativo con la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad (ley N° 24.660). A su vez, esta última encuentra su correlato –con algunas variantes según los casos– en la normativa provincial. Así nos encontramos con supuestos como el de la provincia de Misiones donde se encuentra vigente la ley N° 3595, la cual cuenta con un capítulo específico dedicado al tópico “educación”. Por su parte, provincias como Jujuy y San Juan han adherido a la ley N° 24.660.

Por otra parte, todas las provincias cuentan con su Código de Procedimiento Penal y allí se hace referencia a la educación, pero desde un enfoque guiado por el paradigma del tratamiento en el cual la educación integra uno de los elementos a tener en cuenta por el juez al momento de decidir cuestiones tales como las salidas transitorias.

Esta variedad de normas que coexisten podrían plantear dudas para el docente en relación con su actividad dentro de establecimientos de privación de la libertad.

Al respecto resulta interesante resaltar que el ámbito de aplicación de la Ley de Educación Nacional no se limita a las cárceles sino que se extiende –y por lo tanto resulta aplicable– en los institutos de menores, alcaldías, comisarías, cárceles, centros de atención psicológica donde residen quienes se encuentren destinados allí por sentencia judicial, y en general a todas aquellas instituciones en las cuales se hallan hombres o mujeres, niños o niñas que se encuentren privados de su libertad independientemente de su situación procesal (procesados o condenados) o personal.

Entendemos que la Ley de Educación Nacional, de orden federal, tiene carácter de orden público debido a que reglamenta específicamente el derecho a la educación en todos los niveles y modalidades del sistema. Por tal motivo, aun en los casos en los que la legislatura provincial no haya dictado una ley de educación local, el cumplimiento de los artículos contenidos en el capítulo XII resultan de cumplimiento obligatorio y por ello se erigen como herramientas que dan un marco jurídico para la implementación de políticas públicas en la materia.

Frente a este sistema normativo el docente que ejerza su profesión en un contexto de privación de libertad deberá matizar los contenidos de las normas de ejecución de la pena privativa de la libertad o códigos procesales con el contenido de la Ley de Educación Nacional y, si existieran, con las leyes provinciales que regulen el derecho a la educación, teniendo siempre en cuenta que si bien tanto la ley N° 24.660 como la ley N° 26.206 son normas de carácter federal, esta última viene a complementar a aquella en lo que a materia educativa se refiere y a delinear los nuevos derechos en materia educativa para aquellas personas que se encuentren privadas de su libertad.

2.3. La crisis de lo penitenciario: hacer de una función un derecho

Como vimos, tanto en el caso de adultos como en el de menores de edad, los efectos contraproducentes que produjo el régimen disciplinario-positivista en el sistema penal y a través del positivismo criminológico y el correccionalismo, están tratando de ser evitados recuperando formulaciones clásicas de la ilustración y de un orden jurídico que tenga al hombre (como sujeto de derechos universales) en su centro y su objetivo, y no al sistema (y a las necesidades de orden y control).

Sintetizando las críticas al sistema disciplinario, podríamos decir que se comporta paradójicamente, funcionado con una lógica distinta de la que hace explícita y generando efectos “perversos”. Hace décadas que se cuestiona que la prisión pueda funcionar como cura coercitiva, es decir como tratamiento impuesto. Aún más, la misma idea de cura, y sobretodo la confianza infundada en que una operación “terapéutica” sobre el sujeto pueda ser exitosa siendo forzosa (y en el contexto penitenciario siempre es forzosa, al menos cuando directa o indirectamente pueda afectar el tiempo de cumplimiento efectivo de la condena) (Morris, 2001). En el tratamiento penitenciario hay una insalvable contradicción entre tiempo de sanción y necesidades del tratamiento. Frente a la caída del ideal de la resocialización, el pensamiento crítico actual plantea la imposibilidad, o en todo caso la inconveniencia, de volver a reflotar el mismo tipo de sistema disciplinario-correccionalista totalizante que fundó la prisión moderna.

Pero por otro lado, se debe buscar una respuesta al “nada sirve” que ha acompañado a la expansión del sistema carcelario y que, sin objetivo resocializador, se tiende a convertir en un mero depósito de prácticas y límites difíciles de controlar. Por ello, la salida humanista-garantista tiende a rescatar a la resocialización y el tratamiento, pero ya no como objetivos del régimen disciplinario, sino como una posibilidad que le debe ser brindada al preso, como parte un derecho que puede ser ejercitado, y que forma parte de los derechos que el Estado debe garantizar activamente a todos los habitantes (como la educación y el trabajo), estén presos o no. Y este ejercicio de derechos tendrá seguramente valiosas consecuencias en su subjetividad, pero en todo caso la prioridad es el derecho, y en segundo lugar el efecto transformador sobre el sujeto (a la inversa que la lógica disciplinaria, que somete el ejercicio del derecho a la necesidad disciplinaria). Aún más, se dirá, el efecto transformador positivo se frustra si se lo somete a la lógica del tratamiento, por lo que se propone pasar de la terapia obligatoria a lo que algunos autores llaman “cambio facilitado” (Morris, 2001).

Dicho de otra manera, para encontrar una funcionalidad positiva real, y para salvar la legitimidad del “tratamiento” en la ejecución de la pena (la pena como tratamiento educativo, psicológico, de capacitación laboral, etc.), es necesario eliminarlo como “objetivo” de la acción penitenciaria, y en cambio, es necesario colocar a la educación, la asistencia psicológica, y el trabajo (que suelen ser parte de ese “tratamiento”) en la grilla de los derechos universales y necesarios que el Estado debe garantizar tanto dentro como fuera de la cárcel. Derechos amplios y extendidos que no se pueden ver afectados por la pena de privación de libertad, que sólo apunta a la privación de libertad ambulatoria. Derechos cuyo ejercicio necesita de la conformidad del titular de ese derecho y depende de su libre voluntad, y no pueden ni deben ser impuestos coactivamente. Y finalmente, derechos cuyo ejercicio garantizado trae indudables efectos provechosos (tanto para el individuo como para la sociedad), pero que no dependen de estos efectos ni para justificarse, ni para legitimarse, ni para ponerse en marcha.

La educación como función de la prisión está en el centro de esta discusión.

2.4. Tensiones, contradicciones y disputas en las prácticas educativas en contextos de encierro

En nuestro país, la educación inicial (preescolar), primaria y secundaria es un servicio obligatorio que debe prestar o garantizar el Estado. Tan obligatorio que a nivel básico en nuestros países la educación suele ser un deber tanto para el Estado que lo debe asegurar, como para los ciudadanos que deben educarse, y un derecho irrenunciable. Pero lo cierto es que en el mundo fuera de la cárcel nadie está obligado por la fuerza pública a acudir a la escuela. A nadie se le ocurriría buscar a los alumnos desertores con la policía, ni castigar con penas a los que no vayan a la escuela. Simplemente sería un absurdo, porque la educación depende necesariamente del consentimiento del alumno que acude a ella (un consentimiento fuertemente estimulado y buscado en el caso de los menores de edad, pero aún así, se depende de que mantengan una actitud de asentimiento en el ámbito escolar). Es más bien una obligación moral, cuya fuerza pública no es la policía (ni siquiera en el caso de los adultos), ni la amenaza de pena, sino la persuasión pública. Y para esto debe haber una prestación y una facilitación de ese servicio por parte del Estado. El Estado debe asegurarse que cumplir con ese deber-derecho sea posible para todas y cada una de las personas.

Actualmente, a nadie se le ocurriría penar a quien no se educa o llevarlos hasta la escuela por la fuerza pública, no sólo porque es exagerado, sino porque a los fines educativos sería un absurdo.⁴

Sin embargo, paradójicamente, la educación en las cárceles sí es obligatoria, o forzosamente, pues se hace bajo amenaza (más o menos velada). Esto es, en tanto acudir a la escuela está ligado al régimen disciplinario, al programa de “tratamiento” o a la nota de concepto o de conducta del preso, estará ligada a las posibilidades del preso de obtener o no su libertad anticipada. En los sistemas disciplinarios el tiempo efectivo de prisión depende (de entre muchas otras cosas, como solicitar un trabajo) de acudir a la escuela. Para quien está preso y desea la libertad este derecho o “beneficio” que surge del mismo sistema del tratamiento se reduce a la fórmula “si voy a la escuela sumo puntos y puedo salir antes, si no voy me puedo quedar más tiempo”. A la inversa, el no ir a la escuela, entonces, funcionará como un plus de pena frente a las posibilidades de la libertad condicional, y por ello será necesariamente “forzoso”. Desde la lectura del preso, el no anotarse para recibir educación en la cárcel (cuando esto es posible, porque en muchas unidades carcelarias no lo es), está penado (pues le impide sumar puntos de concepto, mejorar en su informe criminológico, etc.). El que, en la visión del preso, de alguna manera la educación esté “forzada” le resta su carácter de derecho (y le resta valor al compromiso voluntario que le aporta fuerza y sentido a la educación). En otros casos no hay escuela o no es posible anotarse: esto resta a su carácter de derecho por la imposibilidad de acceder. Pero en definitiva, mientras la oferta no sea universal, siempre será un “premio” a nivel de la ejecución de la pena (en vocabulario penitenciario, un premio es un “beneficio”).⁵ Debe

⁴ Esto no implica que los adultos puedan evitar su responsabilidad frente a los derechos de los niños y adolescentes a su cargo. Incluso, la certificación de escolaridad es requisito para el acceso a ciertos servicios sociales (planes sociales, ingreso universal por hijo, etc.).

⁵ El vocabulario en este punto resulta muy gráfico. Cuando se habla de ciertos derechos del preso como “beneficios” del “interno” claramente se está reduciendo al derecho a una función del tratamiento correccionalista, pues el “beneficio” es justamente la forma que adquiere en la cárcel el “premio”, la recompensa positiva por una buena conducta o un “avance” en las etapas de transformación en la lógica disciplinaria correccionalista. Es posible observar este vocabulario del “beneficio” en muchos casos, incluso en la jurisprudencia. Por ejemplo, muchos jueces con una fuerte impronta correccionalista hablan del “beneficio” de la libertad condicional. Pero la libertad condicional está regulada en el artículo 13 del Código Penal, en el que se establece que procede para los condenados con cierto porcentaje de la condena cumplida y bajo ciertas condiciones. Si es un “derecho” todos aquellos que cumplan con esas condiciones pueden ejercerlo. Si es un “beneficio” dependerá de lo que considere la autoridad penitenciaria, los responsables del “tratamiento” o el juez de ejecución, que pueden asignar conforme le parezcan que ese beneficio es un premio merecido o no. Aunque está perdiendo fuerza, gran parte de la jurisprudencia aún cae en la lógica del “beneficio” penitenciario.

entenderse que para el preso solo hay dos estados: preso o en libertad; y dentro del estado “preso” sólo se trata de más tiempo o menos tiempo. En tanto ir a la escuela está indirectamente premiado, desde la óptica inversa, no ir está castigado. Es decir, si se está preso más tiempo del que se puede estar por no inscribirse a la escuela (en realidad esto está evaluado junto con muchas otras actividades que hacen al concepto, como inscribirse para un trabajo), la asistencia –o la inscripción– es forzosa. Muchos se inscriben sólo para sumar concepto. Y si se suma puntos de conceptos ¿por qué no inscribirse? Lo cual, repetimos, es un absurdo para el objetivo educativo si el preso sólo va al aula para cumplir con una obligación.

¿Qué transformación se espera del proceso educativo? ¿Que a pesar de ser refractario a la enseñanza, de acudir a ella como una formalidad, un efecto mágico de los “manuales de grado” lo convenza de seguir con ella? Y, aún si esto ocurriera y comprometido y convencido el preso comienza su propia educación, ¿qué valor tendrá para él cuando ésta se interrumpa por cuestiones disciplinarias del tratamiento penitenciario, o por un castigo? ¿Qué valor tendrá cuando un traslado a otra unidad le impida continuar?

Extractos del Documento Presentación de la Coordinación de la Modalidad de Educación en Contextos de Encierro (Ministerio de Educación de la Nación, 2008)

El mundo de la educación no puede permanecer ajeno a la problemática de los adolescentes y jóvenes privados de libertad. Cuando el encierro y los dispositivos de institucionalización bloquean el acceso a la educación y la cultura, y se convierten en un obstáculo para acceder a un desarrollo integral, se nos plantea la exigencia de reinstalar un derecho que ha sido vulnerado. [...]

Según los datos elaborados desde la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, en el año 2005 había en nuestro país 19.579 chicos menores de 21 años privados de libertad; 17.063 (87 %) por motivos sociales o asistenciales (intervención judicial no penal), y 2377 (13 %) lo estaba por la comisión de algún delito (causa penal), en un total de 757 instituciones.

Según un estudio⁶ realizado conjuntamente por la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (Ministerio de Desarrollo Social de la Nación), UNICEF y la Universidad Nacional de Tres de Febrero, se estima que son 6.658 los niños/as, adolescentes y jóvenes

⁶ *Adolescentes en el Sistema Penal. Situación actual y propuestas para un proceso de transformación*, Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, Universidad Nacional de Tres de Febrero y UNICEF, septiembre de 2008.

(menores de 18 años) considerados autores o presuntos autores de actos delictivos, incluidos en dispositivos para el cumplimiento de medidas judiciales.⁷ Aproximadamente el 68 % (4527) de los mismos se encontraba incluido en programas (medidas de acompañamiento y supervisión) y el 32 % (2.163) estaba alojado en establecimientos destinados a la atención de esta población al momento de realizado el relevamiento.

Según este mismo estudio, los niños/as, adolescentes y jóvenes alojados en establecimientos acceden a la educación primaria brindada intramuros con un promedio que oscila entre 11 y 19 horas por semana, es decir, entre dos y cuatro horas diarias (sin considerar el receso del fin de semana). Para el nivel de secundario, el promedio es entre 12 y 25 horas por semana (entre 2 y 5 horas diarias). [...]

Instalar una nueva mirada sobre la problemática implica concebir al joven que ha cometido un delito o que sufre una intervención judicial por una causa social, fundamentalmente como sujeto de derechos: a la educación, a la salud y al desarrollo en un medio familiar digno. La institucionalización y el encierro colocan a nuestros jóvenes frente a una situación de dificultad personal y social, generando efectos nocivos sobre su subjetividad, fenómeno que se agudiza en esta población por la etapa evolutiva que da cuenta de una personalidad en construcción.

La apertura de dispositivos educativos en estos contextos se presenta como una oportunidad privilegiada para que los adolescentes transiten un espacio de libertad y aprendizaje que a través del vínculo pedagógico habilite el proceso filiación simbólica necesario para que cualquier individuo tenga acceso a la cultura y al lazo con los “otros sociales”, promoviendo así una relación con la norma que no sea solamente objeto de trasgresión. El educador tiene la potencialidad de ofrecer una mirada diferente sobre el joven que circunstancialmente se encuentra privado de libertad, cuestionando aquellas identidades naturalizadas que lo conciben como “peligroso”, “violento” o “delincuente”; y alojando al alumno como sujeto singular, con intereses y motivaciones propios que es necesario ir descubriendo.

Una posibilidad es insistir en el tratamiento correccionalista. Pero verificado su fracaso una y otra vez, seguiremos empujando al objetivo penitenciario “resocializador” y junto con él al objetivo educativo al mismo barranco.

⁷ Esta información resulta del relevamiento realizado entre los meses de agosto y diciembre de 2007, correspondientes a todo el territorio nacional, e incluyendo una estimación de aquellos jóvenes que se encontraban cumpliendo condena en establecimientos para adultos dependientes de los Servicios Penitenciarios provinciales. Se trata de un relevamiento de “tipo sincrónico”, como si fuera “la foto del día”. Si se considerara la cantidad de jóvenes que ingresan al sistema penal (más allá de su tiempo de permanencia) a lo largo de un año la cifra se incrementaría enormemente.

La salida del dilema en el que ha caído el régimen correccionalista de tratamiento (ineficiencia crónica y falta de sentido en el contexto social actual) que tienden a intentar las grandes burocracias penitenciarias es la “securitización”, el encierro como pura exclusión y confinamiento, administrado de la manera más eficiente posible. En nuestra materia, esto implica abandonar la idea de prestar educación en las cárceles, sometiendo el objetivo educativo de la Constitución, los tratados y las leyes a las necesidades de la vigilancia-control de los nuevos grandes calabozos. Abandonar la educación como salida posible, y, en consecuencia, abandonar también al sujeto detenido a las miserias de su situación. En los términos que definimos antes, podríamos llamarlo una vuelta a la premodernidad.

La otra salida es un cambio de percepción y de agenda en la cuestión penitenciaria-educativa, puesto que nos va a llevar a cambiar el objetivo. Siguiendo aquello que Morris (2001) proponía para el “tratamiento”, el objetivo entonces, debería ser, no educar para disciplinar, sino educar porque es necesario educar. Ello implica asegurar:

- Que se cumpla un derecho universal y necesario, y facilitar al ciudadano a que cumpla su deber y a que ejerza su derecho.
- Que la educación no esté sometida a las necesidades disciplinarias y de “tratamiento”, sino que sea un derecho y un deber que se presta al margen de él.
- Que así como ocurre afuera, el Estado esté obligado a prestar educación en todos los niveles y modalidades a quien esté dispuesto a recibirla, a quien lo asuma como la opción de su derecho-deber.
- Que no forme parte así de los “efectos paradójicos” o perversos de la prisión; que funcione de forma paradójica, sí, pero en el sentido de ser un “espacio de libertad” dentro del encierro.
- Que la educación, aunque se preste entre muros, obedezca a un objetivo propio, autorreferido, que sea su propio fin y no el medio para el objetivo penitenciario.

Separar los objetivos del sistema penitenciario y del sistema educativo, colocando al derecho a la educación fuera tanto de la lógica del castigo-exclusión puro como del tratamiento, al menos se puede salvar a éste de la crisis permanente de lo penitenciario.

¿Qué requisitos implicaría en la práctica un régimen así para funcionar? Básicamente que la educación debe tener las mismas características que afuera de la cárcel. **Implica sacar a la educación de la cárcel**, aunque geográficamente se preste dentro de ella.

- Para funcionar, no puede estar atada al tratamiento. La calificación del preso y su progreso, ni las posibilidades de obtener su libertad pueden estar relacionadas. Una cosa es la libreta de calificaciones y otra el legajo del interno. Una cosa es la libertad condicional y otra el diploma.

- Como es un derecho universal y no una condición de tratamiento, no puede estar ligada al tipo de delito que ha cometido el preso. Todos los que estén interesados deben tener acceso a la educación.
- Nuevamente, como es un derecho y no un instrumento de tratamiento, no puede estar afectada por sanciones disciplinarias del interno por comportamientos en su vida carcelaria. Las sanciones en la cárcel son para el preso. Y las de la escuela para el alumno. Las primeras sólo afectan a su vida como interno, y las segundas sólo lo alcanzan en calidad de alumno.
- La organización del personal docente, la estructura de las clases, su contenido y la lógica arquitectónica del espacio donde se desarrollan no pueden sino estar pensadas en función del objetivo educativo (que sean aulas, como en la escuela) y no del objetivo punitivo (no celdas, como en la cárcel). Hay que trabajar sobre la ficción de que cuando se trasciende la puerta, se entra en una burbuja donde las reglas y los roles son otros.
- En ese espacio y durante el tiempo de la clase, el “interno” deja de ser tal y comienza a ser “alumno”. La autoridad ya no la tiene el guardia, sino que como en todo espacio educativo, el maestro o el profesor está a cargo de la clase (si es posible, no debe haber guardias dentro del aula). En definitiva, dejar en la puerta del aula la relación interno-guardia, y comenzar en el aula la relación alumno-profesor.

Para que esto funcione, no solamente hay que replantearse cómo el servicio penitenciario educa, sino sobre todo, quién debe ser el actor público encargado de la prestación del servicio. Tiene una gran carga simbólica que la educación en cárceles dependa del Servicio Penitenciario o del Ministerio de Educación. Pero además de esta carga simbólica, la formación penitenciaria siempre colocará las necesidades disciplinarias y de seguridad por encima de las otras, por más noble que sean sus sentimientos, porque simplemente, el preso (y esto implica “delincuente” y “peligroso”) es el sujeto que articula el accionar del penitenciario, es su razón de ser, y para ello están formados, para contenerlos o vigilarlos. La escuela, por el contrario, está pensada en función del alumno, y los docentes que allí trabajan atravesados por una racionalidad que encuentra en él su razón de ser.

2.4.1. Comprender la heterogeneidad: las formas de lo escolar en contextos de encierro

Durante los años 2006 y 2007 se realizaron en la órbita de la Dirección Nacional de Educación en Contextos de Encierro talleres de formación para docentes. Uno de ellos coordinado por los profesores Juan S. Pegoraro y Mariano Gutiérrez (autor de este módulo).

Al comenzar los talleres interrogábamos a los docentes asistentes con las preguntas de su procedencia, dónde desarrollaban su actividad y los principales conflictos que veían entre su tarea y las limitaciones propias del régimen de encierro.

El primer descubrimiento de las respuestas fue la gran heterogeneidad que existía en el país a este respecto. En muchos casos los docentes se enfrentaban con estructuras burocráticas muy rígidas y con frecuencia sentidas como autoritarias (este era el caso de varias cárceles administradas por el Servicio Penitenciario Federal, por ejemplo). En otros casos, no existían grandes burocracias penitenciarias, los presos permanecían en alcaidías policiales (por ejemplo, en muchas ciudades chicas del sur del país), y los problemas no provenían de conflictos o diferencias con el personal de custodia, sino que eran las propias de una estructura tan pequeña y en principio no pensada para la educación. En otros casos las áreas de gobierno que tenían a su cargo la cuestión penitenciaria se mostraban flexibles y abiertas a proveer y facilitar el acceso a la educación, y en algunos, irremisiblemente cerradas.

De los posibles tipos de relaciones que se dan entre los educadores y el personal penitenciario o policial de custodia se pueden sintetizar tres tipos generales.

- **El tipo disciplinario puro:** la educación depende de la misma administración penitenciaria, que desarrolla estructuras propias encargadas de proveer educación. Para ello contrata a docentes y los integra al plantel penitenciario. Entiende que la educación es una de las funciones de la cárcel y que hace a la “resocialización” del interno. Forma parte de un único sistema de tratamiento donde también se evalúa su participación en talleres de trabajo y comportamiento general. Niega la diferencia entre funciones. Niega la pertinencia de que la educación sea un derecho “por separado” de la función resocializadora. Toda sanción disciplinaria afecta a los “beneficios” del interno en todas las áreas indistintamente y a su concepto.
- **El tipo “securitario” puro:** mantener el control de la seguridad interna es el objetivo principal de toda la acción penitenciaria. El lugar y la predisposición del personal se mantiene cerrado a la lógica educativa. Cuando se “presta” lugar para dar educación, se lo vive como una concesión, una muestra de flexibilidad. Cuando la seguridad está en crisis, se limita o elimina el “permiso”, y por lo tanto

se suspende la prestación educativa. En los casos más extremos se intenta impedir incluso el acceso a los niveles educativos más elementales. La insistencia de docentes, educadores y voluntarios alfabetizadores para acceder a los presos (o que los presos accedan a ellos) es vivida como un enfrentamiento, por lo que se los mantiene en estricta vigilancia y tienden a ser requisados y a sufrir otros rituales degradantes.

- **El tipo “de derechos” puro.** La educación tiene su propio lugar dentro del espacio penitenciario, no se ve afectada por sanciones disciplinarias, y sólo por medidas de seguridad extremas (al menos de los casos escuchados, el castigo del preso “en buzón” seguía siendo impedimento para asistir a clases). No hay vigilancia penitenciaria dentro del aula, sino sólo exterior. En los casos más emblemáticos, la escuela tiene un edificio propio dentro del perímetro de la cárcel con características propias de un establecimiento escolar y no de uno penitenciario.

Estos tipos de racionalidades suelen ser ideales, pero en la práctica es posible observar tendencias dominantes en uno u otro sentido en ciertas cárceles y en las burocracias penitenciarias. Por ejemplo, resultaba esperable encontrar el tipo “securitario” puro en las cárceles más famosas por la violencia interna y por la brutalidad de sus operadores penitenciarios. En una de ellas, los educadores apenas si podían a costa de mucha lucha personal y en ocasiones arriesgándose, brindar educación. Y esto requería gran sacrificio de su parte. Rituales penitenciarios como la requisa al docente, con un claro sentido vejatorio y de humillación servían para que el personal penitenciario demostrara su autoridad frente al docente. Pero en otra cárcel de la misma provincia la relación con lo educativo podía ser mucho más simbiótica, e incluso hasta amigable.

El Sistema Penitenciario Federal, en este sentido, también mostraba gran heterogeneidad entre los tres tipos posibles, pero en cambio, parecía ser el más rígido. Cualquiera fuera su postura, ésta se imponía por decisión de su autoridad, y sin posibilidades de flexibilizarla o transformarla.

Lo curioso es que aún los docentes-penitenciarios (es decir, los del primer tipo) rescataban la relación con sus alumnos como una distinta a la que tenían como personal de seguridad (reivindicaban, por ejemplo, que se dirigieran a ellos como “profe” y no como “guardia” u “oficial”). También mencionaban al espacio educativo como un “espacio de libertad” (a pesar de que en su caso estaba atravesado por la lógica penitenciaria-disciplinaria), desde donde era posible pensar a la persona como alumno y no como “interno”, y como objetivo ideal mencionaban que no hubiera diferencia entre los presos en función de

su jerarquía en el mundo de los internos o el delito que hayan cometido (típico producto de la racionalidad carcelaria totalizante). Como advertimos al comienzo, discursos y prácticas, en estas cuestiones, pueden ir por carriles separados y apuntar en direcciones distintas. No podemos resolver con esta información cuán cierta era esa vocación libertaria o si era una impostura aprendida e internalizada. Por otro lado, particularmente los oficiales jerárquicamente superiores (con formación penitenciaria previa a la formación docente) se mostraban extrañados ante la posibilidad de separar al espacio educativo de la lógica y del espacio penitenciario y no concebían que no se integrara la función educativa al resto de la lógica correccional.

3. La garantía de la educación en contextos de encierro en acción

En marzo del año 2009, la docente Marisa Bermejo, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata presenta ante la justicia un “escrito de Habeas Corpus Correctivo y Colectivo” en favor de estudiantes de la Universidad que se encontraban presos, a quienes se privó de continuar con sus estudios en la modalidad presencial en la sede de la universidad, en virtud de una circular del Servicio Penitenciario.

El fallo del Juez de Ejecución Penal N° 2 de La Plata, José Nicolás Villafañe (causa N° 467 “Privados de libertad cárcel N° 26 –Derecho a la Educación s/Habeas Corpus”), en marzo de ese año, nos sirve para poner en juego todos los conceptos jurídicos que aquí hemos señalado, y entender cómo pueden cobrar relevancia en un caso concreto y traducirse en acciones políticas específicas:

- El hábeas corpus como forma de corregir el cercenamiento de un derecho constitucional, agravando las condiciones de detención.
- El control de constitucionalidad de las normas y decisiones (del Ejecutivo, en este caso) que pueden ejercer los jueces.
- La primacía de un derecho constitucional por sobre la orden administrativa.
- El control de constitucionalidad no sólo a nivel federal, sino a nivel provincial, con la propia Constitución Provincial y la Nacional.

La circular dictada por el Jefe del Servicio Penitenciario Provincial (Circular N° 03/2009 de fecha 12/III/2009) establecía como condición para los internos, para cursar una carrera universitaria, que:

- a) Cuenten con aval judicial que los autorice a concurrir sin custodia o tuición del personal penitenciario.
- b) Hayan aprobado el ochenta por ciento (80%) de las materias correspondientes al plan de estudios que corresponda, y cuenten con el aval judicial pertinente. Pero aun habiendo llenado este requisito la concurrencia quedará indefectiblemente supeditada a la disponibilidad de recursos humanos materiales –vehículos- con que cuente el establecimiento carcelario donde se encuentre alojado el privado de libertad estudiante en cuestión.
- c) No hallándose comprendidos o encuadrados en los puntos anteriores, sean designados por la dirección del establecimiento carcelario –en el cual se encuentra alojado– en la medida que existan razones que fundadamente justifiquen la propuesta; ello además de contar con el aval judicial y exista disponibilidad de los recursos necesarios a tal fin.

Por último se estipula que en todos los casos se deberá extremar las medidas para garantizar la concurrencia de los privados de libertad estudiantes a las mesas de examen, como así también adoptar –desde las áreas respectivas en cada establecimiento carcelario– el compromiso para gestionar los avales o autorizaciones judiciales y las inscripciones en las mesas examinadoras con la antelación necesaria.

Como algunos internos cursantes no alcanzaban el requisito del 80 % de materias aprobadas, a pesar de contar con autorización judicial, no pudieron ir a cursar esa semana, y no podrían ir más hasta rendir libre y alcanzar el 80 % del programa.

El juez resuelve la presentación de hábeas corpus de la siguiente manera.

Primero, entiende que la circular limita “el derecho de aprender; limitación que en el caso se da concretamente en el ámbito carcelario desde una medida administrativa e interna del organismo penitenciario”.

Para ello, el juez menciona todos los derechos en juego y las potestades legítimas del Servicio Penitenciario: “En este contexto es válido también recordar las potestades de dicho organismo –penitenciario–, a la vez de su competencia o de la competencia del organismo correspondiente para la reglamentación y posible limitación a este derecho constitucional –Artículos 14, 18, 28 de la Constitución de la Nación Argentina, Artículos 35, 56, 198 y 200 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires”. Y evalúa que

el derecho en juego y planteado en estas actuaciones resulta un derecho de rango constitucional que solo puede ser delimitado por las leyes que reglamenten su ejercicio. Ello es así toda vez que las normas que prescriben los artículos 14 y 28 de la Constitución de la Nación aluden expresamente a la ley como medio para estatuir su ejercicio, entre ellos el derecho de enseñar y aprender.

Que si bien la circular 03/2009 podría haber sido dictada dentro los objetivos propios del Servicio Penitenciario Bonaerense [...] no puede trasvasar los límites contenidos en la reserva de la ley –arts. 14 y 28 de la Constitución de la Nación– prescriptos constitucionalmente.

Razona que

los poderes públicos no podrán delegar las facultades que les han sido conferidas por la Constitución, ni atribuir al Poder Ejecutivo otras que las que expresamente le están acordadas por ellas –Artículo 45 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires–. En este sentido es claro y evidente que la Administración Provincial carece de potestades para reglamentar el derecho a la educación en sentido restrictivo.

Que la circular, en tanto alude a la posibilidad de acceder al derecho a la educación cuando resulta un derecho constitucionalmente otorgado y sin que la propia ley haya restringido este derecho respecto de las personas privadas de libertad, resulta una clara intromisión de un órgano de la Administración Pública respecto de las facultades y potestades que la Constitución (Provincial), tanto de la Nación como de la Provincia, tienen reservada al Legislador. Con lo cual esta disposición resulta inconstitucional y así habrá de declararse.

El juez, entonces, dispone “Declarar la inconstitucionalidad de la Circular 03/2009, disponiendo la inaplicabilidad de la misma a los estudiantes universitarios privados de libertad en la Cárcel Número Veintiséis de la Localidad de Lisandro Olmos” y comunicar “al Titular de la Subsecretaría de Política Penitenciaria de la Provincia de Buenos Aires a fin de que adopte los recaudos necesarios a efectos de garantizar el acceso y el derecho a la educación a los privados de libertad”.

El efecto de la orden debía ser que durante las siguientes clases los estudiantes presos fueran llevados a la clase, tal como había sido hasta ese momento, sin perjuicio de que las cuestiones referidas a su custodia siguieran siendo decididas por la autoridad del Servicio Penitenciario. Las órdenes específicas de los jueces suelen ser cumplidas. De no serlo, son ejecutables con auxilio de la Fuerza Pública y pueden producir la persecución penal del incumplidor (en este caso, la autoridad penitenciaria).

Por supuesto que el caso no es exactamente de educación en contexto de encierro pues se trata de la educación de una persona privada de libertad legalmente que recibe educación fuera del contexto de encierro. Es, más bien, un caso de “educación de una persona en contexto de encierro”. Pero resulta gráfico y esclarecedor de (1) cómo una persona puede hacer efectivo su derecho a la educación cuando éste se ve ilegítimamente afectado, a la vez de (2) como está cambiando la concepción ya no *jurídica* (en la ley y en el “derecho” como interpretación de legisladores y académicos) sino *judicial* (esto es, en la interpretación y en la acción concreta de proteger los derechos por parte del Poder Judicial) sobre **la supremacía del derecho a la educación por sobre la potestad del sistema penal** (en este caso de la administración penitenciaria) **para privar legítimamente a alguien de su libertad ambulatoria** (sea como medida cautelar o como pena de prisión).

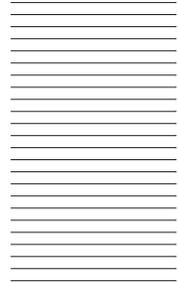
En este capítulo abordamos los sentidos que asume la educación en contextos de encierro. Consideramos la tensión existente entre la educación como disciplina y la educación como libertad y como derecho humano y social. Procuramos profundizar en cómo estos sentidos se disputan en las normas (internacionales y nacionales) y en las prácticas, y cuáles son las posibilidades de incidir en el reconocimiento de la educación como derecho humano, en sentido amplio, desde el rol docente y desde los espacios institucionales específicos. Por último, analizamos la exigibilidad del derecho a la educación a través de un caso reciente.

Referencias bibliográficas

- Filmus, D. (1996): “Educación y Derechos Humanos”, conferencia dictada en el I Seminario de Derechos Humanos de la Región Nordeste y Litoral, 16 de junio de 1994, en A. Pierini, *Pensamiento crítico Sobre Derechos Humanos*, Buenos Aires, Eudeba.
- Foucault, M. (1999): *Vigilar y castigar*, Buenos Aires, Siglo XXI.
- Ministerio de Educación de la Nación (2008): *La educación de jóvenes y adolescentes con causas judiciales*, documento de presentación de la Modalidad “Educación en Contextos de Encierro”, Dirección Nacional de Gestión Curricular y Formación Docente.
- Morris, N. (2001): *El futuro de las prisiones*, México, Siglo XXI.
- Riquelme, G.(2006): “La relación entre educación y trabajo: continuidad, rupturas y desafíos”. *ABC*, a. 2, n° 5, Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires. Disponible en: <http://abc.gov.ar/lainstitucion/revistacomponents/revista/archivos/anales/numero05/archivosparadescargar/8.riquelme.pdf>

Bibliografía complementaria recomendada

- Gentili, P (2009): “Marchas y contramarchas. El derecho a la educación y las dinámicas de exclusión incluyente en América Latina. (A sesenta años de la Declaración Universal de Derechos Humanos)”, *Revista Iberoamericana de Educación*, n° 49, OEI, pp 19-57 [en línea]. Disponible en: www.rieoei.org/rie49a01.pdf
- Torres, R. M. (2006): “Derecho a la educación es mucho más que acceso de niños y niñas a la escuela”, ponencia. [En línea] Disponible en: <http://www.fronesis.org> (Fecha de consulta: marzo 2008)
- Tomasevski, K (2002): “Contenido y vigencia del derecho a la educación” [en línea]. Disponible en: http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Material_Educativo/Contenido-Vigencia.pdf (fecha de consulta: junio 2007)
- APDH - Comisión de Educación (2008): “¿Qué es esto de los Derechos Humanos? Apuntes para una reflexión crítica: historias, documentos, conceptos y actividades” [en línea]. Disponible en: <http://www.apdh-argentina.org.ar/biblioteca/2008/ddhh/index.asp>



Capítulo 6. Sugerencias para seguir trabajando

- En el módulo se realizó un breve recorrido sobre el reconocimiento constitucional e internacional de los diversos derechos humanos. Se citaron fragmentos de diversas declaraciones, convenciones y pactos, y de la Constitución Nacional. En el primer capítulo, y en el *Módulo 1. Pensar la educación en contextos de encierro. Primeras aproximaciones a un campo en tensión*, se presentó el escenario actual a través de indicadores cuantitativos y de conceptos que dimensionan la situación socioeconómica desde una mirada cualitativa.

Teniendo en cuenta estos aportes, sugerimos problematizar y “releer” una situación que ustedes hayan vivenciado en su práctica cotidiana como educadores o bien un relato de la historia de vida de alguno/s de sus estudiantes desde una perspectiva de derechos humanos. Se espera que puedan reconocer los derechos vulnerados en esas situaciones, establecer relaciones con procesos sociales más generales, identificar tensiones y conflictos, etc.

- En la siguiente entrevista al Dr. Alejandro W. Slokar se hace referencia a diversos aspectos sobre el derecho y el sistema penal analizados en este módulo.

— **“Hay un aumento cuantitativo y cualitativo de la prisión”, entrevista al Dr. Alejandro W. Slokar (Enrucijadas. La revista de la UBA, n° 43 “Cárceles. La sociedad intramuros”, marzo de 2008)**

En esta entrevista, el doctor Slokar, Secretario de Política Criminal de la Nación y profesor en la Facultad de Derecho de nuestra universidad, realiza un detallado análisis de la situación actual del sistema penal argentino, poniendo de relieve las falencias del mismo:

“Develar cómo funciona el castigo en nuestro país o cómo se administra la penalidad es reconocer que lo normal es muy diferente de la norma”, asegura.

El doctor Alejandro W. Slokar es Secretario de Política Criminal de la Nación. Se desempeña como profesor regular de grado de la Universidad de Buenos Aires, y de posgrado en las Universidades nacionales de Córdoba, Litoral, Lomas de Zamora, Rosario y Mar del Plata, como también en el exterior en las de Santiago de Cali, (Colombia), del Zulia (Venezuela) y de Viña del Mar (Chile). Además ha sido distinguido con el grado de profesor honorario en la Universidad de San Agustín (Perú). Su trayectoria de más de 20 años en el Poder Judicial se convino con la investigación académica, fue Secretario del Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la UBA; investigador de la UBA; del CONICET y becario del Ministerio de Educación y Ciencia de España, donde cursó los estudios de doctorado y obtuvo el grado Master por la Universitat Autònoma de Barcelona.

Es autor de numerosos trabajos y publicaciones, entre los que se destacan, en coautoría con el Prof. Raúl Zaffaroni, el tratado Derecho Penal Parte General, editado desde el 2000 en Buenos Aires, México y Brasil, y el Manual de Derecho Penal, editado en Buenos Aires desde 2005.

–Profesor Slokar, nos gustaría que nos explicara su lectura acerca de la pena de prisión en Argentina.

–Develar cómo funciona el castigo en nuestro país o cómo se administra la penalidad es reconocer que lo normal es muy diferente de la norma. Cualquier balance de la operatividad real del sistema penal pone de relieve un dato obvio: nuestras cárceles contienen en su mayoría a presos inocentes, ya que es innegable el fenómeno de la inversión del sistema penitenciario, que lleva a que predomine abrumadoramente el número de presos sin condena sobre el de condenados. Esto significa que no se sufre pena formal, pues por lo general ésta se agota en la prisión cautelar, que tiene la gravedad de violar los principios constitucionales de inocencia y de defensa, por lo que su reducción debe ser radical.

–¿La práctica en otros países de la región es similar?

–Si bien esto no es propio de la Argentina, puesto que prácticamente en toda América Latina existe un sistema penal cautelar ya que la prisión preventiva es de las tres cuartas partes de los presos, cuando a partir de la última década nos aproximamos al índice de 200 presos cada cien mil habitantes, estamos reuniendo una de las cifras más altas de la región. Ello debe merecer la atención del poder jurídico, que es estrictamente el judicial, en donde en muchos estamentos la indiferencia frente a este fenómeno es preocupante. El recurso del encierro como instrumento ordinario sumado a la mora por dilaciones judiciales es una combinación peligrosa para cualquier modelo democrático de proceso.

–A partir de lo que usted señala, ¿cuáles pueden ser los factores correctivos en el proceso penal?

–Urge la modernización de los mecanismos procesales. Pero cuidado, si no se quiere caer en ficciones, la modificación de la mecánica inquisitiva no es una cuestión que pueda

realizarse simplemente cambiando los códigos y las leyes, que no son más que simples hojas de papel. La actividad de todos los sujetos comprometidos se halla notoriamente condicionada por infinidad de factores que superan la dimensión legal. Si no caemos en falsos reduccionismos o simplificaciones idealistas, lo que es muy propio de cierta tradición jurídica con la que todavía nos tropezamos en una medida muy superior a la esperable. En ese terreno apuesto a una diversidad reflexiva que señale en el debate actual la conexión entre la forma-Estado y su organización, al amparo de sus prácticas jurídicas.

–A su juicio, ¿cuáles son las distorsiones del sistema de enjuiciamiento?

–La nota central es excesivo formalismo que lo convierte en un perverso sistema en donde se desnaturaliza el funcionamiento del proceso. Se trata de un modelo de gestión vetusto que responde a cánones decimonónicos con la sacralización del trámite a través del papel, a partir de lo que gira todo lo organizativo y edilicio. Los problemas ya existen y seguirán poniéndose de manifiesto: continuamos atados al concepto de expediente o causas de papel, en lugar de hacer todo oral y público para ganar en sencillez y transparencia. Si a ello le sumamos que apenas llegan al tres por ciento los casos ingresados a la investigación preliminar que se resuelven en sentencias de las cuales el juicio abreviado es las dos terceras partes, el resultado no puede ser más desalentador. Así, entonces, el juicio se ha vuelto extraordinario, el proceso devino en gran medida en una ficción, ya que comenzó a primar la negociación extorsiva en el llamado “juicio” abreviado o el milagroso ingenio de una Justicia express en el “juicio” por flagrancia. Frente a la ausencia de verdaderos juicios, sobre todo de causas relevantes y no de bagatelas, necesitamos la adaptación de formas más democráticas frente a ese falso eficientismo que demanda condenas y encierro de pobres a cualquier costo.

–¿Cómo impactan en la cárcel estos discursos de mano dura?

–No sólo hay un aumento cuantitativo de la prisión, con más personas dentro, sino también cualitativo, ya que éstas están encerradas cada vez más tiempo. Este panorama se vuelve particularmente crítico frente a los sectores más desfavorecidos sobre los que el encierro recae. Es sabido por todos que la desigualdad social accede al sistema judicial por el camino que más la profundiza: el penal. Más aún, si dentro del encierro existen grupos especialmente sobrevulnerables, como son las mujeres, los jóvenes y los enfermos, que merecen una atención tan urgente como diferenciada, en donde el recurso de las medidas alternativas a la prisión es una tarea que debe instrumentarse en el más corto plazo.

–¿Y respecto de las condiciones de los inocentes y pobres que aún queden dentro?

–Ahí la consigna es muy clara, la apertura, junto con el compromiso de la sociedad civil, deben dar lugar a la pronta instrumentación de mecanismos de supervisión por parte de aquellos expertos, pero mejor aún, ciudadanos representativos que ausculten en forma permanente el grado de ajuste de las pautas de funcionamiento de los establecimientos a los estándares que demandan organismos internacionales y la avanzada jurisprudencia de nuestra Corte.

El Dr. Alejandro W. Slokar señala:

“La actividad de todos los sujetos comprometidos se halla notoriamente condicionada por infinidad de factores que superan la dimensión legal.”

“No sólo hay un aumento cuantitativo de la prisión, con más personas dentro, sino también cualitativo, ya que éstas están encerradas cada vez más tiempo. Este panorama se vuelve particularmente crítico frente a los sectores más desfavorecidos sobre los que el encierro recae. Es sabido por todos que la desigualdad social accede al sistema judicial por el camino que más la profundiza: el penal.”

Cada una de estas frases puede ser profundizada y problematizada a partir de conceptos desarrollados en el presente módulo. Sugerimos elegir una de ellas y realizar un escrito que integre las nociones consideradas centrales desde su perspectiva.

- En el capítulo 4 de este módulo se presentaron las normativas nacionales de referencia que expresan el paradigma tutelar y el paradigma de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes.

Para seguir profundizando, sugerimos:

- Rastrear las “voces” de los representantes del paradigma tutelar (R. M. Agote, J. Ingenieros, etc.). Analizar sus propuestas y profundizar su comparación con el paradigma de protección integral.
- Seleccionar una serie de artículos periodísticos sobre el debate acerca de la edad de imputabilidad y reflexionar sobre las visiones sobre los jóvenes que se reflejan en este debate, a partir de los conceptos teóricos y el marco jurídico presentado en el módulo.
- Realizar una lectura crítica de la normativa vigente a nivel provincial o jurisdiccional desde la perspectiva del paradigma de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes.

- En este módulo se analizaron las tensiones, rupturas y continuidades entre diferentes niveles normativos, y entre las normas y las prácticas: en relación con las garantías constitucionales, con los derechos de niños y jóvenes y con el derecho a la educación. Desde una mirada compleja que reconoce las tensiones, pero a la vez asume a la educación en tanto derecho humano, los invitamos a seguir interrogándose y a repensar a práctica educativa: ¿Qué diversidad de prácticas educativas se llevan adelante en contextos de encierro? ¿De qué maneras pueden conformarse ambientes pedagógicos en estos contextos? ¿Qué tensiones es preciso considerar y reformular para ello?



Material de distribución gratuita



Ministerio de
Educación
Presidencia de la Nación



Educación
en Contextos
de Encierro
Coordinación de Modalidad