

La prisión preventiva en Argentina: su aplicación como pena anticipada y las implicancias en el ámbito penitenciario¹

Por Gabriela L. Gusion²

Disociación entre el deber ser y el ser:

El absoluto divorcio entre el *ser* y el *deber ser* jamás podría reflejarse con tanta claridad en ningún otro ámbito del derecho como en el jurídico-penal. Superadas las diferentes experiencias históricas en que la crueldad del poder punitivo no sólo se expresaba en la *praxis* sino también en la propia legislación, el momento actual encuentra aún, una amplia distancia entre el deber ser de los derechos y garantías ampliamente reconocidos a nivel internacional y nacional, y el ser, la operatividad real del encarcelamiento preventivo en Argentina.

Han sido muchas las décadas de esquizofrenia entre ley y realidad, pues ha habido muchos gobiernos autoritarios que desarrollaron su arbitrariedad proclamándose incluso defensores de los valores de sus constituciones republicanas y, pese a ello, la situación no parece haber variado materialmente en lo atinente al ejercicio del poder punitivo en el momento actual.

De seguro que ni esta prolongada coyuntura ni la respuesta a los interrogantes formulados pueden hallar una explicación monocausal, sino que más bien se advierte una génesis pluricausal del fenómeno en cuyo centro parece instalarse la dramática “selectividad” de los

¹Ponencia presentada en el marco de la Reunión de Expertos sobre Prisión Preventiva, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Washington, Mayo de 2013.

² Abogada UBA, Especialista en Constitucionalismo y Garantismo UCLM, docente del Departamento de Derecho Penal y Criminología UBA, docente asociada y coordinadora del Programa en Criminología del Rectorado de la UNSAM, docente adjunta UAI, investigadora del proyecto UBACYT 2008-2010 D010, “La medida del castigo, el deber de compensación por penas ilegales” y UBACYT 2011-2014 y 20020100100176 “La medida cualitativa en la ejecución de la pena”. Funcionaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Integrante de la Fundación La Linterna Ciencias Jurídicas y Sociales y del Instituto de Políticas Públicas. Secretaria adscripta de la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología ALPEC (2011-2013).

procesos de criminalización secundaria, con todo el peso de sus caracteres discriminatorios, deteriorantes, cosificantes y deshumanizantes.

Desde luego que esta parquedad en la obtención de mecanismos realizadores de las garantías individuales también se debe a factores de naturaleza cultural, histórica y sociológica que conducen a la configuración de un determinado perfil criminal -que si bien responde a caracteres propios de cada región, en todos los casos se lo ubica dentro de las clases subalternas de las sociedades a las que pertenecen- y a la conformación de una “solución final” de hecho a su respecto.

Un destello clarividente de Nietzsche le permitió identificar la concepción lineal del tiempo con la idea de venganza (*Así habló Zaratustra*), a tal punto que de ella depende: la venganza es siempre venganza contra el tiempo, dado que no es posible, en una concepción lineal, hacer que lo que ha sido no haya sido. La venganza es contra lo que fue y ya no puede ser de otro modo ni volver a ser. El humano está preso de su tiempo y de su fue. La venganza es una necesidad de la concepción lineal del tiempo.

Esta constatación pone de relieve la existencia de una contradicción básica que late en la cultura y que se manifiesta en la incompatibilidad entre la concepción antropológica que funda los derechos humanos y la inevitable idea de venganza que surge de la noción del tiempo lineal afianzada por el método inquisitorio de averiguación de la verdad, que legitima la violencia del poder jerarquizante de los seres humanos.

Ciertamente, lo que cabe observar a partir de la instauración del fenómeno punitivo es que siempre necesitó de una emergencia y de la creación de enemigos³ a fin de fundar el ejercicio de su poder, más allá del discurso legitimante coyuntural (que inevitablemente se basaba en la “defensa social” ilimitada en su origen o bien limitada como ocurrió durante la ilustración a partir de la revolución industrial).

³ Concepto de indudable actualidad a partir de las formulaciones de Gunther Jakobs.

En palabras nietzscheanas podríamos decir que la perenne emergencia no es otra cosa que el efecto de una voluntad de poder que se reafirma cíclicamente y que despierta también en el anillo del tiempo la estructura crítica de ese mismo poder⁴.

Sin embargo, el mítico rasgo asociado al poder punitivo de ser proveedor de soluciones para los conflictos más graves evidencia precisamente ese carácter ante la absoluta falta de correspondencia con lo que muestra su real operatividad, lo que ha llevado a la deslegitimación del poder punitivo que ha sido expresada claramente por Tobías Barreto cuando sostuvo que “quien procura el fundamento jurídico de la pena debe también procurar, si es que aún no lo encontró, el fundamento jurídico de la guerra”⁵.

En función de esta pequeña reseña puede comprobarse que la aplicación de castigo, en sus distintas modalidades, ha sido administrada de modo diferente según se trate de iguales o extraños, amigos o enemigos, resultando la selectividad y discriminación elementos estructurales del ejercicio de poder punitivo del Estado.

La receptación de los derechos humanos en la legislación positiva (el deber ser): Los parámetros interamericanos en materia de prisión preventiva:

Durante el siglo XX, la más importante de las transformaciones jurídicas está dada por la internacionalización de los derechos humanos pues la aspiración de la positivización internacional de tales derechos constituye el establecimiento de una antropología jurídica mínima que permite el ejercicio y la elaboración de controles jurisdiccionales que tiendan a preservar sus pautas y reducir al máximo la irracionalidad originaria.

⁴ A propósito de la dialéctica entre legitimación y crítica del sistema penal, cabe relevar la obra de Zaffaroni *Origen y evolución del discurso crítico en el derecho penal (lectio doctoralis*, Universidad Nacional de Rosario).

⁵ Barreto, Tobías, *Obras completas*, pp. 149 y 151 (el trabajo data de 1886, siendo publicado como apéndice a la 2ª edición de *Menores e loucos*).

En el orden regional, inauguró dicho movimiento la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* de la Organización de los Estados Americanos del año 1948, cuya fuerza vinculante planteó opiniones análogas a las sostenidas respecto de la Declaración Universal. Luego apareció la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

En todos los instrumentos internacionales de derechos humanos hay expresas referencias al derecho penal y al derecho procesal penal, lo cual permite crear un cuerpo de jurisprudencia y recomendaciones internacionales de formidable importancia, que en el orden regional americano tienen como fuente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión de Derechos Humanos.

En materia específica de prisión preventiva podemos afirmar que ésta se encuentra “...limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. Constituye la medida mas severa que se puede imponer al imputado, y por ello debe aplicarse excepcionalmente. La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal”⁶.

Asimismo, podemos derivar que ella sólo se podrá utilizar para fines específicos y estrictamente procesales, que no deben prolongarse en el tiempo, lo que impone la necesidad de acreditar y fundamentar, en el caso concreto, la existencia de los requisitos exigidos por la Convención⁷ vinculados a la necesidad de asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. La sola referencia a la aplicación del articulado vinculado a la prisión preventiva no basta para la aplicación de la medida. En igual sentido, la existencia de un plazo legal no otorga una facultad al estado de privar de la libertad a un imputado por ese lapso. Ese plazo es un

⁶ Caso López Álvarez, sentencia del 1-2-2006, Serie C no. 141, párr. 67, con cita a Caso Palamara Iribarne, supra nota 15, párr. 196; Caso Acosta Calderón, sentencia del 24-6-2005, Serie C no. 129, párr. 74, y Caso Tibi, sentencia del 7-9-2004, Serie C no. 114, párr. 106.84.

⁷ Caso Palamara Iribarne, sentencia del 22-11-2005, serie C no. 135, párr. 198.

límite máximo. Por encima de ese término, la detención siempre será ilegítima, pero por debajo de él, en cada caso, deberá analizarse si subsisten los motivos que dieron origen a la detención, lo que debe ser controlado jurisdiccionalmente de manera permanente. Esto implica que no siempre la aplicación de la prisión preventiva será legítima aún debajo del plazo legal establecido.

Ello además debe tener un control jurisdiccional permanente para evitar que la prisión preventiva se torne ilegítima. Como se señala en el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión de Naciones Unidas, “...*el juez... debe valorar periódicamente si las causas, necesidad y proporcionalidad de la medida se mantienen, y si el plazo de la detención ha sobrepasado los límites que imponen la ley y la razón*”. El medio de control idóneo para evitar capturas arbitrarias e ilegales es la revisión judicial sin demoras.

La adopción de esa medida cautelar, requiere de un juicio de proporcionalidad entre aquella, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan. *Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria*⁸. Cualquier utilización que exceda los fines procesales, y el plazo razonable para garantizarlos, tornaría a la prisión en una pena anticipada. En este sentido el Tribunal Interamericana ha dicho que “*la prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva. Se infringe la Convención cuando se priva de libertad, durante un período excesivamente prolongado, y por lo tanto desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Esto equivale a anticipar la pena*”⁹.

Por otra parte, este extremo control sobre la medida procesal de restricción de la libertad no puede evaluarse en abstracto, ni a través de la elaboración de tesis sustantivistas, toda vez que ello importaría la vulneración del principio de inocencia y la tornaría en una aplicación

⁸ caso López Álvarez, sentencia del 1-2-2006, serie C no. 141, párr. 68.

⁹ Caso López Álvarez, sentencia del 1-2-2006, serie C no. 141, párr. 69, con cita de Caso Acosta Calderón, sentencia del 24-6-2005, serie C no. 129, párr. 111; Caso Tibi, sentencia del 7-9-2004, serie C no. 114, párr. 180, y Caso Suarez Rosero, sentencia del 12-11-1997, serie C no. 35, párr. 77.

de pena anticipada. En este sentido la Corte Interamericana ha dicho que “...para restringir el derecho a la libertad personal a través de medidas como la prisión preventiva deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso ha participado en el ilícito que se investiga. Sin embargo, aún verificado este extremo, la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar... en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento no eludirá la acción de la justicia”¹⁰.

Las tesis de justificación peligrosista quedan específicamente excluidas, la peligrosidad no puede ser evaluada ni para la aplicación de una pena, y mucho menos para la aplicación de la medida procesal, ya que ello importaría avalar un derecho penal de autor, prohibido por el derecho internacional de los derechos humanos, toda vez que importa una puerta al autoritarismo¹¹. No es aceptable que la prisión preventiva esté determinada únicamente por la gravedad del delito, por la posibilidad de que cometa delitos futuros o por la repercusión social del hecho, fundar la medida cautelar en condenas previas importa la perpetuación del castigo. La Corte Interamericana ha sostenido en el caso Bayarri vs. Argentina que “las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva”¹². El informe de la CIDH 86/09 del 6 de agosto de 2009 expresó claramente que “se deben desechar todos los demás esfuerzos por fundamentar la prisión durante el proceso basados, por ejemplo, en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho, no sólo por el principio enunciado sino, también, porque se apoyan en criterios de derecho penal material, no procesal, propios de la respuesta punitiva... y se viola, así, el principio de inocencia” (párr. 84).

¹⁰ caso Barreto Leiva, sentencia del 17-11-2009, serie C no. 206, párr. 111.

¹¹ Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Fondo, reparación y costas. Sentencia del 20-6-2005, serie C no. 126, párr. 95.

¹² Caso Bayarri vs. Argentina, sentencia del 30-11-2008, serie C no. 187, párr. 74.

Además, el principio de proporcionalidad impone que la persona presa preventivamente no deba recibir igual o peor trato que una persona condenada, en virtud de ser considerada como inocente. El estado debe evitar que la medida de coerción procesal sea igual o más gravosa para el imputado que la pena (cuantitativa y cualitativamente). Pero por otra parte implica que en ningún caso la medida sea determinada por el delito que se le impute al individuo. Esto, por otro lado, deriva en la prohibición de delitos inexcarcelables, ya que ello también se tornaría en la aplicación de una pena anticipada.

La regla de excepcionalidad extrema de la prisión preventiva importa, por otra parte, la posibilidad de utilizar medios menos severos para la garantización de los fines procesales. Es decir, que debe procurarse primero la coerción por otros medios menos nocivos, y toda vez que se haya aplicado y está se torne arbitraria, deberá cesar inmediatamente. En este sentido la disposición 6.1 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio) establecen que *“el procedimiento penal sólo recurrirá a la prisión preventiva como último recurso”*.

En el caso de Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, último intérprete de las normativas constitucionales e internacionales, ha sostenido que los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son guía orientativa de las decisiones de los tribunales argentinos (Giroldi) y que deben ser de cumplimiento obligatorio sus sentencias para el Estado argentino, ya que de lo contrario, ello acarrearía la responsabilidad internacional (Causa Lavado Diego y Otros sobre acción declarativa de certeza, entre otros precedentes).

También la Corte Suprema de Justicia Argentina ha marcado algunos parámetros interpretativos en cuanto a la aplicación del instituto de la prisión preventiva (Nápoli Erika s/ excarcelación de fecha 22 de diciembre de 1998 y en Acosta Jorge y otros s/ recurso de casación, del 8 de mayo de 2012). Por su parte, la Cámara Nacional de Casación Penal ha dictado el plenario “Diaz Bessone, Ramón s/recurso de casación” del 30 de octubre de 2008, estableciendo algunos parámetros en consonancia con los estándares interamericanos.

Sin embargo, en los hechos, en la realidad operativa, como se explicará próximamente, el sistema penal argentino opera en más de un 50% con presos preventivos, lo que importa una vulneración a las garantías mencionadas según se observará.

Sin perjuicio del esfuerzo por tornar realizable el marco internacional de derechos humanos, en nuestro país no se ha podido impedir aún que la utilización de la herramienta punitiva configure una verdadera usina de frecuentes violaciones a aquellos derechos, coyuntura que se manifiesta palmariamente en el sector más vulnerable que con un mínimo esfuerzo cae en las redes del sistema penal.

La utilización desmesurada y arbitraria de la prisión preventiva por parte de los tribunales argentinos se muestra como una de las prácticas que operativamente conducen al divorcio entre los derechos y garantías establecidos en los instrumentos sobre derechos humanos y la realidad, todo lo cual permite apreciar, una vez más y con notoria claridad, un cierto grado de frustración en torno a la realización de los derechos básicos de los individuos que desarrollan sus cotidianas vidas en este margen del mundo.

Su aplicación en Argentina (el ser):

Encarcelamiento preventivo como pena anticipada:

El sistema penal formal selecciona personas a la que somete a prisión preventiva mediante un procedimiento inquisitorio que, por efecto de una distorsión cronológica, se extiende en el tiempo hasta convertirse en las verdaderas penas. Según datos extraoficiales, a diciembre de 2012 el Servicio Penitenciario Federal contaba con 9807 personas encarceladas, de las cuales 5540 eran presos preventivos, lo que implica que el 55.47 % de los presos son "presos sin condena". Los datos correspondientes a la provincia de Buenos Aires, la que mayor número de encarcelados tiene en todo el país (representa aproximadamente el 50% de la población encarcelada), a noviembre de 2012 contaba con un 65 % de presos preventivos dentro del sistema penitenciario bonaerense.

Este fenómeno, al que cabe agregar el delicado estado de la mayoría de las cárceles, converge en la producción del proceso de deterioro que el sistema penal produce al procesado, desde el momento mismo de tomar contacto con él.

Por lo general, el deterioro se genera desde el momento del ingreso al establecimiento penitenciario, y se proyecta en las condiciones de alojamiento, de salubridad, de contacto familiar, de acceso a la información, etc.

El sistema penal ejerce, pues, su verdadero y más formidable poder sobre los sectores más vulnerables, de donde son seleccionados la gran mayoría de las personas que finalmente ingresa al sistema penal formal.

Como se ha dicho, aproximadamente la mitad de los presos argentinos se encuentran actualmente sometidos a medidas de contención por reputárselos sospechosos (prisión o detención preventiva). Según datos SNEEP de la Dirección Nacional de Política Criminal, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, los presos preventivos en Argentina, a diciembre de 2010 representaban el 52% del total de la población carcelaria.

Sobre la base de dichas circunstancias parece claro que el sistema penal argentino se ejerce mediante el empleo de medidas de coerción para sospechosos considerados peligrosos a partir de su alta vulnerabilidad frente a la selectividad del poder punitivo, de modo que el sistema configura en la realidad un derecho penal de la peligrosidad presunta que, con fundamento en ella, distribuye verdaderas penas sin sentencia condenatoria formal a la mayor parte de la población prisionizada.

A ello debe agregarse que la prisión preventiva se suele cumplir en establecimientos penitenciarios cerrados, en su gran mayoría alejado de las ciudades donde se encuentran los tribunales en los que serán juzgados, donde los presos preventivos muchas veces se encuentran en peores condiciones cualitativas que los condenados, sin posibilidad cierta de comunicarse de manera periódica con sus defensores ni ejercer su defensa material por las restricciones que la propia privación de libertad les impone.

Los extremos mencionados han llegado a situaciones insoportables en los casos conocidos de las Penitenciarías de Mendoza y las Cárceles y comisarías de la Provincia de Buenos Aires, que son tristemente los ejemplos más claros de vulneraciones a los derechos de las personas privadas de libertad en el último tiempo.

En el plano legislativo, el artículo 1 de la ley 24.390 en su actual redacción dispone que la prisión preventiva no podrá ser superior a dos años, sin que se haya dictado sentencia, sin embargo, este plazo puede prolongarse un año más en circunstancias especiales.

Sin perjuicio de ello, y más allá de que estos plazos sólo pueden ser tenidos como orientativos al momento de considerar en el caso concreto la necesidad excepcional de la aplicación de este instituto procesal, lo cierto es que el control jurisdiccional de las medidas cautelares en materia de prisión preventiva son aplicados en la Argentina como la regla.

Ello se ve, además, incrementado, en los últimos años, por una serie de medidas legislativas que promueven el encarcelamiento preventivo en Tucumán (2007), Buenos Aires (2007, 2008, 2010, 2012 y recientemente mediante la ley 14.434 que pretende restringir la posibilidad de excarcelación para delitos de tenencia o portación de arma de fuego ilegítima, que intenten eludir el accionar policial, evadir operativos públicos de control o, desobedecer, resistir o impedir el procedimiento de cualquier otro modo), Santa Fe (2012), Chubut (2012) y Mendoza (2007 y 2012).

En la mayoría de los casos las normas importan la ampliación de los supuestos para la aplicación de la prisión preventiva, bien limitando la posibilidad de excarcelación para delitos específicos, reputados como “no excarcelables”, o bien restringiendo el uso de medidas alternativas a la prisión preventiva.

En cuanto a la posibilidad concreta de que los jueces excarcelen surge además un problema vinculado a la caución. Muchas veces las excarcelaciones se deniegan por el simple hecho de fijar montos de cauciones imposibles de pagar por los imputados. Un mínimo de

realismo presupone conocer que no todas las personas sometidas al imperio de la justicia tienen la misma capacidad económica o, por lo menos, una tal que resulte suficiente para cancelar un monto equivalente a un salario mínimo legal mensual a fin de obtener la excarcelación.

En efecto, no hacen falta mayores investigaciones socio-económicas ni extensas estadísticas sobre la realidad de nuestro margen para averiguar que en la actualidad muchas personas y muchas familias subsisten mensualmente con menos de un salario mínimo legal.

Desde esta perspectiva se torna evidente la existencia de personas incapaces de cancelar una caución prendaria equivalente al mínimo requerido pues se trata de una situación que, lejos de ser extraña o excepcional, resulta actual y cotidiana. De allí que la regla de proporcionalidad que establece la necesidad de graduar las cauciones reales o personales de acuerdo con la capacidad económica del procesado se rompa con la fijación de una cuantía mínima, pues dicho monto impide que el criterio se adecue al universo de individuos que pudieran encontrarse por debajo de los topes establecidos.

La medida por la cual se establece una cuantía mínima a la caución prendaria no consulta las condiciones sociales y económicas del país y se erige en un recurso que desconoce la igualdad real y efectiva de los individuos.

Por lo demás, el uso desmesurado y abusivo de la prisión preventiva o medida de contención provisoria, termina convirtiéndose en definitiva con la práctica en una pena anticipada. Dicho más claramente: más de la mitad del poder punitivo se ejerce en forma de *medidas*, o sea que todo se ha convertido en privación de la libertad sin sentencia firme y por presunción de peligrosidad.

La medida cautelar es así una pena cautelar, de modo que, por las dudas, el poder punitivo se ejerce condenando materialmente a quienes se reputan inocentes pero que son sometidos a una medida de coerción procesal. Este mecanismo utilizado por una burocracia judicial que a menudo se vale de términos excesivamente prolongados, culmina convirtiendo a la

excarcelación o cese de la prisión preventiva en una verdadera absolución, pues surte casi todos sus efectos.

Por otra parte, puede también apreciarse que las burocracias judiciales difícilmente asuman la responsabilidad de la demora en el trámite del procedimiento y para ello acuden a criterios tales como la voluminosidad de las actuaciones, su complejidad, la cantidad de imputados, la existencia de déficit estructurales que impedirían fijar fechas de juicio, etc., todos los cuales –más allá de su efectiva existencia– se orientan a justificar la incapacidad del propio poder judicial a efectos de cumplir su labor dentro de “plazos razonables”.

En cualquier caso, dicha coyuntura se carga en perjuicio del detenido en prisión preventiva puesto que de la constatación de aquélla no deriva la decisión de disponerse la inmediata libertad del imputado.

No obstante que los cuerpos legislativos correspondientes prohíben expresamente el alojamiento conjunto de condenados y procesados; la infraestructura carcelaria evidencia ese prohibido temperamento, lo que a su vez genera condiciones de alojamiento precarias en todos los centros de detención del país; situación en la cual están incluidos presos condenados y presos no condenados, pero que importa una constatación más de que la calidad de su detención importa el uso de ésta como un anticipo de pena.

También se destaca que la condición de persona no condenada se encuentra protegida por la presunción de inocencia y, por lo tanto, su tratamiento debe comprender al menos la posibilidad de que el detenido goce de todas las condiciones necesarias para la preparación de su defensa, no debe ser obligado a participar en programas de rehabilitación y podrá gozar de todos sus derechos y libertades fundamentales salvo aquellos que por su naturaleza misma resulten incompatibles con la privación de la libertad.

Un elemento importante que explica la situación carcelaria y la vulneración de derechos humanos en los centros de detención es la ausencia de una política criminal diseñada de modo concertado y democrático. El incremento de las respuestas punitivas (o inflación

penal) frente a los diversos problemas que no hallan debida canalización en los planos social, económico y político, ha dado lugar a la hiper-criminización de conductas como así también a la persecución de contravenciones como delitos, al incremento de las penas mínimas y, por ende, al aumento de los supuestos de inexcusabilidad.

En este sentido el tratamiento carcelario como medida preventiva deviene innecesario cuando, llegado a su término, el Estado no ha podido comprobar la culpabilidad del enjuiciado dejándolo libre y corroborando la inoficiosa aplicación de un tratamiento penitenciario al cual nunca debió someterse.

De este modo, la diferenciación de los regímenes carcelarios según se trate de internos que cumplen pena como condenados o de aquéllos que la sufren como procesados puede afirmarse sólo desde la ley mas no desde la práctica, expresando ello nuevamente una disociación entre norma y realidad.

Conciliar el *deber ser* con el *ser*?:

El rol fundamental de la judicatura como mecanismo de efectivización de los derechos humanos:

Si bien dicho contexto situacional exige el mayor esfuerzo creativo por parte de las agencias políticas y judiciales para evitar que el fenómeno continúe robusteciéndose, la positivización internacional de los derechos humanos suministran una importante herramienta para que la judicatura (agencia judicial) pueda llevar a cabo una teleología reductora del poder punitivo, mediante una redefinición de los diversos textos positivos locales a partir de los contenidos plasmados en las convenciones, en los pactos y en los tratados suscriptos al respecto.

Resulta menester aclarar que el éxito de semejante labor depende necesariamente de la formación y capacitación profesional de quienes conforman las diferentes agencias judiciales, pues la burocratización de sus operadores suele conspirar contra el objetivo perseguido.

También se debe apuntar sobre el particular, que la influencia de la propaganda punitiva conduce a la descalificación del político bien intencionado, así como al amedrentamiento de quien pretenda basar su programa de acción en un discurso acotante o limitativo del ejercicio de poder punitivo. El discurso autoritario que gobierna la comunicación masiva se extiende a los operadores judiciales generando el mismo sentimiento de temor que lastima la conciencia profesional y plantea un escenario de precariedad laboral cuando los jueces son amenazados con pedidos de juicio político en caso de adoptar decisiones en sentido garantizador de los derechos fundamentales.

El cúmulo de obstáculos que impiden la consolidación de un programa que pueda progresar en la realización de los derechos humanos y muestra su cara más áspera cuando:

a) revierten el principio de inocencia con el desmesurado recurso a la prisión preventiva; b) desconocen directamente el principio de lesividad al sancionar meras tentativas aparentes, delitos de peligro abstracto, o bien leyes que conminan exclusivamente la autolesión; c) ignoran por completo el principio de trascendencia mínima al someter a los familiares de los presos a excesivas medidas de seguridad y abusos que lindan con un trato vejatorio, o al no implementar las reformas necesarias para permitir las relaciones sexuales entre los internos y sus cónyuges o parejas; d) violan el principio de culpabilidad mediante la tipificación del *versari in re illicita*, reduciendo a la persona a un objeto causante¹³.

Todas estas manifestaciones del estado de policía en la práctica punitiva pueden controlarse —aunque no eliminarse completamente— por medio de la herramienta que importa la legislación internacional en materia de garantías penales y para ello asume capital importancia la función que desempeñan los jueces como operadores del sistema represivo del Estado.

En efecto, la labor interpretativa de los textos legales positivos que corresponde a la judicatura puede alcanzar el cometido mencionado si, y sólo si, la legislación ordinaria es

¹³ Se trata de una expresión a nivel dogmático de la cosificación de la persona que armoniza plenamente con la visión antropológica negativa del delincuente, en la que éste es considerado un ente peligroso

sometida a una exégesis que reconozca su punto de partida en los tratados de derechos humanos vigentes, toda vez que ellos prevén claramente los principios básicos que deben servir de barrera infranqueable frente al poder punitivo, constituyendo de ese modo la carta magna de los ciudadanos, entre los que no se distingue amigos ni enemigos.

El desarrollo de una tarea semejante, susceptible de superar los obstáculos que coloca la realidad operativa del sistema penal, permite lograr cambios concretos que se traducen en verdaderas conquistas para todo aquel que resulte seleccionado en el marco de un proceso de criminalización secundaria.

La labor jurídica aparece llamada a efectuar un reclamo para que las distintas agencias del sistema penal respondan al interrogante de la dirección que va a seguir la política penitenciaria próxima ante la considerable tasa actual de encarcelamiento y, sobre todo, se haga cargo del nada auspicioso destino inmediato y mediato de las personas prisionizadas.

Las propuestas

I. La propuesta contentora desde el saber penal:

En lo sucesivo se intentará desarrollar sintéticamente algunos aspectos que permitirían concretar la función reductora de la praxis carcelaria.

Se trata pues de planificar un esquema teórico y práctico que reduzca el crecimiento de la población carcelaria, tabulando aquellas prisionizaciones que, en atención a la ausencia de proporcionalidad, deben rechazarse por su carácter inhumano o degradante. En función del principio de humanidad es cruel toda pena que resulte brutal en sus consecuencias, como las que crean un impedimento que compromete toda la vida del sujeto.

Por lo demás, toda consecuencia de una punición (bajo el ropaje que se le ponga) debe cesar en algún momento, nunca puede ser perpetua en el sentido propio de la expresión por cuanto ello implicaría admitir la existencia de personas descartables.

El derecho internacional de los derechos humanos consagra un mínimo de exigencias éticas cuya vulneración lleva a que el castigo estatal resulte inaceptablemente humillante para el infractor y, en el peor de los casos, intromisivo en los derechos de terceras personas (particularmente cuando se procura extender la culpabilidad a toda aquella persona que rodea al imputado).

La prisión preventiva puede ser arbitraria e ilegítima en abstracto pero también en concreto, según los parámetros internacionalmente establecidos. En otras palabras, si las condiciones de una prisión niegan al imputado su condición de sujeto, el principio de inocencia, la racionalidad de la medida impuesta, y su control efectivo y permanente por parte de los tribunales, se aplica como pena anticipada y aniquilan su dignidad, lo que importa que el Estado se convierte en delincuente y el prisionizado en víctima.

II. La reducción de la criminalización primaria:

Ahora bien, la primera y mejor solución para el problema de la superpoblación carcelaria resulta, sin dudas, la reducción de la criminalización primaria, pues ello constituye un freno a la expansión punitiva mediante el recurso de la ley penal, para lo cual es menester convencer a las agencias políticas de que en la legislación material abandonen la opción en favor de la pena privativa de la libertad para los delitos menos graves, aplicando la política despenalizadora mediante el recurso de hacer intervenir a otras ramas del derecho que suministran soluciones (y no meras decisiones) para los conflictos (modelo reparador o conciliador).

Por cierto, ello no resulta una tarea fácil pues suele ocurrir que las agencias políticas no se muestren verdaderamente comprometidos con la tutela de los derechos de los presos sino que discurren en medio de épocas electorales donde el discurso que más rédito confiere es el utilizado por las campañas de ley y orden, el cual, valiéndose de un mecanismo de falsificación u ocultación de la realidad, intenta explicar el drama de la criminalidad sobre la base de la levedad de las conminaciones penales.

Por tal razón la solución burocrática y oficial postula la ampliación de las prisiones existentes o la construcción de nuevos institutos de detención.

Sin embargo esta estrategia se enfrenta a inconvenientes de diversa índole, entre los que cabe mencionar los de naturaleza económica por el impacto que sus costos generarían para la comunidad. Pero también corresponde aclarar que mientras el flujo de ingreso se mantenga constante los problemas de superpoblación carcelaria no se habrán superado sino renovado.

En definitiva, los esfuerzos deben volcarse hacia la persuasión de los jueces a fin de que la privación de la libertad sea impuesta de modo excepcional, tomando en cuenta para ello la real situación carcelaria.

En el fondo, la estrategia sería lograr de los operadores de la agencia judicial la convicción suficiente para que se adopte prioritariamente la soltura caucionada, máxime cuando el grueso de la población carcelaria está constituido por presos preventivos, es decir, por inocentes sospechados en razón de su vulnerabilidad.

Desde esta perspectiva, si la crisis penitenciaria deslegitima el recurso a la privación de libertad respecto de culpables, cuanto más se revela ilegítima la intervención cuando se la dirige contra personas sin condena firme.

III. La propuesta en el ámbito penitenciario: el cupo o números clausus:

Por otra parte, deviene también indispensable contar con la capacidad del sistema carcelario para asegurar un mayor respeto a las personas que son sometidas al encarcelamiento. El límite de alojamiento debe estar preestablecido al momento de la planificación estratégica del Estado.

Es indispensable que se determine el número de detenidos y la capacidad receptiva del establecimiento, y así el recurso a la privación de la libertad no deberá exceder de la capacidad real de las unidades carcelarias.

En consecuencia, al llegarse al número quinientos uno, el operador judicial deberá escoger entre los internos más próximos a la obtención del cumplimiento de la pena para generar una vacante mediante su soltura sujeta a determinadas reglas, o, de lo contrario, no deberá habilitar el ingreso de un nuevo detenido.

Un cupo penitenciario se hace necesario para garantizar las condiciones de salubridad y detención en el que se puedan resguardar todos los derechos de los detenidos en ellas, y pretende fijar un límite a la expansión punitiva que se traduce en serias vulneraciones a los derechos humanos en el ámbito de esta y otras instituciones totales de encierro.

La posibilidad de establecer el número cerrado de personas que podrían estar detenidas, también permitiría fijar un límite a la expansión e hiper inflación legislativa en materia penal, y sobre todo permitiría generar conciencia en las agencias políticas y judiciales al momento de legislar o dictaminar una prisión preventiva.

IV. La propuesta reductora en el ámbito carcelario:

La realidad enseña la imposibilidad fáctica de compatibilizar cualquier encierro actual con la dignidad de las personas. La institucionalización tiene efectos desintegradores sobre el preso que, como vimos, consolidan el riesgo de selección por parte del sistema penal, al provocar su deterioro y fortalecer la estigmatización. En cualquier caso, queda claro que el divorcio entre régimen y tratamiento, la representación de los internos ante la administración y la eficaz defensa de sus intereses son sólo algunos de los asuntos en los que hay que detenerse de inmediato para poner a resguardo sus derechos.

Claro que para el conjunto de fines señalados será menester encarar la reforma y formación del personal penitenciario con la gradual supresión de la militarización mediante la diversificación en el reclutamiento (educadores, asistentes sociales, psicólogos, médicos) con un meritocrático sistema de ascensos y con una digna retribución. Los servicios de asistencia para quien egresa de un establecimiento carcelario deben incorporar mayores profesionales para posibilitar su contención.

V. La propuesta para generar un esquema de proporcionalidad teniendo en cuenta la situación carcelaria en concreto:

El límite de la pena debe estar establecido en función de la vivencia real del detenido. Es indispensable tener en cuenta que el tiempo de encierro se vive y se sufre de una manera diametralmente diferente a la del tiempo en libertad. Ello se debe no sólo a los problemas propios y estructurales del poder punitivo en general, sino también a la propia exacerbación deshumanizante del encierro mismo. Por ello, el operador judicial deberá contemplar estas circunstancias cualitativas de manera particular ante cada una de las personas encarceladas. Ello podrá realizarse a través de dos momentos distintos: a) al momento de evaluar y controlar una prisión preventiva (con una evaluación en concreto), lo que podría importar en el caso de constatar una arbitrariedad o irracionalidad en el cumplimiento de la medida su soltura inmediata, o b) al momento de controlar la ejecución concreta de la pena –desde la justicia de ejecución penal- y considerar las situaciones de la libertad en sus distintos términos.